

DIREITO, ECONOMIA SOCIEDADE



ORGANIZADORES

Carla Pedrosa de Figueiredo
Isabel Lausanne Fontgalland
Francisco César Martins de Oliveira

DIREITO, ECONOMIA SOCIEDADE



ORGANIZADORES

Carla Pedrosa de Figueiredo
Isabel Lausanne Fontgalland
Francisco César Martins de Oliveira



AMPLA
EDITORA



2022 - Editora Amplia

Copyright © Editora Amplia

Editor Chefe: Leonardo Pereira Tavares

Design da Capa: Editora Amplia

Diagramação: Felipe José Barros Meneses

Direito, economia e sociedade está licenciado sob CC BY 4.0.



Esta licença exige que as reutilizações deem crédito ao criador. Ele permite que os reutilizadores distribuam, remixem, adaptem e construam o material em qualquer meio ou formato, mesmo para fins comerciais.

O conteúdo da obra e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, não representando a posição oficial da Editora Amplia. É permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores. Todos os direitos para esta edição foram cedidos à Editora Amplia.

ISBN: 978-65-5381-031-0

DOI: 10.51859/amplia.des310.1122-0

Editora Amplia

Campina Grande – PB – Brasil

[contato@ampliaeditora.com.br](mailto: contato@ampliaeditora.com.br)

www.ampliaeditora.com.br



2022

CONSELHO EDITORIAL

Andréa Cádia Leal Badaró – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Andréia Monique Lermen – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Antoniele Silvana de Melo Souza – Universidade Estadual do Ceará
Aryane de Azevedo Pinheiro – Universidade Federal do Ceará
Bergson Rodrigo Siqueira de Melo – Universidade Estadual do Ceará
Bruna Beatriz da Rocha – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Bruno Ferreira – Universidade Federal da Bahia
Caio César Costa Santos – Universidade Federal de Sergipe
Carina Alexandra Rondini – Universidade Estadual Paulista
Carla Caroline Alves Carvalho – Universidade Federal de Campina Grande
Carlos Augusto Trojaner – Prefeitura de Venâncio Aires
Carolina Carbonell Demori – Universidade Federal de Pelotas
Cícero Batista do Nascimento Filho – Universidade Federal do Ceará
Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dandara Scarlet Sousa Gomes Bacelar – Universidade Federal do Piauí
Daniela de Freitas Lima – Universidade Federal de Campina Grande
Darlei Gutierrez Dantas Bernardo Oliveira – Universidade Estadual da Paraíba
Denise Barguil Nepomuceno – Universidade Federal de Minas Gerais
Dylan Ávila Alves – Instituto Federal Goiano
Edson Lourenço da Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí
Elane da Silva Barbosa – Universidade Estadual do Ceará
Érica Rios de Carvalho – Universidade Católica do Salvador
Fernanda Beatriz Pereira Cavalcanti – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
Gabriel Gomes de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas
Gilberto de Melo Junior – Instituto Federal do Pará
Givanildo de Oliveira Santos – Instituto Brasileiro de Educação e Cultura
Higor Costa de Brito – Universidade Federal de Campina Grande
Isabel Fontgalland – Universidade Federal de Campina Grande
Isane Vera Karsburg – Universidade do Estado de Mato Grosso
Israel Gondres Torné – Universidade do Estado do Amazonas
Ivo Batista Conde – Universidade Estadual do Ceará
Jaqueleine Rocha Borges dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Jessica Wanderley Souza do Nascimento – Instituto de Especialização do Amazonas
João Henrques de Sousa Júnior – Universidade Federal de Santa Catarina
João Manoel Da Silva – Universidade Federal de Alagoas
João Vitor Andrade – Universidade de São Paulo
Joilson Silva de Sousa – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
José Cândido Rodrigues Neto – Universidade Estadual da Paraíba
Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Josenita Luiz da Silva – Faculdade Frassinetti do Recife
Josiney Farias de Araújo – Universidade Federal do Pará
Karina de Araújo Dias – SME/Prefeitura Municipal de Florianópolis
Katia Fernanda Alves Moreira – Universidade Federal de Rondônia
Laís Portugal Rios da Costa Pereira – Universidade Federal de São Carlos
Laíze Lantyer Luz – Universidade Católica do Salvador
Lindon Johnson Pontes Portela – Universidade Federal do Oeste do Pará
Lucas Araújo Ferreira – Universidade Federal do Pará
Lucas Capita Quarto – Universidade Federal do Oeste do Pará
Lúcia Magnolia Albuquerque Soares de Camargo – Unifacisa Centro Universitário
Luciana de Jesus Botelho Sodré dos Santos – Universidade Estadual do Maranhão
Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Luiza Catarina Sobreira de Souza – Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central
Manoel Mariano Neto da Silva – Universidade Federal de Campina Grande
Marcelo Alves Pereira Eufrasio – Centro Universitário Unifacisa
Marcelo Williams Oliveira de Souza – Universidade Federal do Pará

Marcos Pereira dos Santos – Faculdade Rachel de Queiroz
Marcus Vinicius Peralva Santos – Universidade Federal da Bahia
Marina Magalhães de Moraes – Universidade Federal do Amazonas
Mário Cézar de Oliveira – Universidade Federal de Uberlândia
Michele Antunes – Universidade Feevale
Milena Roberta Freire da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Nadja Maria Mourão – Universidade do Estado de Minas Gerais
Natan Galves Santana – Universidade Paranaense
Nathalia Bezerra da Silva Ferreira – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte
Neide Kazue Sakugawa Shinohara – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Neudson Johnson Martinho – Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Mato Grosso
Patrícia Appelt – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Paula Milena Melo Casais – Universidade Federal da Bahia
Paulo Henrique Matos de Jesus – Universidade Federal do Maranhão
Rafael Rodrigues Gomides – Faculdade de Quatro Marcos
Reângela Cíntia Rodrigues de Oliveira Lima – Universidade Federal do Ceará
Rebeca Freitas Ivanicska – Universidade Federal de Lavras
Renan Gustavo Pacheco Soares – Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns
Renan Monteiro do Nascimento – Universidade de Brasília
Ricardo Leoni Gonçalves Bastos – Universidade Federal do Ceará
Rodrigo da Rosa Pereira – Universidade Federal do Rio Grande
Sabrynnna Brito Oliveira – Universidade Federal de Minas Gerais
Samuel Miranda Mattos – Universidade Estadual do Ceará
Shirley Santos Nascimento – Universidade Estadual Do Sudoeste Da Bahia
Silvana Carloto Andres – Universidade Federal de Santa Maria
Silvio de Almeida Junior – Universidade de Franca
Tatiana Paschoalette R. Bachur – Universidade Estadual do Ceará | Centro Universitário Christus
Telma Regina Stroparo – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Thayla Amorim Santino – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Virgínia Maia de Araújo Oliveira – Instituto Federal da Paraíba
Virginia Tomaz Machado – Faculdade Santa Maria de Cajazeiras
Walmir Fernandes Pereira – Miami University of Science and Technology
Wanessa Dunga de Assis – Universidade Federal de Campina Grande
Wellington Alves Silva – Universidade Estadual de Roraima
Yáscara Maia Araújo de Brito – Universidade Federal de Campina Grande
Yasmin da Silva Santos – Fundação Oswaldo Cruz
Yuciara Barbosa Costa Ferreira – Universidade Federal de Campina Grande



2022 - Editora Amplia

Copyright © Editora Amplia

Editor Chefe: Leonardo Pereira Tavares

Design da Capa: Editora Amplia

Diagramação: Felipe José Barros Meneses

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direito, economia e sociedade [livro eletrônico] / organização
Carla Pedrosa de Figueiredo, Isabel Lausanne Fontgalland,
Francisco César Martins de Oliveira. -- Campina Grande :
Editora Amplia, 2022.
230 p.

Formato: PDF

ISBN: 978-65-5381-031-0

1. Direito e economia. 2. Economia - Aspectos sociais.
I. Figueiredo, Carla Pedrosa de. II. Fontgalland, Isabel
Lausanne. III. Oliveira, Francisco César Martins de.
IV. Título.

CDD-340

Sueli Costa - Bibliotecária - CRB-8/5213
(SC Assessoria Editorial, SP, Brasil)

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito e Economia 340

Editora Amplia

Campina Grande - PB - Brasil

[contato@ampliaeditora.com.br](mailto: contato@ampliaeditora.com.br)

www.ampliaeditora.com.br



2022

AGRADECIMENTOS

O encontro traz possibilidades de continuidade de trajetórias. A eloquência promove o alcance de vários meios favoráveis ao debate da verdade. A sabedoria propõe o humanismo por trás de detalhes. E o enlace nos une para anunciar a ciência.

Apresentamos assim, esse volume intitulado: Direito, Economia e Sociedade o qual alvitra fagulhas de um meio acadêmico modesto e despoja-se, para fora de muros seguros, na tentativa de um certo conforto, e expõe como autores, jovens anônimos.

O despertar foi o acaso, aqui produzido e reproduzido nas falas do Direito, na prolixa Ciência Econômica e no detalhamento das Misérias da sociedade. Isso mesmo, a sociedade nos debates de várias nuances: crua e pitorescamente recriada neste espaço.

Somos deveras gratos ao oportunismo que nos fez ver para além dos limites de nossos próprios olhos e por isso esse conjunto aqui está sobejamente.

Agradecemos aos inúmeros órgãos que até aqui nos ampararam:

A Direção, Coordenação do Curso, aos docentes e discentes do curso de especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande – CCJS/UFCG

O Laboratório de Pesquisas em Economia Aplicada – LAPEA – CNPq/UFCG.

O Laboratório de Estudos Aplicados em Recursos Ambientais – LEARA – CNPq/UFCG.

A Amplla Editora.

A QUEM INTERESSAR

O Direito, a Economia e a Sociedade seguem a ideia de interdisciplinaridade que permitirá ao leitor passear pelas ciências jurídicas, econômicas e sociais com vistas à compreender em cada capítulo instalado, uma visão de mundo acerca das mais variadas temáticas abordadas que alçam o indivíduo, na cruciante verdade.

O interesse é condição “sine qua non” para que o leitor vise ampliar seus conhecimentos na seara do direito penal e processual penal, ao ponto de despertar a razão da ciência do Direito, permutando deveras com a Economia no sentido de compreender quão emergente são as necessidades humanas as quais se encontram pautadas na garantia de direitos fundamentais e essenciais que ensejam a qualidade de vida de todos os membros do tecido social sem distinção.

O diálogo científico em abordagens multidisciplinares apoia um desejo de arcabouço científico que remete ao leitor, visões de mundo que despertarão o desejo em conhecer as ciências afins que dragam um olhar holístico e realístico do contexto jurídico, social e ético.

Muitos dizem que o futuro pertence ao Direito e a Economia. É de fato ousado pontuar sobre o futuro da sociedade, sem entendermos o que é a expressão na opinião de juristas e economistas pois a opinião é sempre um estado de convicção da verdade e a expressão desta deflagra a sugestão da base teórica em que o movimento das sociedades elucida condições de oferecer esperança e resiliência de todos os tipos.

Aqueles de nós que não são economistas, e ainda os que não se encontram no campo dos economistas, tem a liberdade de falar do Direito e tudo o mesmo falando na economia. A holística, então vence e fazemos oficialmente a autoridade do papel das ciências sociais o que na administração dos assuntos é sossegado e subordinado. Estes campos não têm a visibilidade exaltada, ou seja, o estatuto oficial dos economistas e juristas, conflui, e, é claro, não há nenhum Prêmio Nobel aqui, mas se quiséssemos premiar a sociedade trazendo à tona vários temas importantes, pode-se ver uma luz no fim do túnel, com a franqueza de algumas alocuções exibidas.

O resto de nós, em outras partes do mundo, nas ciências sociais, pode se apoiar na arrogância (de alguns), mas aqui nos permitimos transmitir a impressão da confusão social periférica e geral e deixar que o rigor seja exatamente a falta dele e que se falasse mais alto os problemas subordinados do caos.

Isabel Fontgalland

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - O PAPEL DA MULHER VÍTIMA DE VIOLENCIA: UM ESTUDO DA VIOLENCIA INSTITUCIONAL NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL.....	13
CAPÍTULO II - CRIME DE ESTUPRO: UMA ANÁLISE DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO ÚNICO MEIO DE PROVA NA CONDENAÇÃO DO ACUSADO	31
CAPÍTULO III - O DIREITO PENAL AMBIENTAL – UM ESTUDO ACERCA DOS CRIMES AMBIENTAIS NO SERTÃO PARAIBANO	45
CAPÍTULO IV - JULGAMENTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DE PRINCÍPIOS E REGRAS NO PROCESSO PENAL.....	57
CAPÍTULO V - JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A SUA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES	72
CAPÍTULO VI - JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA DE TRANSFORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	90
CAPÍTULO VII - A CRISE DO PROCESSO PENAL EM MEIO AO CONFLITO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO E À SUBJETIVIDADE NA APLICAÇÃO DA NORMA	104
CAPÍTULO VIII - A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL	121
CAPÍTULO IX - ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB O VIÉS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: (DES) CABIMENTO DA PROPOSIÇÃO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	135
CAPÍTULO X - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO DIREITO SUBJETIVO DO INDICIADO?	149
CAPÍTULO XI - ANÁLISE ACERCA DA NECESSIDADE DE EQUIPE ESPECIALIZADA PARA A OITIVA DE INCAPAZES NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL.....	161
CAPÍTULO XII - BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E ENCARCERAMENTO EM MASSA: A FETICHISSAÇÃO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	177
CAPÍTULO XIII - O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS (INQ 4.781): A MITIGAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL	193
CAPÍTULO XIV - PROCESSO PENAL E AS FALSAS MEMÓRIAS: UMA ANÁLISE DA PROVA TESTEMUNHAL NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	205
CAPÍTULO XV - PARA ALÉM DO CÁRCERE: OS REFLEXOS DO RACISMO ESTRUTURAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	217
SOBRE OS ORGANIZADORES	230

INTRODUÇÃO

Falar sobre o Direito e sua contribuição científica reflete sua promoção no diálogo no qual se inserem os meios incisivos da Economia e da Sociedade. Com certeza, o movimento da lei e da sociedade é amplo, esfarrapado, e tem muito menos de um núcleo comum do que o Direito e a Economia.

Tomando por princípio de que o Direito é a ciência da imparcialidade, da justiça e da ética, nada mais preciso que o prender ao primado da garantia dos direitos fundamentais, bem como a tutela da dignidade da pessoa humana, erigida pela Constituição Federal como um dos fundamentos da República, como bem estabelece o artigo 1º dessa norma.

Na lei e na sociedade as abordagens, sobre um cânones, ou sobre uma teoria básica tem mais consenso do que o olhar individual de cada observador e daí se torna caótico, sem imaginar que as ciências se irmanam. A multiplicidade de conhecimento favorece a holística e finda o monopólio individual da ciência pura.

Hodiernamente, percebe-se que o grande desafio do Estado é a regulação da conduta dos cidadãos através de normas objetivas e agora mais do que nunca, por primar pela interpretação da lei no âmbito local, na visão de mundo e na sociedade de risco, considerando as prerrogativas de cidadania e bem estar social e no exercício de implementação de políticas públicas eficazes de combate à criminalidade.

O Direito Penal, a partir da proteção punitiva do Estado, seja ele abstrato ou concreto e o Direito Processual Penal Brasileiro, com a sua instrumentalidade, mediante a crise do modelo processual punitivo clássico e à implantação da justiça consensual no âmbito penal, segue nova vertente e, a partir das nuances oriundas da subjetividade, projeta o presente e o futuro da sociedade na promoção da segurança jurídica mediante a promoção de políticas eficazes de prevenção a criminalidade.

O Estado por sua vez na busca do equilíbrio social, ao se deparar diante do crime pretende dar uma resposta para a sociedade e isto ocorre através do processo penal que por sua vez gera custos significativos envolvendo, por conseguinte o aspecto econômico. Daí, ser este o objeto do estudo que conta com as projeções do

conhecimento pautadas na interdisciplinaridade envolvendo o Direito, a Economia e a Sociedade.

Esta tríade do estudo segue os parâmetros de temáticas atualizadas e pertinentes, que capítulo a capítulo oferece abordagens teórico-práticas, capazes de discutir em seu contexto, as mais variadas visões de mundo na perspectiva do conhecimento e contribuindo para a incessante busca de possíveis soluções e/ou análises dos fatos evidenciados a que sociedade está submetida.

Assuntos como a banalização da prisão preventiva e o encarceramento em massa, sob o olhar da fetichização da garantia da ordem pública no sistema processual penal brasileiro, faz com que o leitor compreenda o arcabouço jurídico vasto que permeia o ordenamento jurídico pátrio. Além disso, perceber a necessidade de uma mudança operacional do Direito Processual Penal, onde a liberdade deve ser a regra e não a prisão E, neste artigo ficou clara que existe sim uma banalização da prisão preventiva e isso tem reflexos econômicos, dado o custo de se manter pessoas presas dentro o Sistema Penitenciário Brasileiro. Entre as abordagens teóricas, evidencia-se a temática da análise do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54 pelo STF de forma a analisar os princípios e regras no processo penal, os quais devem ser aplicados em sua inteireza e garantir um processo mais justo, mais equânime.

Temas importantes como o papel da mulher vítima de violência proposto em um estudo da violência institucional no âmbito processual penal traz à baila a necessária vertente de equilíbrio na sociedade quanto a tais práticas.

Quanto ao sistema penal brasileiro, aborda-se aqui o estudo para além do cárcere na perspectiva dos reflexos do racismo estrutural no sistema penitenciário brasileiro e quanto ao direito ambiental, tem-se a visão do direito penal ambiental em um estudo acerca dos crimes ambientais no sertão paraibano em um recorte geográfico no seu sentido micro.

Por conseguinte analisa-se também acerca da necessidade de equipe especializada para a oitiva de incapazes na instrução processual penal no sentido que se conectam os assuntos como o crime de estupro sob a análise da palavra da vítima como único meio de prova na condenação do acusado; a justiça penal negocial com o recorte temático do acordo de não persecução penal e a sua aplicação aos crimes militares; além de abordar o acordo de não persecução penal como direito subjetivo do indiciado; a justiça restaurativa como ferramenta de transformação do

Processo Penal Brasileiro; e o acordo de não persecução penal sob o viés da Justiça Restaurativa: (Des) cabimento da proposição na audiência de custódia; e traz também um artigo sobre as falsas memórias no âmbito dos crimes de estupro contra vulnerável.

Nos demais capítulos da obra também se encontram o estudo da crise do processo penal em meio ao conflito entre o Legislativo e o Judiciário e à subjetividade na aplicação da norma; além da análise acerca da necessidade de equipe especializada para a oitiva de incapazes na instrução processual penal; bem como, a (Im) possibilidade do contraditório no inquérito policial.

Nesta visão geral, a coletânea contempla a área do Direito a qual tem interface com a economia a exemplo da formalização de acordos da não persecução penal, uma vez que a formalização desses acordos enxuga a máquina do poder judiciário, vez que este passa a atuar apenas na discussão de crimes mais graves; além da questão da violência contra mulher que também tem ligação com a ordem econômica; do preconceito contra a mulher e a questão da banalização da prisão preventiva que faz superlotar o sistema penitenciário; a questão dos crimes ambientais; dentre outras temáticas que favorecem a sociedades.

A sociedade cada vez mais vulnerável aos riscos proporcionados pelo crescimento econômico, se alarga no sentido macro e se estreita no sentido micro ao ponto de gerar inúmeros problemas sociais, dentre eles os crescimentos populacionais, em que o mercado do crime tem se instalado gerando, o medo e a insegurança no espaço público e doméstico tende a busca uma resposta do Estado para minimização dos riscos e para obtenção do tão presumido equilíbrio e equidade de valores.

Mediante a atuação estatal, este necessita de suporte através do processo de descentralização política e amparo na economia local através de políticas públicas e participação sociais efetivas, daí a importância de discussões acerca da tríade proposta neste trabalho.

É fato que a criminalidade tem ganhado espaço e a sensação de insegurança reflete na real subordinação do cidadão ao agente criminoso, como diz Fontgalland, 2022, caminham juntos numa subordinação ao in dicium valorem, permanecendo a prática dos conflitos e desta feita, na defesa da inocência razoável. O quer dizer que o crime compensa? A obra “Violência e criminalidade: o retrato da economia do crime” traz em seu bojo o olhar da economista que com várias nuances, desde a

semântica passando por várias teorias sócio-psicológicas e modelagens econômicas, afirma que “os fundamentos conceituais da violência associada ao crime revelam através dos economistas, um comportamento criminoso racional de tomada de decisão tendo em conta os benefícios esperados em comparação aos custos esperados”.

A Economia traz uma visão que o Direito com seu conjunto de normas e regras, não consegue rebater de per si todos os pleitos sociais, pois não é um monopólio de ciência pura, daí a importância do diálogo entre as ciências e da produção intelectual ter a multidisciplinaridade como foco na incessante busca pelo bem estar social.

Nos dias atuais o binômio sistema x problema, segue a vertente do abstrato e o realismo jurídico em que se faz necessária a produção científica com um olhar sistêmico, mas, sobretudo realístico, sociológico que permita o diálogo de saberes.

Neste livro pretende-se discutir o encontro de temas com mais humanidade e menos pretensão de perspicácia, do que em alguns dos trabalhos jurídicos e Economia. A literatura aqui, no seu melhor, parece ter mais carne e sangue, e, portanto, mais vida.

Para muitos de nós, o trabalho em Direito e em Economia, na sua maior parte parece formalista e modelar. Talvez isso seja o resultado de um preconceito secular. A análise econômica é essencial para, pelo menos, alguns aspectos da lei. Sim, gostaríamos que alguns dos trabalhos aqui apresentados tivessem sido mais empíricos e menos interessados na "teoria". De fato, esta síntese está a caminho.

*Carla Pedrosa de Figueiredo
Isabel Lausanne Fontgalland
Francisco César Martins De Oliveira*

CAPÍTULO I

O PAPEL DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA: UM ESTUDO DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-1

Esdras Ferreira Albuquerque

(ferreira_esdras@hotmail.com)

ORCID - 0000-0001-8278-0423

Mestrando em Direitos Humanos - UFPB

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduado em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Gabriel de Medeiros Estrela

(gabrielestrela_hp@hotmail.com)

ORCID - 0000-0003-2230-5908

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduado em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Gabriel Moreira de Santana

(gabriel.bcone@gmail.com)

ORCID - 0000-0002-2117-6780

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduado em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Carla Pedrosa de Figueiredo

(profacarlapedrosa@gmail.com)

ORCID - 0000-0001-5883-3126

Professora Assistente II – Curso de Direito do CCJS/UFCG. Mestre e Especialista pela UFCG

Doutoranda em Administração pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS

Universidade Federal de Campina Grande

RESUMO

A violência praticada no âmbito das instituições é algo comum no Brasil. Sejam privadas ou públicas, como o Poder Judiciário, as mesmas estão incumbidas do dever de zelar pela dignidade da pessoa humana. Porém, em algumas situações, seja por despreparo ou negligência daqueles que a compõem, acabam cometendo a chamada violência institucional, provocando uma vitimização secundária ou revitimização, onde a mulher é o principal alvo. Por isso, o presente trabalho tem por objetivo propor uma análise acerca do papel da mulher neste tipo de violência no processo penal brasileiro. Para isso, o método de abordagem utilizado será o dedutivo, tratando-se a pesquisa de uma abordagem qualitativa, quanto sua forma de abordagem. No que diz respeito aos objetivos, a pesquisa mostra-se descritiva, pois busca traçar o fenômeno analisado. Enquanto que os procedimentos técnicos utilizados foram o bibliográfico e documental, tomando por base livros, trabalhos científicos e fontes legislativas.

Palavras-chave: Violência institucional; mulher; revitimização.

1. INTRODUÇÃO

Há muito, a figura feminina ocupa patamar desprestigiado dentro das relações sociais, em face da cultura machista e patriarcal reafirmada reiteradamente no curso dos séculos e seus efeitos em todos os campos da vida em coletividade.

A mulher desponta na seara criminal em um primeiro momento no papel de vítima e só muito recentemente foi lhes dado maior atenção e proteção, a produção legislativa ainda se encontra defasada quando se fala de tratamento processual adequado às vítimas de violência, acrescente-se ao fato de que contemporaneamente o absurdo ainda é regra quando do tratamento à vítima.

Ainda hoje, não obstante o apelo social e jurídico distendido ao tema, a figura feminina persiste na condição de vítima, já não bastasse as diversas formas de violência por elas sofrida, seja de cunho sexual ou em razão do gênero, recai-lhes dupla e até triplamente a vitimização.

Todo o aparato estatal que deveria funcionar a contendo dentro do que discorre os mais recentes diplomas normativos no que concerne ao cuidado que, em tese, deveria se dado à vítima, mas que vem a ser mais um instrumento de violência. Com isso, torna-se imperativo a tomada de observações e apontamentos sobre a temática do ponto de vista científico, de modo a conseguir precisar seu papel no âmbito processual penal.

Com vista ao contexto sociojurídico contemporâneo sobressai, dentre outros, o papel da vítima e sua colocação como parte efetiva do Processo Penal que, por vezes, concentra atenção ao crime e ao criminoso, relegando a vítima a um estado de quase que completa irrelevância.

Agora, acrescente-se o gênero feminino e as singulares formas de violência a elas direcionadas, mais ainda no âmbito institucional, onde o corpo estatal é, em sua grande maioria, formado por servidores despreparados para lidar com as situações de violência sofrida pelas mulheres, uma infraestrutura insuficiente e inadequada para fazer frente às necessidades das vítimas, e, sobretudo, o preconceito arraigado no seio da coletividade que acaba por sedimentar no âmbito institucional, o que leva a vitimização secundária ou até terciária daquelas que tanto já sofrem.

Sendo assim, na presente obra analisará a evolução histórica da “vítima” afim de se fixar um conceito adequado, ao passo que se avaliará o papel da mulher como vítima no âmbito do processo penal. Discutir-se-á o conceito e a delimitação do que

venha a ser a Violência Institucional. Por fim, evidencia-se a Violência Institucional voltada a figura da mulher vítima de violência.

O presente trabalho terá como método de abordagem o dedutivo. Quanto à forma de abordagem, tratará de uma pesquisa qualitativa, buscando a interpretação de fenômenos que não podem ser traduzidos por meio de procedimentos estatísticos. Trata-se de uma pesquisa descritiva, quanto aos objetivos, onde se busca delinear o fenômeno analisado. Para que o presente trabalho seja possível foi utilizada a pesquisa documental e bibliográfica, tomando por base livros, trabalhos científicos e fontes legislativas.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O CONCEITO DE VÍTIMA

Historicamente, no que tange aos povos antigos, tem-se por “vítima” o animal a ser dado em sacrifício para abrandar a ira divina ou ofertado em ação de graças por benefícios recebidos. No primeiro caso, em latim empregava-se a palavra *hostia*, diferenciava-se, no segundo caso com a palavra *victima* (MASON, 1957 *apud* OLIVEIRA, 2018).

Bittencourt (1963 *apud* JUNIOR, 2012) por base uma visão cristã, fundamentada na Bíblia, a palavra “vítima” tem origem latino no verbo *vincere*, constituindo o ser vivo imolado em sacrifício. Contendo, pois, um sentido jurídico penal estrito, designando o indivíduo que sofre diretamente com a violação da norma penal e um sentido penal amplo abrangendo não só o indivíduo, mas, também, a comunidade que suportam as consequências da prática do crime.

Tomando por base a forte influência religiosa cristã já descrita por Bittencourt, o vocábulo passa a representar um amplo significado contemporaneamente, a partir do momento que “vítima” supera a mera representação do animal imolado em sacrifício, passando a representar todo e qualquer ser vivo que venha a sofrer qualquer espécie de dano, resultante da ação de outrem ou de acontecimentos naturais, passando este a ser o significado gramatical do vocábulo “vítima”.

Seguindo a evolução social e científica, associado ao advento dos estudos acerca da Vitimologia, após a Segunda Guerra Mundial, passa-se a ter uma definição jurídico-penal da vítima, tal como sendo aquela que sofre as consequências da violação de uma norma penal.

Para tanto, segundo Barros (2008), o:

Ofendido ou vítima é a pessoa – física ou jurídica – que suporta os danos decorrentes da infração penal; é o sujeito passivo da infração penal; também considerado sujeito passivo mediato, tendo em vista que o Estado é, sempre, o sujeito passivo genérico e imediato.

Porém, o que se depreende no âmbito jurídico é que nem sempre se faz uso do termo “vítima”, por vezes, tem o substituído por “ofendido”, por “prejudicado”, ou até mesmo por “sujeito passivo da infração penal”. Contudo, o erro que não se pode cometer é o de confundir todas essas terminologias com a figura da vítima propriamente dita, ainda por cima que de forma recorrente ocorre que estas se reúnam na mesma pessoa.

A Carta Processual Penal Brasileira faz uso das palavras “vítima”, “lesado”, “ofendido” e “pessoa ofendida”, sem qualquer rigidez terminológica, o que, por vezes, leva a doutrina a distinguir a terminologia segundo a natureza da infração penal. Não obstante, o termo “vítima” ser usada para crimes contra a pessoa; o termo “lesado” no âmbito dos crimes patrimoniais; já o termo “ofendido” seria usado para os crimes contra a honra e contra os costumes; “vítima” e “prejudicado” nos crimes de homicídio, respectivamente, recairia sobre o morto e aquele que dele dependia financeiramente (GRECO, 2004 *apud* BARROS, 2008).

Em que pese o esforço doutrinário para precisar a definição de “vítima”, no que concerne a mais atual delimitação deste conceito, destoa o entendimento apresentado na Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985, em seu anexo “A” - Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (ONU, 1985), senão veja-se:

1. Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que profalam o abuso de poder.

Diante disso, pode-se seguramente conceituar “vítima”, na seara penal, como sendo a pessoa que sofre prejuízo de qualquer ordem (seja física, moral ou patrimonial), em decorrência de ato ou omissão que viola norma penal em vigor, independentemente da relação da vítima com o autor do ilícito, de sua identificação ou comprovação de culpa.

2.1. A MULHER COMO VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Movimento Feminista contribuiu enormemente para a conquista dos direitos da mulher, a partir da pressão exercida no intuito de concretização de políticas públicas e pleno respeito à cidadania feminina.

Todavia, a vítima, de modo geral, não goza de posição prestigiada no âmbito processual penal, vez que não encontra maior proteção em seus interesses particulares como sujeito processual, pois, com a transição do poder dos clãs, famílias e tribos ao Soberano, e posteriormente ao Estado, foi dado a este o status de vítima imediata e genérica de qualquer ilícito penal praticado.

Acrescente-se a isso, a centralização do poder e a titularidade do *jus puniendi*. Coube ao Estado todo o interesse na persecução penal, em cujo contexto a vítima figura como mero objeto de processo, com o testemunho dado ou se submetendo ao exame de corpo de delito. Fato enormemente agravado quando se trata de uma mulher vítima de violência. Afirma Souza (2013) sobre o tema que:

Em realidade, as mulheres adentram no sistema de justiça criminal essencialmente na figura de vítimas, principalmente ao se tratar do controle sobre sua sexualidade, ou seja, na “preservação da virgindade e zelo pela reputação da mulher”.

Buscando distanciamento da preconceituosa vitimização, a Lei Maria da Penha, trouxe consigo forte debate sobre as relações jurídicas de gênero, ao posicionar a mulher em situação de violência como sujeito que demanda proteção especial.

A inclusão da ideia de violência ligado ao gênero ascendeu como marco importante dentro do ordenamento jurídico nacional, porque veio a estabelecer uma mudança de paradigmas, onde a mulher que a muito vem sendo vítima de violência motivada, sobretudo, por seu gênero, passa a gozar de proteção diferenciada no âmbito judicial e extra, assim, enxerga-se a clara transição da mulher como mero objeto que, outrora, era atingido quando a honra do homem (seja seu marido, pai, irmão, etc.) era violada, para sujeito relevante processual e proceduralmente, mesmo que ainda venha a figurar como vítima, por vezes.

Não obstante a vigência de diplomas legais que objetivam maior proteção e participação à mulher no âmbito processual, percebe-se que a simples alteração no ordenamento não representa autêntico empenho com a efetivação da cidadania feminina manifestada nos agentes jurídicos.

Ao passo em que se busca a consolidação do papel feminino na seara processual penal, destacar que as previsões existentes de medidas que revelam preocupação com a vítima, porém, quase que se limitam à prestação de reparação patrimonial para obtenção de benefícios legais, como ocorre com o livramento condicional, o sursis, a diminuição da pena ou a reabilitação criminal.

Ainda hoje há inúmeras dificuldades para a efetiva aplicação da legislação protetiva feminina. Ao passo que ainda se escasseiam as varas, promotorias e delegacias especializadas; profissionais do direito para atuar nas estruturas já criadas; e, a capacitação para os servidores; além do mais, falta sintonia na interpretação da lei, pois cada magistrado pondera de forma diferente sobre questões fundamentais e altera os procedimentos existentes (SOUZA, 2013).

Veja que quando se fala em influência do papel da vítima no processo penal, pode-se elencar dentre novidades legislativas existente: a Lei nº 9.249/95, que criou causas extintivas da punibilidade em virtude da reparação do dano antes do recebimento da denúncia; a Lei nº 9.605/98, que passou a prevê a pena de prestação pecuniária e além de incentivos para a reparação do dano; a Lei nº 9.807/99, que trata da proteção de testemunhas e vítimas sob ameaça; porém, apenas a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), se voltou à figura da mulher, ao passo que incorpora ao ordenamento jurídico pátrio o gênero como aspecto determinante no tratamento dado à vítima (BARROS, 2008).

Atentando as mais diversas temáticas relativas aos sujeitos processuais, para compreender o tratamento da vítima como sujeito processual *sui generis* (MENDES, 2020). O que passa a ser imperativo é em que concerne a obrigatoriedade de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar de mulheres gestantes ou mães de menores de 12 anos, prisão cautelar e da audiência de custódia em face da credibilidade da palavra da mulher, o que só assim refletiria tratamento processual realmente adequado.

Mendes e Pimentel (2018 apud MENDES, 2020) afirmam, que:

A mudança ocorrida com a Lei 12.015/2009, pela qual passa a denominar Crimes contra a dignidade sexual e crimes contra a liberdade sexual, aponta para a construção de outro paradigma na estrutura dogmática penal, considerando a vitimização feminina e a condição das mulheres como sujeitos de direito e de sua própria sexualidade. Uma mudança que, contudo, não foi capaz de ultrapassar a força da cultura nas relações de opressão de gênero, que estão nas bases sociais das práticas de crimes sexuais contra as mulheres.

Não obstante, a palavra da mulher em sede processual ainda padece com tratamento não digno, em que pese a previsão legal do atendimento à mulher vítima de violência deva ser realizado por servidoras, a estrutura jurídica estatal ainda se encontra carente do tratamento profissional adequado o que ocasionam na mulher vítima mais constrangimento e descrédito com sua atuação judicial e extra, o que implica em revitimização, agora em virtude da atuação ou omissão do Estado e da própria comunidade.

2.2. TIPOS DE VITIMIZAÇÃO

Levando em conta a definição de vítima já apresentado no presente artigo, neste momento, compete-nos expor a classificação relativa à vitimização, dentro do contesto criminológico.

A separação clássica distribui as formas de vitimização em três grupos. Vê-se que a vitimização Primária decorre dos próprios efeitos do crime na vítima, sendo os danos causados de ordem física, material ou psíquica. É o contato em que a vítima sofre a violação direta ao bem jurídico tutelado (GONZAGA, 2020).

Já a vitimização Secundária, é aquela causada pelas instâncias formais de controle social no decorrer da apuração e processamento do crime (abrangendo o inquérito policial e o processo penal), também denominada de Sobrevitimização (PENTEADO FILHO, 2020). Ocorre quando a vítima busca o aparelho estatal ante a prática de um crime, porém, a ausência ou a falha no atendimento e amparo lhe impõe novo constrangimento.

Por último, existe a vitimização Terciária, que ocorre quando a própria sociedade impõe o afastamento da vítima do crime, não a acolhendo, onde é comum a vítima ser tratada com preconceito, incentivando a não denunciar ou, até mesmo, atribuindo-lhe parcela de culpa (PENTEADO FILHO, 2020).

Por fim, enxerga-se que a vitimização Secundária expõe a fragilidade do mecanismo estatal de acolhimento à vítima, em especial a mulher vítima de violência, toda a construção profissional, acadêmica e social contribuiu para que todo um tratamento estigmatizado venha a ser imposto à vítima, sobretudo, quando se trata de crimes de violência ligado ao gênero e de natureza sexual. Aqui é a clara existência de uma violência institucionalizada nos órgãos do Estado que revitimizam as mulheres.

3. VIOLENCIA INSTITUCIONAL

Em suas várias expressões, a violência consiste em uma preocupação geral, devido as graves consequências por ela geradas, como lesões físicas, danos psicológicos e em muitos casos a morte. A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a violência como o uso intencional da força física ou do poder, seja ele real ou em forma de ameaça, contra si, contra outra pessoa ou contra um grupo/comunidade, que gere ou possibilite que ocorram as horríveis consequências já mencionadas. Conforme ensina Minayo e Souza (1997/1998):

A violência consiste em ações humanas de indivíduos, grupos, classes, nações, que ocasionam a morte de outros seres humanos ou que afetam sua integridade física, moral, mental ou espiritual.

A violência se apresenta de múltiplas formas que se diferem a partir da maneira como se manifestam, podendo ela ser física, psicológica, moral, sexual, econômica, dentre outras. A própria Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), traz em seu texto conceitos e especificações para tipos diversos de violência, neste caso contra a mulher. Afirma a legislação:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

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

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

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

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Uma espécie de violência não citada pela legislação supracitada é a chamada violência institucional. Trata-se de uma forma de violência que até então era pouco discutida, contudo seus efeitos são tão danosos como as demais.

Pode-se conceituar a violência institucional como aquela praticada por órgãos e agentes públicos ou privados que deveriam zelar pelo cuidado, proteção e defesa de todos os cidadãos, porém não o fazem. São cada vez mais conhecidos os casos de violência praticados em hospitais, escolas, delegacias e até no próprio judiciário.

A violência no âmbito das instituições pode se apresentar de diversos modos, um exemplo deles é por meio do assédio moral ou *mobbing*, onde através de um conjunto de condutas gera ao trabalhador uma violência psicológica, praticada por alguém que seja hierarquicamente superior ou mesmo um colega. Logo, o uso de formas agressivas na comunicação, manipulação de sua atividade profissional, apropriação de ideias, injúrias, humilhações, são exemplos de condutas praticadas por aqueles que fomentam a violência institucional, gerando para vítima consequências demasiadamente negativas, como baixa autoestima, temor, ansiedade, depressão, entre outras sequelas.

No âmbito do Poder Judiciário também se pode vislumbrar este tipo de violência. Um caso que ganhou destaque nacionalmente foi o da jovem Mariana Ferrer, vítima do crime de estupro de vulnerável, praticado pelo empresário André de Camargo Aranha, onde ela se encontrava sob efeito de substâncias entorpecentes. Nas imagens divulgadas da audiência, a jovem sofre constante exposição e humilhação por parte do advogado de defesa Cláudio Gastão da Rosa Filho. O magistrado, a quem incumbe o dever de cuidar, mantém-se inerte, nada fazendo para pôr fim aos ataques desferidos. Portanto, a violência institucional também é praticada por um ato omissivo, como ocorreu no caso relatado.

A violência institucional cria o fenômeno da revitimização, expressão que tem se tornado comum no Judiciário Brasileiro. O tratamento com descaso, negligência e preconceito por parte das autoridades gera a vitimização secundária. O despreparo por parte de agentes públicos que, por meio de perguntas ofensivas e vexatórias, por exemplo, prejudicam ainda mais o psicológico da vítima, fazendo que esta reviva diversas vezes a violência sofrida.

Quando aqueles que estão representando uma instituição, deixam de lado dados objetivos, elaborados segundo os ditames do devido processo legal, e passam

a emitir juízo de valor baseados em opiniões subjetivas, eivadas dos mais diversos tipos de preconceito, tem-se a prática da violência institucional. Tal prática é inconcebível diante de uma sociedade que seja construída fundada nos valores de respeito à dignidade humana.

As vítimas desse tipo de violência geralmente são grupos minoritários ou aqueles excluídos do meio social, como jovens residentes em periferias, grupo LGBTQIAP+, minorias étnicas e, principalmente, as mulheres.

No ano de 2019 a Deputada Federal Soraya Santos, filiada ao PL/RJ, deu início ao Projeto de Lei (PL) de nº 5.091/20 (BRASIL, 2019) onde passaria a considerar crime as ações ou omissões de agentes públicos que venham a prejudicar o atendimento à vítima ou testemunha de violência, como uma tentativa de diminuir o grande número e casos deste tipo de agressão. Assim era o texto do projeto de lei:

Art. 1º A presente lei dispõe sobre a tipificação do crime de violência institucional. Art. 2º A Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:

Violência Institucional

Art. 15-A. Praticar o agente público violência institucional, por meio de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o atendimento à vítima ou testemunha de violência ou causem a sua revitimização.

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Após os trâmites legais, houve a publicação no dia 1º de abril de 2022 da Lei nº 14.321/22, na qual inseriu na Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19) o artigo 15-A¹, que recebeu a rubrica de “violência institucional”.

Conforme Costa, Fontes e Hoffmann (2022) o novo tipo penal pune o agente que expõe a vítima ou a testemunha de crimes violentos a reviver os momentos das violações por meio de procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, levando a estigmatização e sofrimento destas.

A tipificação e consequente aplicação de penas àqueles que praticam a violência institucional podem ser visto como um avanço no combate a tais

¹ Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade: (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

I - a situação de violência; ou (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização: (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

§ 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços). (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022)

§ 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro. (Incluído pela Lei nº 14.321, de 2022) (BRASIL, 2019)

atrocidades. Instituições como o Poder Judiciário são entes que devem prestar acolhimento à vítima, fornecendo-lhe todo suporte necessário com o intuito de mitigar os danos já sofridos e não abalando ainda mais seu psicológico.

Entretanto, aqui é oportuno mencionar que, por se tratar de um tipo penal disposto na Lei de Abuso de Autoridade, é importante expor que a citada norma exige que as condutas previstas em seu arcabouço sejam dotadas de um elemento subjetivo especial, conforme previsão do seu artigo 1º². Logo, para que haja a caracterização da conduta descrita neste tipo, deve-se observar uma finalidade específica. (MORETZSOHN; BURIN, 2022)

Aqui é importante destacar que, na visão das citadas autoras (2022), tal circunstância dificulta, por exemplo, a caracterização do tipo, visto que para além do elemento específico para configuração da conduta descrita, há a necessidade de que o agente execute sua atuação de forma desnecessária. Sendo assim, resta factual que, o tipo aqui disposto é subjetivo e aberto, restando difícil sua aplicação prática.

Outro ponto que merece o devido destaque diz respeito à carga punitivista e a espetacularização do direito penal e processo penal desvelada pela mídia. Em linhas gerais, se o caso Mariana Ferrer, por exemplo, que desencadeou o processo legislativo de modificação das normas ocorresse na atualidade da Lei nº 13.869/19, modificada pela Lei nº 14.321/22, o patrono responsável pelas violações oriundas no caso de Mariana Ferrer, não responderia pela violência institucional por não ser considerado agente público. Tal fato só reforça o braço do direito penal simbólico. (MORETZSOHN; BURIN, 2022)

Entretanto, cumpre ressaltar que, “[...] não pretendemos desqualificar a lei ou propagar sua não aplicação. No entanto, temos consciência de que a mera tipificação de condutas não é capaz de implicar sua não ocorrência.” Porém é cediço destacar que, “[...] a proteção insuficiente não pode esbarrar nos excessos punitivistas trazidos por uma tipificação extremamente aberta, que viole o princípio da taxatividade.” (MORETZSOHN; BURIN, 2022)

² Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade. (BRASIL, 2019)

Por fim, para fechar esse pensamento (sem negar ou se posicionar contrariamente a existência da lei) se faz necessário lançar luz ao texto de Vladimir Passos de Freitas intitulado “Os imprevisíveis rumos do Direito Penal na atualidade”, onde o autor, em linhas gerais, na sua essência, apresenta um aspecto importante que corrobora com a discussão feita, ou seja, busca-se cada vez mais a tutela do direito penal para agravar as penas, em razão do clamor social punitivista, da atuação midiática que demoniza o direito penal e as instituições como ineficiente, gerando no legislador a necessidade de criar novas leis imprecisas e incoerentes, o que acarreta no aprofundamento dos problemas sociais e o esvaziamento de pautas relevantes para a sociedade. (FREITAS, 2021)

Sendo assim, conclui-se que, criar leis desordenadamente não necessariamente garante que as práticas criminosas como a violência institucional se propaguem, entretanto não se pode deixar de olvidar o ganho simbólico e jurídico que tal norma representa para essas mulheres que são para além de vítimas, devem ser consideradas protagonistas no direito penal e processual.

4. O PAPEL DA MULHER FRENTE À VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

Ao analisar o papel da mulher que sofre e/ou sofreu violência frente às violações que ocorrem no âmbito institucional, é oportuno trazer à tona a perspectiva à qual o Sistema Jurídico Nacional está envolto. Para tanto, é adequado trazer à memória as lições de Radbruch (1999):

Nosso direito é masculino, condicionado em seu conteúdo por interesse masculino e modo de sentir masculino [...], mas masculino, sobretudo, em sua interpretação e sua aplicação, uma aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, diante das quais o indivíduo e seu sentimento não contam. Por isso, quis-se excluir as mulheres, também para o futuro, da participação ativa na jurisdição.

A exclusão da mulher na sua participação ativa na jurisdição, como afirma o autor supracitado, é reflexo de uma cultura machista e patriarcal responsável por aprisionar a liberdade da mulher, condicionando seus passos, os seus direitos, a sua vestimenta a necessidades e finalidades atribuída por homens e para homens. Neste sentido, o sistema penal e processual penal são instrumentos responsáveis pela efetivação deste controle social, representado na reprodução de estruturas machistas e patriarcais nos ideias das instituições, no seio social, a qual se configura

na expressão do poder e das subjetividades (masculino e feminino; bem ou mal), responsável pela manutenção do status existente de violações (ANDRADE, 2005).

Quando há a ocorrência de uma violação contra a mulher, não só ela está sendo agredida, mas sim, toda a estrutura social. Quando isso ocorre, a procura pelo Poder Judiciário deveria ser a saída. Entretanto, o Sistema Judicial como um todo, em muitos casos, é o causador de graves violações contra a mulher. A ideia de um sistema protetor da figura da vítima é algo que está inserido da esfera do dever ser. Isso ocorre, em razão de que, conforme específica Andrade (2005) “[...] a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, [...]” como sempre se auferiu do discurso institucional, mas, ao contrário, “[...] construí-la seletiva e estigmatizantemente e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça).”

Ante o exposto, o que resta de fato diz respeito à inferência de que a violência institucional ocorre diuturnamente dentro da estrutura do Estado, seja nas delegacias, nas audiências ou nos julgamentos em sede de Juízo. O fato novo que distingue a situação atual em relação a outrora, diz respeito a publicização de condutas praticadas de forma corriqueira nestes ambientes, o que gera uma comoção maior em razão dos meios telemáticos. Entretanto, essa sempre foi a realidade da mulher que busca ou que já buscou uma atuação da sistemática penal e processual penal. O que sempre resultou em um processo de revitimização da mulher agredida.

Esse processo de revitimização é reconhecido quando se é trazido à tona os relatos de algumas mulheres que, rompendo com o ciclo da violência decidem denunciar os respectivos autores das violações e esbarram na incorporação do machismo e do patriarcado personificados nas autoridades responsáveis. Neste sentido, específica Meneses (2017) que “as mulheres reclamam de serem coagidas e humilhadas em delegacias e tribunais, graças ao julgamento moral das autoridades.” Tais atos ocorrem, principalmente, em sede policial que é a porta de entrada da mulher ao sistema (Rede de Proteção).

Vale destacar que, em casos de violência sexual que ocorra no âmbito doméstico, a dignidade da vítima é atacada de maneira atroz, ao ponto de obrigar-a a refazer o caminho da violação por diversas vezes, desacreditando-a, culpando-a e, por fim, condenando-a a uma pena de status perpétuo.

Ante a problemática colocada, o papel da mulher frente a violência institucional, está intimamente ligado a uma ruptura da cultura patriarcal e machista. Conforme as lições de Taquette (2007), não adianta modificar só a sistemática judicial, em relação aos prazos, melhoria do quadro de servidores, mas sim, o Poder Judiciário deve assumir uma posição de aversão à cultura mencionada, perfazendo uma mudança estrutural com o intuito de tratar de forma equânime a figura feminina.

É importante olvidar que, nas lições de Chai, Santos e Chaves (2018) o Estado é responsável pela propagação da violência institucional quando não unifica sua atuação frente às violações contra as mulheres, repassando em suas atuações ideais contrapostos (tipificando as condutas como criminosas, bem como as tolerando – na falta de ação e punição para os agressores - igualmente, em relação às ações dos seus agentes públicos).

Ainda de acordo com os autores citados (2018), o reconhecimento da mulher que sofreu violência como alguém que têm direitos, é o mecanismo necessário para uma escuta humanitária de forma sensível e responsável, evitando, assim, o processo de revitimização que tanto impera no judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A matéria abordada nesta pesquisa é de extrema complexidade, tendo em vista o negacionismo existente na seara institucional no que diz respeito às violações dos direitos inerentes as mulheres. O tratamento da mulher vítima no Processo Penal sempre foi ínfimo, levando a crer que nem sempre àquela que sofreu a agressão recebe o tratamento devido pelo Estado e por suas Instituições.

É oportuno destacar que, a violência institucional não era algo novo, entretanto, com o advento da publicização das condutas desempenhadas em sede dos Tribunais brasileiros e/ou em audiências gravadas, foi constatada a existência de um processo de revitimização da figura da mulher. As Instituições deveriam ser um lugar seguro para as vítimas, entretanto fora observado que este ambiente poder-se-ia ser responsável pela manutenção das mazelas sociais de um sistema machista e patriarcal que sempre lutou para não evoluir.

A violência Institucional é o reflexo de uma formação de profissionais ineficazes, de uma sociedade selvagem e de uma justiça machista a qual expande cada vez mais os direitos do violador da norma e ofusca aqueles inerentes a vítima.

Outrossim, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário tornou-se responsável por um processo de estigmatização capaz de reproduzir diversas desigualdades e assimetrias relacionadas a cor, gênero e classe social dentro de suas instituições, o que acarretou um distanciamento das mulheres que sofria violência por medo de ter a sua condição de vítima criticada, sua vida exposta ao público, reduzindo a conduta do agente a condição de aceitável socialmente e justificada juridicamente.

Quanto ao papel da mulher se pode observar que, não bastava só a modificação das leis, capacitação de profissionais ou mudança na sistemática processual, é oportuno existir uma aversão às práticas violentas dentro das instituições direcionadas as mulheres. Nesta perspectiva, a luta pelo reconhecimento da mulher não só como vítima, mas sim, como parte imensamente relevante para sistemática processual tornou-se o ponto mais relevante da pesquisa. A mulher deve ser respeitada e fazer parte do processo para que esse tipo de violação – violência institucional – deixe de fazer parte do itinerário das repartições públicas.

Portanto, o trabalho alcançou o seu objetivo geral demonstrando um breve conceito de violência institucional, bem como apresentando a realidade de muitas mulheres que foram silenciadas pelo sistema, impedindo-as de romper com o ciclo de violência e alcançar uma condição de vida digna. Para tanto, ressaltar o papel da mulher dentro da sistemática processual penal é um caminho para que as mazelas oriundas do machismo e patriarcado deixem de ser uma constante no seio social, conquanto nas instituições.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, nº 50, p. 71-102, jun. 2005.

BARROS, Antonio Milton de. **O papel da vítima no Processo Penal**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 1, nº 1, 2008. Acesso em: 18 jan. 2021. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/37>.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vitimologia como Ciência**. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, ano 1, nº 1, p. 480, abril/maio de 1963 apud em JUNIOR, Lopes et al. A vítima no processo penal e a reparação do dano pelo juízo criminal. 2012. Acesso em: 18 jan. 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5982/1/Vianey%20Mreis%20Lopes%20Junior.pdf>.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei PL 5091/2020**. Altera a Lei nº 13.869/19, de 05 de setembro de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 18 jan. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13. 869 de 5 de setembro de 2019 (Lei de abuso de autoridade)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.321, de 31 de março de 2022, altera a Lei nº 13.869 de setembro de 2019 para tipificar o crime de violência institucional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14321.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.321%C2%20DE%2031,o%20crime%20de%20viol%C3%Aancia%20institucional. Acesso em: 27 abr. 2022.

CHAI, Cássius Guimarães; SANTOS, Jéssica Pereira dos; CHAVES, Denisson Gonçalves. Violência institucional contra a mulher: o Poder Judiciário, de pretenso protetor a efetivo agressor. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 640-665, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538>. Acesso em: 22 jan. 2021. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369429538>.

COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. Crimes de violência institucional: abusando da lei contra o abuso de autoridade. 2022. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-05/academia-policia-crime-violencia-institucional-abusando-lei-abuso>. Acesso em: 22 abr. 2022.

FREITAS, Vlaimir Passos de. Os imprevisíveis rumos do Direito Penal na atualidade. 2021. **Conjur**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-ago-22/segunda-leitura-imprevisiveis-rumos-direito-penal-atualidade#:~:text=0%20Direito%20Penal%20brasileiro%20acompanha, Unidos%20do%20Brasil%20\(1891\)](https://www.conjur.com.br/2021-ago-22/segunda-leitura-imprevisiveis-rumos-direito-penal-atualidade#:~:text=0%20Direito%20Penal%20brasileiro%20acompanha, Unidos%20do%20Brasil%20(1891)). Acesso em: 27 abr. 2022.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A autocolocação da vítima em risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 17-18 apud em BARROS, Antonio Milton de. O papel da vítima no Processo Penal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 1, n° 1, 2008. Acesso em: 20 jan. 2021. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/37>.

MASON, Sean F. **História da Ciência**. Trad. de José Vellinho de Lacerda. Porto Alegre: Editora Globo, 1957 apud em OLIVEIRA, Edmundo. Vitimologia e direito penal: crime precipitado ou programado pela vítima. Edmundo Oliveira. Curitiba: Juruá, 2018. Acesso em: 19 jan. 2021. Disponível em: <https://www.jurua.com.br/bv/conteudo.asp?id=26927&pag=2>.

MENDES, Soraia da Rosa. PIMENTEL, Elaine. C. **A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 146, p. 305-328. São Paulo: RT, 2018 apud em MENDES, Soraia da Rosa. Processo penal feminista / Soraia da Rosa Mendes. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MENESES, Leilane. **Estupro no brasil: 99% dos crimes ficam impunes no país**. Metrópoles. 2017. Disponível em: <https://www.metropoles.com/materiasespeciais/estupro-nobrasil-99-dos-crimes-ficam-impunes-no-pais>. Acesso em: 22 jan. 2021.

MINAYO, M. C. S. e SOUZA, E. R. (1997/1998). **Violência e Saúde Como um Campo Interdisciplinar e de Ação Coletiva. História, Ciências, Saúde, Manguinhos**, IV (3): 513.

MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patrícia. Primeiras impressões sobre a violência institucional. 2022. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-08/questao-genero-primeiras-impressoes-violencia-institucional>. Acesso em: 27 abr. 2022.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder** - Resolução 40/34. Anexo A, Nova York, 29 nov. 1985. Acesso em: 18 jan. 2021. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a-%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html#:~:text=Adotada%20pela%20Assembl%C3%A9ia%20Geral%20das,29%20de%20Novembro%20de%201985.&text=Afirma%20a%20necessidade%20de%20ado%C3%A7%C3%A3o,2>.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RADBACH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.146-147.

SOUZA, Luanna Tomaz de. **Vitimologia e gênero no processo penal brasileiro**. Cadernos de gênero e tecnologia. n° 27 e 28. Ano:10. jul a dez/2013. p. 38-64. Acesso em: 18 jan. 2021. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/cgt/article/view/6102>.

TAQUETTE, Stella (org.). **Mulher adolescente/jovem em situação de violência**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007, p. 95.

CAPÍTULO II

CRIME DE ESTUPRO: UMA ANÁLISE DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO ÚNICO MEIO DE PROVA NA CONDENAÇÃO DO ACUSADO

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-2

Francisca Regiane de Souza

(pesquisadora1009@gmail.com)

ORCID – 0000-0002-4556-5561

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Francimara Karla dos Santos Alves Cruz

(enaigerlive@gmail.com)

ORCID -0000-0002-7332-423

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Laísa Amaral Rolim

(laisa.rolim@gmail.com)

ORCID – 0000-0001-9838-7546

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Leonia Andrade Leite

(leoniaandraade@gmail.com)

ORCID – 0000-0003-3448-5221

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Carla Pedrosa de Figueiredo

(profacarlapedrosa@gmail.com)

ORCID - 0000-0001-5883-3126

Professora Assistente II – Curso de Direito do CCJS/UFCG. Mestre e Especialista pela UFCG

Doutoranda em Administração pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS

Universidade Federal de Campina Grande

RESUMO

Visando assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico pátrio, bem como os Tratados e Convenções Internacionais de que é parte o Brasil traz a cada cidadão brasileiro a garantia da proteção de tal princípio, o que compreende, naturalmente, a defesa da moral, honra e dignidade sexual do indivíduo. Ao tempo em que busca proteger a dignidade da pessoa humana, o direito penal assegura ao acusado da prática de crime os princípios do contraditório e da ampla defesa. Evidencia-se a simultaneidade da defesa das mencionadas garantias, em função da necessidade de defesa concomitante da honra sexual dos cidadãos em geral, sejam do sexo masculino ou feminino, que o que ocorre quando se comina pena para a prática do crime de estupro, como também da proteção do direito de defesa do acusado. O trabalho tem como objetivo tecer considerações acerca da palavra da vítima nos crimes de estupro, utilizando o método histórico-evolutivo para este fim. Desse modo, o presente trabalho debruça-se num primeiro momento sobre a contextualização histórica dos crimes contra a dignidade sexual, posteriormente estuda a atual configuração do crime de estupro e por fim aborda a palavra da vítima como única prova para condenar o acusado. Afinal, verifica-se que não obstante a reprovabilidade do crime de estupro e que a vítima deve ter sua palavra com maior valoração pelo judiciário, esta não deve ser a única prova determinante para condenar o acusado, afim de que sejam evitadas as ocasiões de injustas condenações.

Palavras-chave: estupro; vítima; palavra da vítima.

1. INTRODUÇÃO

O direito brasileiro possui um conjunto de normas e princípios evidenciados na legislação nacional e nos Tratados e Convenções Internacionais que visam resguardar os direitos da pessoa humana, sobretudo, a dignidade coletiva e individual de cada cidadão nato ou naturalizado que resida no Brasil. A Carta Magna de 1988, logo no seu artigo 1º inciso III traz de forma explícita o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, o que engloba a proteção da moral, honra e dignidade sexual do indivíduo. Assim, toda e qualquer pessoa seja do sexo feminino ou masculino tem a garantia constitucional de resguardo da liberdade de suas escolhas sexuais.

O direito penal salvaguarda o princípio da dignidade da pessoa, bem como os princípios do contraditório e ampla defesa, ou seja, ao mesmo tempo em que a vítima tem o seu direito protegido, o acusado também tem o direito de provar sua inocência.

Os crimes contra a dignidade sexual, sobretudo, o estupro, são abomináveis e causam repulsa em toda a sociedade, pois é retirado do sujeito a liberdade de escolha sexual através da coação física, moral e/ou emocional.

O crime de estupro, é geralmente, praticado na surdina, em local a esmo, ou ainda em local que o estuprador sabe que não terá outras pessoas para cessar sua ação. Assim geralmente, não há testemunhas do fato. É um crime que quase sempre não deixa vestígios. Um delito que fere o psicológico da vítima de tal forma que, muitas vezes, ela sequer tem coragem de denunciar o estuprador.

Por ser um delito de difícil comprovação, a palavra da vítima acaba sendo o único meio de prova para a condenação ou absolvição do acusado, o que gera uma grande celeuma, pois, se de um lado há uma vítima ferida física e/ou psicologicamente por ter sido violentada sua dignidade sexual, de outro, não raro, há pessoas se passando de vítima apenas para se vingar do acusado, ou para se promover nas redes sociais através de famosos.

Neste contexto, o trabalho parte da hipótese que, embora o crime de estupro seja de difícil comprovação, não deve o juiz condenar o acusado somente com base na palavra da vítima uma vez que, se assim, agir o magistrado pode incorrer em condenações de inocentes.

O trabalho tem como objetivo precípua, tecer considerações acerca da palavra da vítima nos crimes de estupro. Justifica-se pela necessidade de trazer à baila discussões no tocante a condenação do acusado no crime de estupro quando a única forma de prova é a palavra da vítima, pois se de um lado, há a proteção da liberdade sexual da vítima, do outro, há o contraditório em que, não raro, se prova que a vítima incorreu em tipo de erro quanto à pessoa, ou por outros motivos pessoais como vingança ou auto promoção com pessoas famosas ou de grande poder aquisitivo.

Quanto a metodologia aplicada, serão observados os métodos histórico-evolutivo, que a partir de uma ordem cronológica busca-se avaliar a evolução histórica da legislação aplicada aos crimes que restringe a dignidade sexual, sobretudo, o crime de estupro, desde o código de 1890 até os dias atuais, pontuando as principais ideias que estão enraizadas na sociedade desde os tempos primórdios em que a mulher, mesmo sendo vítima, ainda tem seu perfil social exposto nos Tribunais como se corroborasse para a situação de estupro que vivera.

Tem-se como técnica de pesquisa utilizada a bibliográfica, realizada através de consultas a legislação, doutrina e jurisprudência, leitura de artigos científicos, impressos ou em meio digital, que se mostraram aptos ao alcance dos objetivos.

Para atender sua finalidade, o trabalho se debruça num primeiro momento sob a contextualização histórica dos crimes contra a dignidade sexual desde o Código Penal de 1890, no qual estava explicitamente as ideias do patriarcalismo que vige até os dias atuais, ainda que com uma roupagem que tenta mascará a realidade.

Adiante, o presente trabalho irá mostrar a configuração do crime de estupro, que na atual conjuntura, com o advento da Lei nº 12.015 de 2009, tanto a mulher quanto o homem pode ser sujeito passivo, diferentemente das legislações penais anteriores, que só a mulher poderia ser considerada sujeito passivo do referido delito.

Por fim, far-se-á uma abordagem sobre a palavra da vítima como única prova para condenar o acusado, tentando demonstrar que esta palavra deve ser valorada, todavia, é preciso ter outros elementos que corroborem com a acusação, pois do contrário, é perfeitamente possível que inocentes sejam acusados deste crime tão repugnante, tirando a liberdade do réu e fazendo com ele seja visto como alguém desprezível diante dos seus pares.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Os crimes contra a dignidade sexual tutelam, como a própria nomenclatura sugere, um espectro da dignidade da pessoa humana e, neste caso, o intuito é assegurar, na esfera penal, a proteção da pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano dentro da sexualidade. Nesta toada, a lei penal assegura a individualidade sexual do sujeito, de maneira tal que, se vier a ser violada, o transgressor será punido após o devido processo legal. Entretanto, nem sempre as normas penais que salvaguardam o bem jurídico da dignidade sexual tiveram a roupagem de proteção da integridade da pessoa humana como é hoje.

A história da humanidade, aliás, é marcada pelo patriarcalismo, de sorte que os diplomas repressivos foram, durante anos, no que diz respeito à tutela da dignidade sexual, destinados não a proteger a vítima (homem ou mulher), mas sim proteger a família e os costumes de atos praticados contra as mulheres. Ou seja, a sexualidade era uma posse da qual a mulher não tinha domínio e sua violação feria os costumes sociais e familiares.

Não obstante o aspecto mais progressista do Código Penal brasileiro após modificações legislativas ao longo dos anos, ainda assim há reflexos da visão patriarcal no que concerne aos crimes contra a dignidade sexual, especialmente quanto ao descrédito dado ao depoimento da vítima. Neste tipo de crime, o julgamento tanto da sociedade quanto dos operadores do Direito desloca-se não raramente do tipo penal para a vida sexual da vítima (VALENÇA, 2017).

O Código Criminal de 1890 trazia os crimes contra a dignidade sexual no “Título VIII - Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”, contendo reprimendas distintas, a exemplo do crime de estupro, se a mulher fosse virgem ou “mulher honesta” – homens não configuravam como sujeito passivo deste delito, ou seja, só havia estupro quando a vítima era mulher. Nesta época, o título do diploma repressivo e os tipos penais visavam reestabelecer a dignidade da família, tendo em vista que a vítima foi violada, denegrindo a imagem do dono, seja ele o pai ou o marido. A mulher não passava de uma coisa material na sociedade patriarcal (VALENÇA, 2017).

O tipo penal do estupro estava previsto no art. 268, o qual previa pena de prisão de um a seis anos em caso de estupro de mulher virgem ou não, mas honesta;

caso o estupro fosse praticado em mulher “pública” ou prostituta, a pena seria de prisão de seis meses a dois anos. Aqui, não somente chama atenção que apenas mulheres poderiam configurar como vítima, como também o fato de que a mulher que era virgem ou “honesto” detinha mais proteção em comparação às mulheres prostitutas ou “não honestas”. (BRASIL, 1890).

Em uma leitura sistemática do ordenamento jurídico vigente à época, é possível verificar a diferenciação de gênero e o tratamento da mulher como uma posse que apenas é transferida do pai para o marido. O Código Civil de 1916, por exemplo, considerava a mulher relativamente incapaz (art. 6º, II), de sorte que o marido era incumbido de gerenciar os bens comuns da sociedade conjugal e os bens particulares da mulher, assim como estava incumbido de autorizar a esposa a exercer profissão fora do ambiente familiar, conforme art. 233 (PICON, 2019).

O advento do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848) modificou a classificação, a qual passou a ser “Título VI – Dos crimes contra os costumes”. Tanto no quesito do título quanto no que diz respeito às alterações dos tipos penais, a nova lei penal não demonstrou tanto progresso para a tutela da dignidade sexual dos indivíduos. O tipo de estupro ainda definia como sujeito passivo apenas a mulher na letra do art. 213; constranger alguém a praticar com ele atos libidinosos diversos da conjunção carnal (incluindo, assim, os homens como possíveis vítimas) praticados mediante violência ou grave ameaça estava previsto em outro tipo (art. 214), cuja reprimenda era inferior à de estupro. Logo, forçar alguém a praticar sexo anal ou oral, por exemplo, não configurava estupro.

Alguns termos que denotam excessiva proteção à sexualidade das mulheres mantiveram-se presentes, como o tipo de “posse sexual mediante fraude”, o qual se praticava contra “mulher honesta”. Ademais, o legislador manteve o princípio de que a virgindade da mulher precisava de salvaguarda penal, conforme se verifica no crime de “sedução”. Ou seja, permaneceu o tabu, durante anos, quanto à sexualidade; apenas contra as mulheres se cometia o crime de estupro (homens que eram constrangidos a praticar sexo anal, por exemplo, não viam o agressor ser proporcionalmente punido, tendo em vista que, para a lei penal, tal conduto se configurava como ato libidinoso, apenas) e, ainda assim, violava-se bem mais a honra da família e os costumes da época do que a própria dignidade da vítima.

Com o advento da Lei 12.015/2009, o título transitou de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”, tratando, agora, sobre a

liberdade sexual e a dignidade da vítima, diversamente do que ocorreria nos diplomas repressivos anteriores, em que, como dito, a sexualidade da mulher era propriedade moral da família, à qual causava vergonha na hipótese de violação deste “bem”. Pode-se citar, dentre várias modificações, a inclusão de atos libidinosos diversos da conjunção carnal no tipo penal de estupro, de sorte que o homem passou a configurar também no polo passivo, além de que a expressão “mulher honesta” deixou de existir.

A dinâmica social ensejou as alterações do ordenamento jurídico, de maneira que a preocupação do legislador, como reflexo das modificações sociais, transferiu-se da moral e costumes em relação à sexualidade da mulher para a integridade e individualidade sexual de cada indivíduo. A alteração dos tipos penais em si mesma já revela sua importância na garantia da dignidade humana, contudo a modificação do título também foi crucial, posto que influencia diretamente na interpretação sistemática ou mesmo na interpretação teleológica.

Através do que se apresenta no título e no capítulo, é possível buscar compreender a finalidade da proteção legal, bem como concluir sobre qual bem se quer proteger. No caso do crime de estupro (art. 213), que está localizado no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual, é possível inferir que o tipo penal em questão tem como fim a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima e, em sentido amplo, conforme o título, da sua dignidade sexual (GRECO, 2016).

Na exposição de motivos da Lei nº 12.015/2009, o legislador apontou exatamente neste sentido: a concepção brasileira da época se prestava mais a proteger hábitos, moralismos e eventuais avaliações sobre estes do que a tutelar a liberdade ou dignidade sexual. Por esta razão, conforme justificativa apresentada pelo legislador, a construção legislativa necessitou começar por alterar o foco da proteção alterando, desta forma, o título. Ademais, a exposição de motivos também aponta que expressões como “mulher honesta” explicitam equívocos de formulação do Código Penal, de sorte que as alterações efetuadas por meio desta lei visaram salvaguardar a mulher de estigmas atinentes a sua virgindade ou moral. (BRASIL, 2009).

Apesar das alterações de 2009 serem animadoras e, realmente, representarem avanços na tutela da integridade física, psicológica e sexual, há de se reconhecer que foi uma mudança muito recente, de sorte que os reflexos da sociedade machista e patriarcal ainda se encontram bastante presentes na realidade

social e no universo jurídico prático. O tratamento do crime deixou de ser através de uma visão moral socialmente para recair sobre o comportamento da vítima no meio social. Atualmente, nos crimes de estupro, o consentimento da vítima se revela na sua conduta social, sendo o crime uma punição pelo comportamento inconveniente, seja pelas roupas ou pela quantidade de parceiros sexuais que tem (VALENÇA, 2017).

Gabriela Almeida e Sérgio Nojiri (2018), ao tratar posicionamentos de Silvia Pimentel, Ana Lúcia Schritzmeyer e Valéria Pandjiarjian (1998), apontam exatamente para a inversão dos polos durante o processo que envolve o tipo penal estupro, sendo este o único crime em que a vítima é acusada da violência praticada contra ela. Muitas vezes, a culpabilização das vítimas decorre do esforço empenhado pela defesa em desqualificar a vítima com base nos comportamentos e estereótipos. As autoras em questão levantaram a expressão “*in dubio pro stereotype*”, o qual faz alusão ao princípio da presunção de inocência “*in dubio pro reo*”, através da qual critica os casos em que este princípio extrapola os limites e se transforma no julgamento por estereótipo da vítima.

O ponto a que se quer chegar é que, mesmo com as alterações legislativas que buscaram a proteção da dignidade da mulher, muitos dos julgamentos (sociais e jurídicos) ainda recaem (in)conscientemente sobre os conceitos de “mulher honesta” e “mulher devassa”. Nesta toada, os depoimentos das vítimas, os quais configuram meio de prova devido à natureza do crime de estupro, passam a ser desacreditados através de argumentos que giram em torno, geralmente, das vestimentas e do comportamento social, os quais indicariam consentimento implícito.

Um exemplo recente e que tomou notoriedade nacional foi o caso de Mariana Ferrer. O advogado de defesa, durante a audiência, expôs imagens da vítima, afirmando que ela tirava fotos sensuais em posições ginecológicas, além de que insinua que seria inverídica a afirmação da vítima de que ela era virgem quando do suposto estupro. O advogado também afirma que ela estaria se valendo do processo para se promover e ganhar seguidores em redes sociais. (ALVES, 2020).

Casos como o de Ferrer são comuns. As vítimas de estupro enfrentam não só o sofrimento físico e emocional decorrente da violência, como também lidam com estigmas sociais relacionados aos costumes de uma sociedade patriarcal que desrespeita a individualidade sexual da mulher. Na maior parte das vezes, os crimes

contra a dignidade sexual são praticados de forma oculta, sem testemunhas, de sorte que a depoimento da vítima constitui prova essencial para a reconstrução dos fatos e materialização do delito, não obstante a resistência de alguns.

3. DA LEGISLAÇÃO APLICADA AO CRIME DE ESTUPRO

O crime de estupro está tipificado no Código Penal Brasileiro em seu artigo 213, no Capítulo I do Título VI, entre os crimes contra a liberdade sexual que têm por finalidade assegurar a proteção do direito do cidadão de manter apenas relações sexuais consentidas. O referido diploma define o ilícito de estupro como o ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Tal definição foi estabelecida pela Lei nº 12.015, de 2009 que uniu sob a designação de crime de estupro os delitos previstos anteriormente nos arts. 213 (crime de estupro) e 214 (crime atentado violento ao pudor), de modo que no bojo da atual descrição do tipo penal em análise estão contemplados também os elementos do crime de atentado violento ao pudor.

Considerando, pois, a caracterização do delito tal qual apresentado por sua atual redação (art.213, do CPB) é possível afirmar que o sujeito passivo do crime pode ser qualquer pessoa, já não importando se do sexo masculino ou feminino. Desse modo, havendo o ato de constranger, ou seja, forçar, obrigar, determinada pessoa, homem ou mulher, sob violência ou grave ameaça a efetuar ou permitir que com ela se consume ação de natureza libidinosa constituir-se-á crime de estupro. Semelhantemente o sujeito ativo pode ser homem ou mulher, o que qualifica o crime de estupro como um crime comum.

Ressalte-se ainda que o constrangimento a ser empregado, afim de lograr a caracterização do delito de estupro tal qual o dispõe o diploma repressivo, deve ser executado com violência ou grave ameaça. Assim, o sujeito ativo deve proceder com o uso da força física, afim de dificultar, paralisar ou impossibilitar qualquer meio de resistência da vítima, ou utilização de violência psíquica ou moral com a ameaça de praticar um mal de modo que a liberdade e a tranquilidade da vítima sejam perturbadas.

Oportuno salientar que para a configuração do crime de estupro não há necessidade de demonstração de qualquer finalidade especial, basta que se

verifique o elemento subjetivo: o dolo. Por conseguinte, basta que haja a vontade livre de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

A consumação do delito de estupro se dá com o cumprimento da finalidade do tipo prescrita no dispositivo penal, qual seja, a realização da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, após a utilização da violência e da grave ameaça.

Restando demonstrada a presença de todos os elementos que configuram o crime de estupro, a pena cominada pelo Código Penal Brasileiro é de 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão.

Na hipótese de o estupro resultar em lesão corporal de natureza grave ou se a vítima for menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos, a pena a ser aplicada será de 8 (oito) a 12 (doze) anos de reclusão. A pena de reclusão será de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, no caso do estupro resultar em morte.

4. DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO ÚNICA PROVA NA CONDENAÇÃO DO ACUSADO ESTUPRADOR

O crime de estupro é cometido na clandestinidade, hipótese em que, não há testemunha ocular, isso acontece porque o estuprador geralmente, ataca a vítima em lugar onde não haja a possibilidade de outras pessoas testemunharem sua ação, e, em quase todos os crimes desta modalidade não se encontra a materialidade nem tampouco vestígios. Neste ínterim, Nucci, (2015, p.25):

Geralmente ocorrem de maneira clandestina, no qual difícil e comprovar por outros meios de provas além do próprio depoimento da vítima. Nesse sentido as provas têm que ser analisadas com cautela, onde deve se dar um valor maior à palavra da vítima, obtendo o máximo de informações de ambos, para que não haja injustiça e que não seja ferido princípios basilares do direito penal, como *in dubio pro réu* e presunção de inocência.

Dessa questão surge a seguinte problemática: como condenar o acusado de estupro se não há testemunhas, nem materialidade?

O Superior Tribunal de Justiça, em Agravo de Recurso Especial N° 1.594.445 – SP (2019/0294804-8) aduz que, o crime de violência sexual, por ser em sua maioria, cometidos sem deixar vestígios ou sem presença de testemunhas, deve então ser conferido relevância, a palavra da vítima, como se infere a seguir:

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, em crimes de natureza sexual, à palavra da vítima deve ser atribuído especial valor probatório, quando coerente e verossímil, pois, em sua maior parte, são

cometidos de forma clandestina, sem testemunhas e sem deixar vestígios. (...) AgRg no AREsp 1594445 -/ SP (BRASIL, 2010).

O renomado jurista italiano, na clássica obra *Dos delitos e das Penas*, discorre pioneiramente, a respeito do valor probatório da palavra das testemunhas: “dever-se, portanto, conceder à testemunha maior ou menor confiança, na proporção do ódio ou da amizade que tem com o acusado e de outras relações mais ou menos estreitas que ambos mantenham”. (BECCARIA, 2012).

No contexto brasileiro, é necessário avaliar a credibilidade da palavra da vítima, verificando se encontram presentes demais requisitos que atribuam veracidade ao depoimento, afim de que o processo criminal, não seja utilizado como meio de vingança, e/ou, até mesmo chantagem, para favorecimento pessoal.

Existem atualmente, inúmeros casos em que a suposta vítima, pessoa comum, acusa, ardilosamente de crime de estupro, famosos, ou pessoa de condição financeira superior, por motivos diversos, seja para conseguir alguma vantagem financeira ou para conseguir chegar até a mídia e assim ganhar fama, ou ainda, como forma de retaliação, pelo fim do relacionamento.

A exemplo disto, pode ser observado o seguinte caso: Modelo Najila e o jogador Neymar, caso em que a modelo o acusou de estupro, e, após perícias e diligências, restou comprovada a inocência do jogador. Note-se que após arquivamento do processo, a modelo passou de vítima, para acusada em processo criminal por simulação. Processo este, em que a mesma foi posteriormente absolvida. (BBC NEWS, 2019).

Neste sentido, observa-se que julgar um processo de crime contra a liberdade sexual, baseada apenas na palavra da vítima, sem presentes outros meios que corroborem com o depoimento desta, pode ensejar em condenações de inocentes.

Não é difícil de se encontrarem processos em que a vítima reconhece o acusado como autor do crime, através de reconhecimento facial em fotos, retrato falado ou até mesmo imagens de câmeras de segurança, e, de outro lado, a perícia técnica não encontra o DNA do acusado nos crimes em que deixam vestígios. “Casos há – e não são demasiadamente raros – em que o objetivo de obter vantagens leva a vítima a acusar inocentes, contra o que o julgador se acautelará. Fora dessa hipótese, a palavra da ofendida é excelente elemento de convicção”. (BITTENCOURT, 1971, p. 106).

Desta forma, analisando, isoladamente a palavra da vítima, estaria o judiciário cometendo uma grande injustiça, ao condenar um inocente por crime que ele não cometeu. “Ora, se a prova científica nega a autoria do denunciado, como inverter a lógica da prova ao colocar o depoimento da vítima acima, inclusive, da prova científica? (LOPES JR, 2018).

É necessário ponderar que a vítima, muitas das vezes, tem a vontade de imediatamente ver o autor do crime punido, e pode, como abordado anteriormente, a todo custo querer apontar o acusado para que este seja processado e condenado. Assim, na hipótese em que o crime de estupro é cometido as escondidas, quando o indivíduo com o dolo de estuprar a vítima se aproveita da ausência de pessoas que possa testemunhar e interromper sua ação, o exame de corpo delito não identifica materialidade, vestígios do acusado na vítima ou vice-versa, e a única prova é a palavra da vítima, esta deve ser valorada, mas é preciso também levar em consideração o trauma psicológico que faz muitas vítimas cometer erros quanto à pessoa.

Interessante trazer à baila o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. TENTATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DA VÍTIMA CORROBORADO POR PROVAS JUDICIAIS. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. NÃO ACOLHIMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. DOSIMETRIA DA PENA NA SEGUNDA FASE. AGRAVANTE GÊNERICA DO ARTIGO 61, INCISO II, ALÍNEA F, DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO. UTILIZAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA À AUTORIDADE QUE O RÉU EXERCE SOBRE A VÍTIMA. ARTIGO 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DO VALOR MÍNIMO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM EXACERBADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima possui inegável valor probatório, desde que em consonância com outros elementos de prova constantes nos autos. Na espécie, os depoimentos da vítima em todas as fases foram harmônicos e coerentes entre si e condizentes com o restante do conjunto probatório, produzido em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ensejando a condenação do réu pelo delito de estupro de vulnerável na modalidade tentada. [...]. (Acordão registrado sob o nº 1.211.243 – CE (2017/0311378-6), Quinta Câmara do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Jorge Mussi. Julgado em 24/04/2018).

Ainda, neste contexto, os Tribunais tendem a julgar procedente quando há outros elementos de prova que corroborem com a palavra da vítima, pois esta, é valorada quando há outros elementos que corroborem com sua versão, conforme se infere a seguir:

PENAL E PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. REGISTROS DIFERENTES. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. TENTATIVA. FRAÇÃO REDUTORA. ADEQUAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. 1. O depoimento da vítima, em crimes contra a dignidade sexual, reveste-se de especial importância, mormente quando feito de forma coerente e em consonância com as demais provas dos autos.

Soraia da Rosa Mendes (2020), em seu livro, Processo Penal Feminista, traz reflexões importantíssimas a respeito da palavra da vítima, como a principal prova nos delitos sexuais. A autora defende que a palavra da vítima deve ser protegida pelos instrumentos processuais como valor probante, pois ainda nos dias atuais a mulher sofre pela ação da cultura patriarcal. Para tanto, é necessário, garantir que a mulher não seja submetida a expedientes vexatórios de julgamento moral- como corriqueiro ver-se durante o processo penal, em especial durante o depoimento da vítima.

Nesse sentido, Beccaria (2012 p.11), expõe que

Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há.

Ressalte-se que a palavra da vítima apresentando coerência com as demais circunstâncias processuais, é, pois, a principal prova nos crimes contra a dignidade sexual. Ao observar como meio de prova, unicamente a palavra da vítima, no tipo penal em estudo, corre o legislador o risco de ser induzido ao erro ao aplicar a sanção penal ao acusado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das discussões supracitadas observa-se que durante séculos somente a mulher poderia ser vítima de estupro e com o advento da lei 12.015 de 2009 é que o homem também passa a ser sujeito passivo do referido crime.

Até a promulgação da mencionada norma, várias legislações tipificavam os delitos contra a dignidade sexual condenando o acusado sob um viés da mulher “honesta”, ou seja, se a mulher fosse virgem, considerada mulher “honesta”, o estuprador sofreria uma pena mais grave, todavia, do contrário, a pena seria menos grave. Assim, é possível afirmar que a culpabilidade do agressor era mitigada,

levando em consideração também o perfil social da vítima nas condenações de estupradores.

Observa-se também que os crimes contra a dignidade sexual, sobretudo, o estupro, são cometidos na clandestinidade, onde o agressor objetivando estuprar a vítima busca praticar sua ação em local onde não haja testemunha, além de não deixar vestígios. Assim, grande parte dos crimes em comento, são julgados unicamente pela palavra da vítima.

Percebeu-se que embora a palavra da vítima deva ser valorada, não deve ser o único meio de prova, pois, por diversos motivos podem ocorrer condenações de inocentes, uma vez que, a vítima almejando a justiça a todo custo, pode se confundir e cometer erro quanto à pessoa. Outros casos, a suposta vítima, defende que sofreu estupro com o intuito unicamente de se vingar do agente, ou para tirar vantagem econômica, ou ainda, para se auto promover.

Em suma, entende-se que embora o crime de estupro seja horrendo, que a vítima deve ter sua palavra com maior valoração pelo judiciário, esta não deve ser a única prova determinante para condenar o acusado, pois, isso pode gerar condenações injustas e colocar inocentes na cadeia, o que consequentemente, acabaria a vida deste sujeito inocente que será massacrado pela sociedade e condenado a pagar o que não deve.

REFERÊNCIAS

ALVES, Schirlei. Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de 'estupro culposo' e advogado humilhando jovem. Imagens inéditas da audiência mostram defesa do réu usando fotos sensuais da jovem para questionar acusação de estupro. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 18 fev. 21.

ALMEIDA, Gabriela; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 825-853.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3^a ed. São Paulo: Edijur, 2012.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1971.

BRASIL. Decreto-lei, nº 847, de 11 de outubro de 1890. Dispõe sobre o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 fev. 21.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de Agosto de 2009. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em: 16 fev. 21.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Dispõe sobre o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 16 fev. 21.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre A aplicação da lei penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 fev. 21.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MENDES, Soraia de Rosa. **Processo Penal Feminista**. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERINE, Eduardo Antônio. A condenação com base exclusiva na palavra da vítima. Disponível: <https://canalcienciascriminais.com.br/condenacao-palavra-vitima/>. Acesso: 18 Fev 21.

PICON, Rodrigo. Crime Contra Os Costumes. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73092/crimes-contra-os-costumes>. Acesso em: 13 fev. 21.

VALENÇA, Bianca Pereira. **A culpabilização das vítimas do crime de estupro: Análises de decisões judiciais**. Caruaru, 2017

CAPÍTULO III

O DIREITO PENAL AMBIENTAL – UM ESTUDO ACERCA DOS CRIMES AMBIENTAIS NO SERTÃO PARAIBANO

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-3

Orlando Soares da Silveira Filho

(orlandosilveirafilho@gmail.com)

ORCID - 0000-0001-8824-4613

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduado em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Emily Campos Alves Batista

(emily.alves13.eb@gmail.com)

ORCID - 0000-0002-6971-3389

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduada em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Maria Larice Peixoto de Sousa

(laricepeixoto@gmail.com)

ORCID - 0000-0001-7212-3526

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduada em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Tayrane Gonçalves de Andrade Belém

(tayblm3@gmail.com)

ORCID - 0000-0003-2830-5263

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduada em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Carla Pedrosa de Figueiredo

(profacarla_pedrosa@gmail.com)

ORCID - 0000-0001-5883-3126

Professora Assistente II – Curso de Direito do CCJS/UFCG. Mestre e Especialista pela UFCG

Doutoranda em Administração pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS

Universidade Federal de Campina Grande

RESUMO

A economia de mercado faz com que o interesse da sociedade em satisfazer em escala crescente a demanda gere um aumento nas violações e danos ao meio ambiente. Os crimes cometidos na seara ambiental ocasionam danos para as presentes e futuras gerações que necessitam de um ambiente ecologicamente equilibrado para consagrar um direito essencial à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, em algumas situações, seja por não aplicação das normas vigentes ou negligéncia estatal, este artigo almeja um melhor abrandamento das políticas públicas a serem seguidas e normas programáticas a serem implementadas para melhor análise do problema. Com isso, este estudo tem por objetivo propor uma análise acerca do Direito Penal Ambiental frente aos crimes cometidos na fauna e flora presentes no sertão paraibano. Dessa maneira, a pesquisa foi elaborada a partir da análise bibliográfica e meios eletrônicos que tratam dessa matéria, tendo como metodologia utilizada o método dialético, sendo uma pesquisa aplicada e qualitativa. Além disso, com relação aos objetivos têm-se uma pesquisa descritiva, pois almeja pontuar o caso em análise. Diante disso, conclui-se que o sertão paraibano não dispõe de muitas garantias fiscalizatórias ao enfrentamento das demandas dos crimes ambientais, necessitando de maior efetividade dos órgãos competentes.

Palavras-chave: crime ambiental; Direito Penal; sertão paraibano.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre os crimes ambientais ocorridos no sertão paraibano e a maneira como este tema é absolvido pela doutrina especializada. Com isso, apresenta-se uma análise dos ditames previstos na Constituição Federal de 1988 e em outras previsões legais, tanto na esfera penal, quanto ambiental.

Dessa forma, objetiva-se estabelecer de modo gradual os movimentos históricos, políticos e sociais que motivaram o surgimento e constante evolução deste estudo que possibilitou uma nova interpretação acerca dos crimes ambientais. Além disso, busca-se pontuar o desenvolvimento legislativo, e analisar os princípios adotados no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, a partir de uma mudança institucional na análise de como o Estado deve proceder na punição dos agentes que cometem essas ilicitudes, e como a atual tendência de aprimoramento de normas de proteção ao bem jurídico tutelado é essencial à dignidade da vida humana e direito a viver em um ambiente ecologicamente equilibrado.

O Brasil representa uma nação que está almejando uma melhor performance de investigação e enquadramento legislativo às condutas praticadas. Nesse contexto, a relevância desta pesquisa figura-se a partir do processo de modernização do Estado brasileiro frente à uma demanda internacional de proteção ambiental, que se propõe a analisar os crimes ambientais e as condutas ilícitas que afetam interesses difusos e essenciais para possibilitar uma efetividade nacional às questões ambientais pouco estudadas, como a proteção à fauna e flora presentes no sertão paraibano.

Desse modo, com a demonstração legislativa que expressa uma necessidade e preocupação estatal à proteção ao meio ambiente há uma relação direta com o ordenamento jurídico pátrio, com as questões que envolvem os ditames do Direito Penal Ambiental, da democracia e com os conflitos socioeconômicos que podem ser originados a partir da violação ao meio ambiente equilibrado.

Diante disso, este artigo analisa o aparato legal que reveste a proteção e a punição aos crimes ambientais cometidos, como por exemplo, a Constituição Federal de 1988 expressa nos arts. 173, §5º e 225, §3º, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas pelos danos causados ao meio ambiente. A partir da necessidade de haver uma reflexão sobre como as previsões legais modulam o desenvolvimento

nacional e a forma como o meio ecologicamente equilibrado é visto gera resultados na esfera social, penal e ambiental, tendo em vista a proteção aos interesses difusos ligados ao ordenamento jurídico pátrio.

A metodologia utilizada na pesquisa se pauta no método dialético, pois se busca uma interpretação coerente com o cenário social atual. O método de procedimento adotado foi o estudo de caso, em decorrência da análise de situações previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, trata-se de uma pesquisa aplicada e qualitativa, levando em consideração a sua natureza e a forma de abordagem do problema. Ademais, é uma pesquisa descritiva, ainda, sendo classificada quanto aos procedimentos técnicos como pesquisa bibliográfica, pois se utiliza de fontes literárias, leis, e o que a doutrina defende sobre o conteúdo analisado.

2. CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

A matéria ambiental é de extrema importância devido a previsão constitucional que o direito ao meio ambiente saudável é tido como um direito humano de terceira geração, também chamados de “direitos de solidariedade”. Tais direitos de terceira geração são direitos da própria coletividade. Dessa forma, o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No plano internacional, a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente é de extrema importância, na medida em que é o texto responsável por estabelecer princípios que visam preservar e melhorar o meio ambiente no plano mundial.

É responsabilidade do Direito Ambiental criar normas que garantam a sustentabilidade do meio ambiente e seu desenvolvimento contínuo, evitando a sua degradação e o preservando às próximas gerações. É ele o responsável, portanto, por buscar um equilíbrio entre a exploração do meio ambiente e os agentes econômicos que dele fazem uso, buscando, assim, sua preservação.

Conceitualmente, o Direito Ambiental é o ramo do direito que estabelece as normas que visam limitar as condutas humanas em relação ao meio ambiente. Tem por objetivo, portanto, garantir que as próximas gerações possuam um meio ambiente saudável.

O meio ambiente é um sistema formado por elementos naturais e artificiais relacionados entre si e que são modificados pela ação humana. Trata-se do meio que condiciona a forma de vida da sociedade e que inclui valores naturais, sociais e culturais que existem num determinado local e momento.

Com efeito, meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. E pode ser divido em espécies, que são: natural, cultural, artificial e do trabalho.

Conquanto já existissem leis ambientais anteriores, a exemplo do Código de Águas (Decreto 24.643/1934), do antigo Código Florestal (Lei 4.771/1965), de Pesca (Decreto-lei 221/1967) e da Lei de Proteção à Fauna (Lei 5.197/1967), entende-se que o marco inicial do Direito Ambiental no Brasil foi à edição da Lei 6.938/1981, pois se trata do primeiro diploma normativo nacional que regula o meio ambiente como um todo, e não em partes, ao aprovar a Política Nacional do Meio Ambiente, seus objetivos e instrumentos, assim como o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SINAMA, composto por órgãos e entidades que tem a missão de implementá-la.

2.1. CRIMES AMBIENTAIS

Os crimes ambientais são aqueles que causam agressões e danos ao meio ambiente, ao ordenamento urbano, saúde pública e ao patrimônio cultural, isso quando ultrapassam os limites já estabelecidos por lei, ou ainda, quando ignoram normas ambientais, ainda que não ocasione um dano efetivo. Podendo observar que as agressões que estão dentro de parâmetros legais não são consideradas e definidas como crimes.

Dessa forma, passou a ser necessário a tipificação de crimes ambientais para a preservação do meio ambiente e atendimento aos princípios do Direito Ambiental. Entretanto, cumpre salientar que tal movimentação se fez necessária a partir da junção do Fato, Valor e Norma, ou seja, o atendimento a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale. A norma, portanto, é a junção do fato e do valor. Esclarecido os fatos é possível verificar, que a finalidade da lei ao criar tipos penais foi salvaguardar os valores ambientais.

A Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 foi criada classificando em seis tipos os crimes ambientais, sendo:

- a) Crime contra a fauna: os crimes contra a fauna são aqueles realizados de forma ilegal, como a pesca, transporte e comercialização, além de, caça, maus-tratos, experiências que tragam dor e sofrimento independente do fim, contra os animais nativos, silvestre, ou em rota migratória. Incluindo também as agressões, modificações, destruições e danificações aos habitats naturais, criadouros naturais ou ninhos, bem como introduzir espécie estrangeira sem prévia autorização também é considerado crime ambiental.
- b) Crime contra a flora: destruir, cortar, dificultar, causar danos diretos ou indiretos, maltratar, mesmo que ainda estejam em formação ou regeneração, as florestas de preservação permanente, florestas nativas ou plantadas, vegetação fixadora de duna, protetora de mangues, plantas de ornamentação de logradores públicos ou privados, vegetação primária ou secundária e unidades de conservação. Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e outras vegetações, em áreas urbanas ou outro tipo qualquer de assentamento humano. Extrair, cortar, vender, adquirir, para fins comerciais ou industriais, lenha, madeira, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exibição de licenciamento de licença do vendedor outorgada pela autoridade competente.
- c) Poluição e outros crimes ambientais: na lei nº 9.605/98, seção III, artigos 54 a 61, estão descritos os crimes da poluição e outros crimes ambientais. Eles se referem a todas as atividades humanas produtoras de poluentes, isso inclui lixos, resíduos e outros. Entretanto, só se considera crime ambiental passível de sanção quando a poluição ultrapassar o limite já previsto por lei. Também é criminosa a poluição que ocasione ou possa vir a ocasionar danos à saúde humana, destruição significativa da flora, mortandade dos animais. Bem como, aquela que transforme locais em áreas inapropriadas para ocupação e uso humano, e torne necessária a interrupção de abastecimento público por poluição hídrica, e risco de danos ambientais graves ou irreversíveis pela não realização de medidas preventivas.
- d) Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural: foram criados em decorrência de o legislador ser tão atento a possíveis infrações penais ambientais que trouxe um amplo conceito de ambiente, incorporando não somente elementos naturais, mas sim elementos artificiais.

- e) Crimes contra a administração ambiental: ademais, nos artigos 66 a 69 da lei nº 9.605/98 estão positivados os crimes contra administração ambiental, que são tipos penais, onde há uma dificuldade de responsabilização, pois são extremamente abertos, trazendo um prejuízo aos valores da certeza e segurança, que são essenciais para a garantir os direitos da pessoa humana.
- f) Infrações administrativas: além disso, infrações administrativas são ações dolosas e culposas que a violem os direitos e valores pertinentes à proteção do Meio Ambiente.

2.2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO AMBIENTAL

O direito ambiental é um ramo autônomo do Direito e possui seus próprios princípios, visando a tutela ao meio ambiente e sua preservação para atuais e futuras gerações.

Muito influenciados por discussões internacionais, principalmente pela Convenção de Estocolmo (1972), os princípios são a base para se alcançar uma harmonia entre o meio ambiente e a sociedade, com objetivo de evitar, amenizar e reparar os impactos ambientais causados pela ação humana, sem deixar que isso afete no crescimento econômico do país.

O Princípio da Prevenção requer conhecimento científico que comprove a obtenção de um impacto ambiental. Prevenir implica em antecipar, saber que, caso ocorra, irá causar danos ambientais, sendo assim, deve-se impedir a sua prática.

Ademais, positivados também no artigo 225 da Constituição Federal, parágrafo 1º, inciso VI, descrevendo sobre: *"promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente"*. Esse inciso esboça sobre uma forma de prevenção, pois é uma política pública de conscientização, podendo com essa lei estabelecer uma forma de prevenir que ocorra problemas ambientais pela ação humana.

O **princípio da prevenção** se baseia na necessidade de buscar meios para que os danos ambientais não ocorram e não seja necessário repará-los posteriormente, o que se pode fazer por meio de políticas públicas de conscientização e da criação de normas de proteção. Por outro lado, o Princípio da Precaução é responsável pela vedação de determinadas ações no meio ambiente, tendo por base o que será determinante em ações futuras.

Além disso, o Princípio do Usuário ou Poluidor Pagador, baseia-se na necessidade da reparação de danos causados pelo poluidor, tendo por fundamento o direito econômico e à proteção à ordem econômica social. Com isso, almeja a interiorizar os custos a quem os originam, ou seja, torna os gastos uma obrigação do possível poluidor.

3. MEIO AMBIENTE: CRIMES AMBIENTAIS NO SERTÃO PARAIBANO

A Constituição Federal de 1988 dispõe ao meio ambiente, de forma que delega aos demais entes a competência para juntos, desempenharem a proteção desse bem jurídico, seguindo um costume de outras constituições, como a Portuguesa (1976) e a Espanhola (1978), denominadas “constituições verdes” pelas suas preocupações com a garantia de um ambiente saudável, assim como afirma ADAMEK (2020).

Ainda, vale ressaltar que além da própria Carta Magna reconhecer a importância de tratar o meio ambiente como um direito fundamental, esta, aduz a necessidade de Leis Complementares versarem sobre o tema, tal como a Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei Complementar nº 140/2011, que trata da cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para a proteção do meio ambiente, dissertando em seu artigo 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da competência comum a que se refere esta Lei Complementar:

I - proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente;

II - garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais;

[...]

IV - garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador em amparar esse direito e a busca de sua solidificação por meio de leis, códigos e princípios, que possam assegurar a toda a sociedade o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado, de tal forma, que atualmente, como afirma OLIVEIRA (2014), o Direito Ambiental é

tratado como cláusula pétreia, bem como, recebe atributos de direito fundamental, não havendo a possibilidade de dissociar a importância de ambos.

Diante de todo o exposto, torna-se claro o intuito da nossa atual legislação em proteger o meio ambiente em todas as suas formas, assegurando a sua inviolabilidade. Entretanto, apesar de necessária a sua existência para a possibilidade de vida, esse bem jurídico é constantemente ameaçado e tem sempre como sujeito passivo toda a coletividade, assim aduz ADAMEK (2020).

Nesse contexto, foi implementada a Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, organizando em um só texto legal todas as possíveis infrações ocasionadas a esse bem jurídico.

Assim, dispõe que comete a prática de crime (art. 2º e 3º, Lei n. 9.605/1998):

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Dessa maneira, a referida Lei é uma das mais importantes codificações que o legislador implementou para responsabilizar quem comete crimes ambientais. Entretanto, assim como dispõe OLIVEIRA (2014), no Brasil, há uma lacuna entre o que se exige legalmente e a prática que acontece cotidianamente, afirmando o autor, que aquilo que se espera da norma, o “dever ser”, e aquilo que esta traduz, o “ser”, é consideravelmente distinto, havendo uma certa impotência da ordem jurídica para aproximar a norma e a realidade.

Tal problemática, de acordo com TAVARES (2016) ocorre em todo o país, assim como no Estado da Paraíba e em seu sertão, objeto de estudo do presente trabalho. Essa região, segundo o autor, sofre conjuntamente duas violências: a falta de fiscalização dos agentes responsáveis pela segurança ambiental e em consequência, a falta de informações sobre a real situação de degradação que o sertão paraibano se encontra.

Desse modo, de acordo com os resultados obtidos em sua pesquisa feita nos autos de infrações ambientais lavrados pela fiscalização estadual na Paraíba no ano

de 2014, TAVARES (2016), informa que o município com mais autuações no sertão paraibano foi Patos/PB, estando o município de Sousa/PB em segundo lugar.

O autor aduz que esses resultados se devem ao fato tanto da cidade de Patos/PB ser o município de maior porte do sertão paraibano, como por ser a sede da Superintendência de Administração do Meio Ambiente (SUDEMA), tornando-se mais fácil a ação de medidas de fiscalização ambiental, haja vista a facilidade de deslocamento dos agentes autuantes.

Ademais, afirma o autor (2016) que os principais crimes ambientais ocorridos no sertão são os de poluição, comumente causados por atividades de empresários e indústrias que atuam em desrespeito às normas ambientais, vindo logo em seguida os crimes contra a fauna, tais como matar, capturar, maltratar ou vender animais silvestres característicos da região.

Destarte, todos os dados ambientais obtidos sobre o sertão paraibano requerem preocupação, haja vista tratar- se de uma situação desconhecida pelo legislador e pelos órgãos competentes, que enfrentam uma problemática inexplorada em sua maioria. Outrossim, os principais tipos de crimes exercidos denotam como principais agentes infratores os empresários da região, que costumeiramente exercem grande influência nesses locais, auxiliados pela cultura do coronelismo, ainda existente, fato que torna mais dificultoso a responsabilização penal e o impedimento desses agentes.

4. RESPONSABILIDADE PENAL AOS CRIMES COMETIDOS

A responsabilidade penal é definida pela obrigação jurídica de responder pela ação delituosa praticada por um agente passível de imputação. A Lei nº 9.605/98 consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, em cumprimento ao disposto no Art. 225, § 3º, da Constituição Federal, no qual afirma que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Dessa forma, se torna essencial que todos os crimes ou acidentes ecológicos que acontecem no Brasil, atuais e reincidentes, sejam investigados de forma rígida com a finalidade de ressarcir civilmente os danos produzidos. Com isso, possibilitando uma maior efetividade das políticas públicas sociais e ambientais.

A lei 9.605/98 dispõe acerca da aplicação da pena do artigo 6º ao 24 acerca dos crimes ambientais definindo o que será observado no fato delituoso ao objeto do crime ambiental e suas consequências. Assim, a importância das leis tipificadas na legislação de crimes ambientais pelo artigo supracitado é consolidada de modo a implantar na sociedade uma segurança maior, seja por meio de prestação de serviços à comunidade, recolhimento domiciliar, suspensão parcial ou total de atividades, prestação pecuniária ou interdição temporária de direitos.

Destarte, considerando o avanço necessário no combate à impunidade dos crimes ambientais, a possibilidade de tornar a realidade atual do tratamento ao meio ambiente mais justa e benéfica é mais próxima, por isso é imprescindível a responsabilidade penal em crimes ambientais, para que cada vez mais a conduta que fira o meio ambiente e a sociedade de forma direta ou indireta, seja obrigado a responder e reparar o dano, muitas vezes difícil de reparação.

Com efeito, a Constituição Federal Brasileira de 1988, adicionou como um direito social de todos, justamente pela necessidade de que a esfera ambiental passasse a ser um direito resguardado e preservado em todos as suas extensões e classificações.

Além disso, a Lei nº 9.605 de 1998 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, trazendo a visão de que se alguma pessoa causar dano ao meio, toda sociedade sofrerá com isso. Outrossim, para fixar esse entendimento, é tipificado dos artigos 29 ao 69, os crimes contra o meio ambiente, a fauna, a flora, de poluição, dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e a administração ambiental.

Esse artigo, trouxe as definições e espécies de regras para que sejam base no tratamento da pessoa - seja física ou jurídica - dado ao meio ambiente, esclarecendo o bem jurídico ofendido, em suas mais diversas áreas e formas de atingir o meio ambiente, justamente para que se torne mais difícil a ausência de punição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maior garante expressamente em seu artigo 225, que é direito de todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, assegurando, dessa forma, a sua

importância para a existência humana e o desenvolvimento de todos os setores sociais, os quais, não existiriam sem a proteção desse bem.

Dessa forma, o Direito Penal, em sua essência, se pauta na proteção aos bens jurídicos mais relevantes, fazendo com que a garantia à proteção ambiental não esteja, apenas, atrelada aos ditames legais de cada soberania. Com isso, o Brasil necessita apresentar uma política mais efetiva e coerente às demandas que a própria estrutura regional do país apresenta, possibilitando uma atuação mais justa e adequada.

No sertão paraibano há uma pouca participação dos órgãos e entidades fiscalizatórias dos crimes que afetam essa região, fazendo com que a ausência de políticas públicas e pouca aplicação legislativa sejam consideradas a regra nessa região que por si só é mais vulnerável frente aos problemas sociais já pré-existentes.

Diante disso, o órgão fiscalizador, como o Ministério Público Federal, poderia atribuir mais esforços para minimizar condutas que afetam o sertão paraibano, buscando a punição de agentes que exploram bens naturais pertencentes à União, venda e compra de animais em extinção, dentre outros. Além disso, os cursos jurídicos deveriam acrescentar em suas grades maior destaque ao Direito Penal Ambiental para uma maior desmistificação e despertar o interesse numa área de extrema relevância jurídico social.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Daniela. **Direito Ambiental**. 1^a ed. Brasília: CP Iuris, 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal da República**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605/98**. Dispõe sobre os crimes ambientais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.638/81**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 05 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140/2011**. Dispõe sobre normas de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das

florestas, faunas e da flora. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 05 de fevereiro de 2021.

CARDOSO, Jéssica Ferreira. A responsabilidade criminal ambiental. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67760/a-responsabilidade-criminal-ambiental>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. **Princípios do Direito Ambiental e a Proteção Constitucional ao Meio Ambiente Sadio.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/princ%C3%ADpios-do-direito-ambiental-e-prote%C3%A7%C3%A3o-constitucional-ao-meio-ambiente-sadio>. Acesso em: 14 dezembro 2011> Acesso em: 11 de fevereiro de 2021.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Crimes ambientais e responsabilidade penal objetiva. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1709>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2021.

FILHO, João Roberto Talhaferro Machado; CARDOSO, Waleska Mendes. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. Disponível em: sites.fadismaweb.com.br/entretemes/anais/wp-content/uploads/2016/09/a-responsabilizacao-penal-das-pessoas-juridicas-nos-crimes-ambientais.pdf. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

LANFREDI, Geraldo Ferreira; LANFREDI, Luis Geraldo Ferreira; LANFREDI, Cristian Sant'ana; LANFREDI, Cristiano Sant'ana. **Direito penal na área ambiental.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

NASCIMENTO, Daniela Silva do. Responsabilidade Penal Ambiental. Disponível em: <https://www.direito.com.br/artigos/exibir/10734/Responsabilidade-penal-ambiental>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

OLIVEIRA, Maricelle Ramos de. **Direito Ambiental Aplicado a Indústria Coureira de Campina Grande-PB: O descompasso entre o legal, o social e a efetiva proteção ambiental.** Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2014. Disponível em: <http://tede.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/tede/2091/1/PDF%20-20Maricelle%20Ramos%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2021.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal do ambiente.** São Paulo: RT, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado.** 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAVARES, Rennan Andrade. **Distribuição dos Autos de Infrações Ambientais Lavrados pela Fiscalização Estadual na Paraíba no ano de 2014.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Engenharia Sanitária e Ambiental) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2016. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/9011/1/PDF%20-20Rennan%20Andrade%20Tavares.pdf>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2021.

CAPÍTULO IV

JULGAMENTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 E 54 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DE PRINCÍPIOS E REGRAS NO PROCESSO PENAL

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-4

Iara Magdala Lopes Formiga

(iara-formiga@hotmail.com)

ORCID - 0000-0002-3372-0008

Pós Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduada em Direito pela UFCG - Advogada

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

João Bezerra Filho

(joabezerrafilho@hotmail.com)

ORCID - 0000-0002-9828-9820

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPPB

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduado em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Kaian Hudson de Sousa Araújo

(kaianhudson_adv@hotmail.com)

ORCID - 0000-0001-8394-7125

Mestre em Sistemas Agroindustriais pela UFCG

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduado em Direito pela UFCG - Advogado

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Karla Monteiro de Almeida

(karlamonteiro19241@gmail.com)

ORCID - 0000-0001-7259-0458

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Graduada em Direito pela UFCG - Advogada

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Carla Pedrosa de Figueiredo

(profacarapedrosa@gmail.com)

ORCID - 0000-0001-5883-3126

Professora Assistente II – Curso de Direito do CCJS/UFCG. Mestre e Especialista pela UFCG

Doutoranda em Administração pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS

Universidade Federal de Campina Grande

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o estudo da utilização de princípios e regras nas ADC 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal. O problema proposto, pode ser vislumbrado a partir do seguinte questionamento: como o STF se posicionou para a solução do conflito entre princípios e regras no âmbito do julgamento das ADC 43, 44 e 54? O objetivo geral da pesquisa é estudar a uso abusivo de princípios jurídicos nas decisões judiciais, especialmente nas decisões tomadas pelo STF. Como objetivos específicos, elenca-se o seguinte: I) Estabelecer as distinções entre princípios e regras; II) Examinar o princípio da presunção de inocência à luz das ADC 43, 44 e 54 julgadas pelo STF; e III) Averiguar o fenômeno da principiologia como panaceia para a atual crise no Processo Penal pátrio. Como metodologia, adotou-se o estudo de caso a partir de uma pesquisa documental. Como resultado da pesquisa, concluiu-se que se mostra necessária uma delimitação da aplicação dos princípios como norma jurídica a fim de evitar que uma interpretação mais alargada gere decisões conflitantes sob a égide de um mesmo ordenamento jurídico. Desse modo, evita-se “decisionismos” por parte do julgador, que escolhe, no caso concreto, qual princípio ou regra deve prevalecer, qual regra ou princípio deve submergir, baseado em suas próprias convicções, causando, com isso, um enfraquecimento do direito pátrio.

Palavras-chave: princípios; Supremo Tribunal Federal; Decisões Judiciais.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objeto o estudo do uso de princípios e regras nas ADC 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal. Como problema de pesquisa, propõe-se elucidar o seguinte questionamento: como o STF se posicionou para a solução do conflito entre princípios e regras no âmbito do julgamento das ADC 43, 44 e 54?

O objetivo geral é estudar a uso abusivo de princípios jurídicos nas decisões judiciais, especialmente nas decisões tomadas pelo STF. Como objetivos específicos, elenca-se o seguinte: I) Estabelecer as distinções entre princípios e regras; II) Examinar o princípio da presunção de inocência à luz das ADC 43, 44 e 54 julgadas pelo STF; e III) Averiguar o fenômeno da principiologia como panaceia para a atual crise no Processo Penal pátrio.

Como justificativa para a pesquisa, destaca-se a atual crise de credibilidade enfrentada pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Como metodologia, adotou-se o caminho do estudo de caso a partir de uma pesquisa documental da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal nas ADC citadas. Para tanto, fez-se uma pesquisa no *site* do STF e confrontou-se com a doutrina nacional e internacional especializada sobre princípios e regras.

Partindo-se da perspectiva de que a utilização de princípios jurídicos em detrimento de regras claras pode levar ao enfraquecimento do sistema jurídico-constitucional, tem-se como hipótese de que o Supremo Tribunal Federal utiliza exageradamente de princípios para solucionar casos complexos. Essa impressão inicial, atrelada a um histórico de decisões polêmicas faz com que a pesquisa se mostre tão necessária na atual conjuntura jurídica.

O debate envolvendo a aplicação entre princípios e regras já desperta o interesse da doutrina brasileira há bastante tempo. A partir da década de 90 esse debate se intensificou, especialmente a partir da chamada “doutrina da efetividade”, difundida especialmente por Luis Roberto Barroso. Com o passar do tempo, outros estudiosos passaram a se dedicar sobre o tema, que, ano após ano, se renova e desafia os pesquisadores brasileiros, tanto por sua densidade teórica quanto pelas implicações práticas que produz.

2. DISTINÇÕES ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

É certo que não há, na doutrina jurídica, uma teoria consensual e uniforme acerca da norma jurídica. Igualmente, acerca da diferenciação entre princípios e regras, não há uma teoria definida e definitiva. Sequer há consenso se os princípios e as regras seriam duas espécies normativas ou pertenceriam a uma mesma categoria conceitual da norma jurídica.

No entanto, na contemporaneidade, tem prevalecido a tese de que princípios e regras são duas espécies autônomas de normas jurídicas, havendo, basicamente, três teorias de diferenciação entre elas: uma destaca uma diferenciação forte entre princípios e regras, outra, uma diferenciação fraca e a terceira, uma equivalência – afastando assim a possibilidade de diferenciação.

A tese de diferenciação forte entre regras e princípios tem como maiores expoentes o filósofo e jurista americano Ronald Dworkin e o também filósofo e jurista alemão Robert Alexy. As teorias de diferenciação fraca e de equivalência geralmente exsurgem como críticas à teoria dos doutrinadores supracitados.

Diz-se que a teoria de Dworkin é um ataque geral ao positivismo, especialmente, na versão de positivismo defendida pelo seu antecessor Herbert Hart (SOUZA, 2011). Para Dworkin, a teoria hartiana destaca-se por um traço vulnerável do positivismo, qual seja, a concepção do Direito enquanto regras reconhecidas por sua origem.

Dworkin entende pela necessidade de refutar a teoria de Hart para reconhecer que o sistema jurídico não é formado apenas por regras, mas também por princípios. Tais princípios estabelecem diretrizes de atuação aos juízes nos casos difíceis; *hard cases*. A conclusão a que chega a teoria de Dworkin é a de que nos casos difíceis, em que não há regra adequada ao caso concreto ou quando a regra for indeterminada, é a de que deve-se decidir a partir de uma rigorosa aplicação dos princípios jurídicos vigentes, evitando assim uma decisão discricionária.

A diferenciação forte entre regras e princípios proposta por Dworkin baseia-se em dois critérios (SOUZA, 2011). O primeiro deles diz respeito ao tipo de solução que eles oferecem, ou seja, um critério lógico. Para ele, as regras são aplicadas em absoluto ou não são aplicadas, ou seja, sendo a regra válida, suas consequências são obrigatórias, sendo inválida, não deve ser aplicada e em nada deve influenciar na

decisão. Já os princípios não versam sobre um caso específico, apenas atuam orientando uma decisão.

O segundo critério é de que os princípios possuem uma dimensão de peso a ser considerada quando houver colisão entre eles, havendo a prevalência de um ou outro, sem que para isso algum deles seja invalidado e nada impedindo que, em outra situação esta posição sofra alternância. Para Dworkin, o mesmo não acontece com as regras posto que, quando uma regra contraria a outra, não se tratando de excepcionalidade prevista nas próprias regras, uma delas precisa ser invalidada para que seja sanado o conflito.

A teoria de Robert Alexy é posterior e, portanto, contempla aspectos não enfrentados pela teoria de Dworkin, apesar de partirem de pontos em comum. Para Alexy, os princípios são uma espécie de norma jurídica que estabelecem mandamentos de otimização que serão aplicados em vários graus, observado, caso a caso, as possibilidades fáticas e jurídicas pertinentes (SOUZA, 2011).

Em suma, as teorias de Dworkin e Alexy consubstanciam-se em uma distinção forte entre regras e princípios (SOUZA, 2011). No entanto, sustenta que não é essa a tese predominante na doutrina brasileira, aduzindo sobre o tema:

A tese 'forte' da distinção entre princípios e regras é defendida, sobretudo, por Dworkin e Alexy. É a tese que defende que há uma diferença de caráter lógico entre princípios e regras. Essa não é a tese mais difundida na doutrina brasileira, que, em geral, tem-se ocupado em defender uma tese que se pode denominar "fraca" da distinção entre princípios e regras, pois advoga uma distinção de grau, seja de grau de fundamentalidade, de abstração ou de generalidade (SOUZA, 2011).

Por sua vez, a tese de distinção fraca baseia-se no argumento de que a diferença entre regras e princípios é o grau, ambos seriam normas, porém, com graus variados de aplicação, bem como, que os princípios desempenhariam função de fundamento normativo, neste sentido:

A tese da distinção fraca afirma que a diferença entre regras e princípios é apenas de grau. Os princípios seriam normas mais gerais, abstratas e importantes que as regras (Raz, 2010, p. 49). Além disso, os princípios distinguem-se das regras por desempenharem apenas a função de fundamento normativo para a tomada de decisão; os princípios não seriam normas suscetíveis de aplicação direta, indicando somente a direção em que está situada a regra a ser aplicada (Larenz, 2001, p. 35) (SOUZA, 2011).

Por fim, a tese da correspondência, também conhecida como tese da conformidade, surgiu como uma crítica à tese forte de diferenciação defendida por Dworkin e Alexy. Para a tese da conformidade, não há distinção entre princípios e

regras, o que vai desde a perspectiva de significado linguístico e chega até características como precisão e indeterminação, que podem ocorrer em ambos, e não apenas, respectivamente, nas regras e princípios, como defende a diferenciação forte.

Souza (2011), esclarece a conformidade com base no pensamento de Klaus Günther nos termos a seguir:

Klaus Günther (2004) procura refutar a divisão entre regras e princípios em categorias definidas e inconciliáveis afirmando que o modo de aplicação de uma norma não está vinculado à sua estrutura; depende, ao contrário, das circunstâncias especiais de uma determinada situação concreta, na qual todos os envolvidos comunicam-se a respeito das razões para a ação fornecidas pelas normas. Para ele, não há uma diferença estrutural entre regras e princípios; a distinção depende das “condições da conversação”, consistindo mais em tratar uma norma como regra, se for aplicada sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ou como princípio, se for aplicada mediante o exame de todas as circunstâncias, fáticas ou jurídicas, em determinada situação (Günther, 2004, p. 305-322) (SOUZA, 2011).

Assim, a tese da conformidade destaca ser impossível definir uma diferenciação clara e objetiva entre princípios e regras, de modo que ambas as normas estão entrelaçadas intrinsecamente. A questão da diferenciação entre regras e princípios, embora aparente ser meramente teórica, na verdade, muito influencia nas decisões dos tribunais, pois é impossível que as regras positivadas consigam abranger todas as hipóteses levadas à apreciação do Poder Judiciário de modo que, frequentemente, os princípios jurídicos assumem papel de destaque na solução dos casos difíceis ou *hard cases*.

3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À LUZ DAS ADC 43, 44 E 54 JULGADAS PELO STF

O julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal em 07 de novembro de 2019, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e Partido Comunista do Brasil (PC do B) colocou mais uma página no controverso e recorrente tema atinente a possibilidade de execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Desde a promulgação da Carta Magna, em 1988, a jurisprudência pátria demonstrou-se vulnerável e inconsistente sobre o tema, notadamente quanto a amplitude do princípio constitucional da presunção de inocência em matéria

processual penal e a compatibilidade do referido princípio com o cumprimento antecipado da pena.

Em que pese a oscilação dada ao tema pelos tribunais pátrios, o princípio da presunção de inocência possui registro histórico desde 1764, quando Cesare Beccaria, em sua célebre obra “Dos delitos e das penas”, já estabelecia que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada” (LIMA, 2020).

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 inaugurou expressamente o mencionado princípio, estabelecendo no inciso LVII do art. 5º, que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O princípio da não-culpabilidade objetiva garantir que, em sede de processo penal, o ônus da prova recaia sobre a acusação, exigindo-se, portanto, para des caracterização desse estado de inocência, uma decisão judicial proferida pelo Estado-juiz, reconhecendo a culpa do réu pela prática de determinada conduta criminosa. Ademais, outra interpretação importante decorrente de tal princípio é a de que:

Confirma a excepcionalidade e a necessariedade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública. No mesmo prisma, evidencia que outras medidas restritivas aos direitos individuais devem ser excepcionais e indispensáveis, como ocorre com a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico (direito constitucional de proteção à intimidade), bem como com a violação de domicílio em virtude de mandado de busca (direito constitucional à inviolabilidade de domicílio) (NUCCI, 2014, p. 67).

Entretanto, entre fevereiro de 2016 e novembro de 2019, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, em decorrência do julgamento do HC 126.292, o entendimento acerca da relativização do princípio da presunção de inocência. Durante esse período defendeu-se a tese de que existiria óbice ao cumprimento provisório da pena após a confirmação da sentença penal condenatória pelo órgão de segunda instância, logo, restaria legitimada o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Esse entendimento apenas foi superado, com o julgamento das ADC 43/DF, 44/DF e 54/DF, quando, na oportunidade, o STF declarou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, especialmente sob a exegese do princípio da

presunção de inocência, que, como já conceituado, estabelece que para a caracterização da culpa e, portanto, para imposição de sanção, exige-se o trânsito em julgado da sentença penal. Nesse sentido, estabelece o art. 283 do CPP: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

O julgamento terminou com placar apertado, seis votos favoráveis a constitucionalidade do referido dispositivo infraconstitucional e cinco votos contrários (6x5), sendo que ao se debruçar sobre os votos favoráveis, constata-se a relevância fundamental dada na defesa dos princípios constitucionais, notadamente, quando utilizados como balizadores interpretativos do ordenamento jurídico. O Ministro Marco Aurélio, relator da ADC, inaugurou a análise meritória, defendendo que:

O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir.

[...] o princípio constitucional da não culpabilidade pressupõe, para ter-se o início do cumprimento da sanção, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – a revelar a existência de pronunciamento precluso na via da recorribilidade. Ante o princípio do terceiro excluído – uma coisa é ou não é, não havendo espaço para o meio termo –, ou bem se tem título alcançado pela preclusão maior a autorizar a execução da pena, ou não se tem, sendo forçoso reconhecer a natureza provisória da execução daí decorrente – quadro discrepante, a mais não poder, do versado no preceito cuja redação não vai além de reproduzir o previsto no texto constitucional. (BRASIL, 2019).

No mesmo sentido, a Ministra Rosa Weber, seguindo o entendimento inaugurado pelo relator, ressaltou que: “o art. 5º, LVII, da CF, enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes têm sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar”.

Aduziu ainda a referida Ministra que: “o art. 283 do CPP guarda higidez frente a ordem objetiva de princípios, valores e regras inscrita na Carta constitucional de 1988. Lembre-se a lição de Beccaria: “do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto” (Dos Delitos e Das Penas)”. Já o Ministro Gilmar Mendes, que também seguiu o entendimento do relator, estabeleceu que:

A ideia de que “direitos fundamentais não são absolutos” autoriza, exatamente, a existência de prisões cautelares, ao se ponderar a

presunção de inocência aqui analisada. Se adotássemos uma visão rigorosa, nem mesmo poderiam existir restrições cautelares, como as prisões preventivas e temporárias. Contudo, não se pode aceitar que a determinação expressa e clara do inciso LVII do art. 5º da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, possa ser um princípio ponderável. Trata-se de uma regra precisa, um direito fundamental, assegurado para limitar o poder punitivo estatal (BRASIL, 2019).

Por outro lado, os Ministros que sustentaram a declaração da inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, com o consequente reconhecimento da possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, defendiam a interpretação do dispositivo constitucional, que consagra o princípio da presunção de inocência, sob um enfoque social e não uma leitura literal, bem como em consonância com outros dispositivos constitucionais. Nesse sentido é o voto da Ministra Carmén Lúcia, para quem:

A eficácia do Direito Penal afirma-se, em minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena a ser imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza – ou, pelo menos, a crença – da impunidade. Os que mais contam com essa certeza, com essa crença, não são os mais pobres, são aqueles que dispõem de meios para usar – e até para abusar – de todo um rebuscado e intrincado sistema recursal, de todos os meios para não precisar responder pelo delito, para protrair o processo no tempo, até se chegar à prescrição da pretensão punitiva e à frustração dos direitos daqueles que sofreram as consequências do delito. Por isso, a tarefa de interpretar a Constituição há de considerar, em primeiro lugar, ser ela, a Constituição, um sistema de normas, não se interpretando cada princípio ou regra isoladamente (BRASIL, 2019).

Seguindo o entendimento divergente, o Ministro Luiz Roberto Barroso asseverou que a presunção de inocência é um princípio constitucional extremamente importante, mas não é uma regra absoluta, estando, portanto, sujeita a ponderações perante outros princípios constitucionais.

Ademais, aduziu que “Já vai tempo que se superou a ideia de que a interpretação é a mera exegese de textos, uma atribuição abstrata de sentidos, uma mecânica subjunção de fatos às normas, sem que a realidade da vida e o intérprete façam alguma diferença”. Outrossim, esclareceu que a tarefa do aplicador do direito não pode ser restrita a interpretação literal do dispositivo normativo, “nada de textualidade. Fins sociais e bem comum são os parâmetros que devem reger a atividade interpretativa”.

Desse modo, resta claro que entre os ministros reside uma refinada e acirrada divergência acerca do poder reflexo dos princípios constitucionais sobre o

sistema jurídico, bem como, acerca da dimensão interpretativa dos princípios que deve ser dada pelo aplicador do direito.

Entretanto, em que pese a meticulosa divergência histórica do STF acerca do tema, no julgamento dos ADC 43, 44 e 54, preponderou o entendimento da constitucionalidade do art. 283 do CPP, onde o princípio da não-culpabilidade, consagrado no art. 5º, LVII, da CF/88, deve ser visto como cláusula pétreia, com o seu núcleo ordenatório preservado, não sujeito a interferências interpretativas que diminuam a sua carga semântica.

Assim, diante do comando veiculado expressamente pelo constituinte originário e confirmado pelo legislador infraconstitucional, que estabeleceu objetivamente como marco ao direito de punir do Estado, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, incabível ao intérprete a análise do referido comando de maneira subjetiva, na tentativa de estabelecer marco diverso, sob pena de ultrapassar o papel de intérprete e usurpar a função legiferante.

4. PRINCIPIOLOGIA COMO PANACEIA PARA A ATUAL CRISE NO PROCESSO PENAL PÁTRIO

Os princípios, assim como as regras, são espécies de norma jurídica, assumindo, desta feita, força normativa, cogente. Com o advento do neoconstitucionalismo, a adoção de princípios como normas tornou-se pujante no nosso ordenamento jurídico pátrio. Assim, observou-se que, diante da ausência de balizamento acerca dos critérios a serem utilizados para aplicação dos princípios constitucionais, a discricionariedade do julgador atingiu proporções dantescas.

O Direito atual precisa ser preventivo e efetivo, em especial no tocante ao processo penal, o que é alcançado com a aplicação de princípios e não apenas com o direito positivado. Uma migração necessária do ordenamento jurídico para a necessidade da realidade social, com especial preocupação do preventivo e do coletivo, passa pela consideração de novas figuras criminais que previnam crimes que possuem resultados mais graves e o tratamento mais severo de condutas que já existem.

Considerando que o Sistema Jurídico Brasileiro é baseado em um direito eminentemente escrito e hierarquizado a partir de uma carta constitucional com preocupação principiológica, tendência que também se verifica em outros países, os

princípios, valores essenciais de uma organização social, acabam por estar explicitados na norma constitucional.

Os princípios são expressos quando o seu conteúdo é explicitado no texto constitucional, ao passo que serão imanentes quando o conhecimento deles depender de uma operação de interpretação do sistema jurídico, do Estado e da própria sociedade.

Dentro de uma ideia de sistema jurídico positivista fechado, fica difícil poder entender a função dos princípios porque eles estariam dentro do sistema representado por normas escritas e, em razão disto, não o poderiam balizar. Porém, os princípios não estão restritos à norma escrita e posta, mas a antecedem. Representam uma das fontes de sua elaboração, o que permite a sua função balizadora.

A interpretação sistemática e o apreço pelo coletivo sobre o particular, são a solução de um conflito aparente entre princípios, tendência natural de um Estado Democrático de Direito, dentro de uma ideia de proporcionalidade.

O principiologia possui um papel muito relevante, de orientar o poder do Estado, bem como proporciona base para a interpretação das normas, complementação e a solução dos casos de aparente lacuna legal.

No Brasil o Direito Princiológico possui a sua base nos princípios de uma sociedade, estes são os valores essenciais da sociedade brasileira, estão explicitados e imanentes na Constituição Federal. No ato da elaboração de uma norma, o legislador deve buscar observar os valores sociais, para que esta norma seja legítima do ponto de vista social. Porém, para que a norma seja constitucional, necessário observar os princípios da sociedade brasileira.

A não observância dos princípios no ato de criação de uma norma, no Brasil, levará à sua declaração de inconstitucionalidade, seja ela indiretamente, através da análise da sua aplicação a um caso concreto por qualquer órgão do Poder Judiciário competente, ou abstrata e diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, através da declaração da inconstitucionalidade da norma, tese essa bastante discutida nas ADCs 43, 44 e 54.

É jurisprudencial a interpretação principiológica da norma posta, ou seja, autêntica porque efetivada através do órgão do Poder Judiciário com competência, sendo que a norma constitucional por ter sido criada com observância dos princípios, poderá ainda ter a sua interpretação ou aplicação maculada pela

inconstitucionalidade caso o órgão do Poder Judiciário se desvie dos princípios que complementam a execução da norma no plano material.

Ressalta-se que a interpretação doutrinária, considerando esta a que deriva do legislador na iniciação de uma norma ou dos estudiosos do direito, padece com a influência de interesses, que podem não ser os da sociedade, e com a estagnação do momento da sua realização, não permitindo a evolução e a flexibilidade próprias dos valores essenciais que são os princípios.

A despeito do Direito Princiológico, este tornou-se uma grande necessidade no mundo contemporâneo com tantas dificuldades, riscos e problemas constantes para a preservação das organizações sociais, Estados e países, com a criação das normas e da sua aplicação, a grande crítica anunciada é o temor da relativização do Sistema Jurídico, preocupação já exibida pelos positivistas extremados referentes ao jusnaturalismo, chamando atenção Norberto Bobbio.

Em uma só hipótese poderíamos aceitar reconhecer como direito unicamente o que é justo: se a justiça fosse uma verdade evidente ou pelo menos demonstrável como uma verdade matemática, de modo que nenhum homem pudesse ter dúvidas 101 sobre o que é justo ou injusto. E esta, na realidade, foi sempre a pretensão do jusnaturalismo nas suas várias fases históricas. Com uma outra definição, poderia se dizer que a teoria do direito natural é aquela que se considera capaz de estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido. Mas esta pretensão tem fundamento? A julgar pelas controvérsias entre os vários seguidores do direito natural sobre o que há de ser considerado justo ou injusto, a julgar pelo fato de que o que era natural para uns não era para outros, deveríamos responder que não (Bobbio, 2001, p 56).

O direito princiológico não se confunde com o jus naturalismo medieval, não é abstrato ou subjetivo como pode parecer inicialmente. Isso porque ele possui regras de aplicação e de contenção que representam o próprio limite do poder de comando da organização social.

O Direito pelo Direito acaba se impondo pela força e não pela aceitação da organização social, o que poderá representar um antidireito conforme o grau de resistência social e a necessidade da intensidade da força para a sua aceitação e cumprimento, dentro de um ponto de vista sociológico no tocante à sua legitimidade como instrumento de união e integração social.

Logo, o Direito Princiológico é sistemático, bem como baseado em princípios expressos e imanentes em textos supralegais, no caso é a Constituição da República Federativa do Brasil, o que afasta o risco da subjetividade e com isto a insegurança jurídica. Inclusive, conforme já dito, uma norma contrária aos

princípios que representam os valores sociais mais importantes é norma inconstitucional.

A maior expressão da precisão e da importância dos princípios, mostra-se quando da necessidade de soluções interpretativas a casos práticos dentro de uma falta de normas ou inconformidade das existentes por força da alteração de valores sociais e da existência de novas situações não abrangidas pela legislação escrita, carecendo uma composição mista entre o direito positivo e o direito natural.

A principiologia nas ciências criminais, especificadamente no âmbito do Direito Penal, consente a solução prática de casos que jamais uma visão positivista extremada permitiria, como acontece na aplicação do instituto penal do perdão judicial em casos de crimes dolosos em que não há qualquer sentido a aplicação de uma punição, haja vista que a conduta do agente já o atingiu de tal forma que aplicar uma sanção importaria um mero exercício de vingança. Conduta essa imprópria, que fere gravemente os valores sociais.

Visto que a principiologia seria capaz de conferir racionalidade na solução dos conflitos de embate de direitos, a mesma também possibilita uma vasta interpretação, contribuindo para o enfraquecimento da autonomia do direito, pois possibilita argumentos, entendimentos, justificativas e decisões subjetivas. Nesse sentido:

Há nesse aspecto, forte dificuldade em se compreender os princípios como instituidores de normas, notadamente por seu apego ao caráter genérico que dá ensejo à ocorrência de conflitos. Mas o grande problema é que, para solucioná-los, buscam-se critérios (sopesamento) apegados ao método, o qual não é um meio produtor de verdades, mas reproduutor de um sistema subsuntivo (SILVA FILHO, 2010, p. 39 apud SILVA FILHO e XAVIER, 2018, p. 73).

Outrossim, alguns princípios correm o risco de ser exageradamente amplificados, necessário fazer a contraposição acerca da aclamação excessiva e, por vezes, equivocada das concepções principiológicas. Discorre a respeito:

Uma leitura contrária da tese da abertura dos princípios pode ser encontrada em Streck), ao afirmar que quando Dworkin diz que o juiz deve lançar mão de argumentos de princípios e não de política, bem como que não há princípios sem regras nem regras sem princípios, sempre estes o modo pela qual se dará a legitimidade de uma decisão judicial, está justamente apontando para os limites que deve haver no ato de interpretação judicial – ao direito não importam as convicções pessoais, na medida em que há o dever de decidir por princípios. Essa é justamente a blindagem da hermenêutica proporcionada pela Crítica Hermenêutica do Direito (STRECK 2014, p. 446 apud SILVA FILHO e XAVIER, 2018, p. 73).

Em síntese, para que esses impasses que geram a flexibilização da autonomia do direito sejam superados, faz-se necessária a inserção em um novo paradigma, no qual esse (novo) Constitucionalismo seja elevado a um grau de constitucionalidade almejado, em que os princípios representem uma blindagem contra decisionismos e passem a representar um direito de toda a sociedade de ter sua causa julgada a partir da Constituição.

Necessário faz-se a delimitação da aplicação dos princípios, tendo em vista que eles vêm sendo aplicados indistintamente pelo STF e STJ, mesmo quando a solução poderia ter se dado através da regra positivada, situação que causa insegurança jurídica em função de decisões arbitrárias.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A distinção da doutrina entre princípios e regras está longe de ser precisa e definida. No entanto, é majoritário o entendimento que ambas se tratam de espécies normativas. Em verdade, é inegável o constante relacionamento entre regras e princípios, porém, este envolvimento pode se tornar polêmico quando a prática jurídica impõe a solução de casos difíceis, quais sejam aqueles que a regra positivada não consegue orientar com precisão o juízo do aplicador do direito.

No Brasil, o ativismo judicial tem indicado a necessidade de delimitar-se uma corrente a ser adotada pela jurisprudência brasileira no tocante a aplicação de regras e princípios, pois, a ausência de norte neste sentido tem gerado decisões arbitrárias, muitas vezes dotadas de forte influência da moral, da política, dos costumes, entre outras.

A partir da análise do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal, em 07 de novembro de 2019, escolhidas como objeto de estudo do presente trabalho, analisou-se que a amplitude de interpretações pode trazer decisões conflitantes.

Na ADC 43, o Partido Patriota sustentou que a condenação em segunda instância é o suficiente para atender ao princípio da presunção de inocência. Por sua vez, os autores das ADC 44 e 54 pleiteavam a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), que prevê o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como condição para a prisão.

Entre fevereiro de 2016 e novembro de 2019, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, em decorrência do julgamento do HC 126.292, o reconhecimento da possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir da interpretação do dispositivo constitucional que consagra o princípio da presunção de inocência, sob um enfoque social e não uma leitura literal.

Com o julgamento das ADC 43/DF, 44/DF e 54/DF, o STF declarou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com base no princípio da presunção de inocência, que, como já conceituado, estabelece que para a caracterização da culpa e imposição de sanção penal, exige-se o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É certo que a principiologia, no âmbito do direito, e mais especificamente o Direito Penal, proporciona a solução prática de casos que não poderiam ser resolvidos apenas com enforque na visão positivista extremada. Porém, considerando-se que os princípios permitem o alargamento interpretativo, é preciso estipular objetividade na sua aplicação, para evitar que as decisões judiciais sejam proferidas baseadas em argumentos exógenos (moral, política, costumes, etc.), o que causa insegurança jurídica.

Desse modo, o presente trabalho conclui que é necessária uma delimitação da aplicação dos princípios como norma jurídica a fim de evitar que a ampla interpretação gere decisões conflitantes sob a égide de um mesmo ordenamento jurídico, baseadas na arbitrariedade do julgador que escolhe, no caso concreto, qual princípio ou regra deve prevalecer, qual regra ou princípio deve submergir, baseado em suas próprias convicções causando, por conseguinte um enfraquecimento do direito pátrio.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal e o absurdo. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-14/georges-abboud-julgamento-adcs-43-44-54-absurdo> Acesso em: 06 fev. 2021.

ACHUTTI, Daniel Silva. A crise do processo penal na sociedade contemporânea: uma análise a partir das novas formas de administração da justiça criminal. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp034043.pdf>, Acesso em: 11 fev. 2021.

BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2019. Data de Publicação do Acordão no DJE 12/11/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. Data de Publicação no DJE 17/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 08 fev. 2021.

FILHO, Edson Vieira da Silva Filho; XAVIER Gustavo Silva. Jurisdição constitucional e hermenêutica: discutindo as condições de possibilidade de aplicação do direito a partir da relativização da presunção de inocência. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/303991158.pdf> Acesso em: 08 fev. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único – 8 ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivim, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida. Direito processual princiológico. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, 2015. Disponível em: http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/1E24244EDCEFD8C1E050A8C0DD01784D. Acesso em: 10 fev. 2021.

SOUZA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. Brasília a. 48 n. 192 out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242932/000936212.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 01 fev. 2021.

SOUZA, Rodrigo Telles de. A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 10 – n. 34, p. 11-35 – jan./jun. 2011. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-distincao-entre-regras-e-principios-e-a-derrotabilidade-das-normas-e-direitos-fundamentais>. Acesso em: 01 fev. 2021.

CAPÍTULO V

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A SUA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-5

Igor da Silva Gomes

(igorgomesadv12@gmail.com)

ORCID - 0000-0002-7726-0279

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Graduado em Direito pela UFRN. Especialista em Direito Processual Civil pela ESMA-PB

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Jane Arimércia Siqueira Soares

(jane_arimercia@hotmail.com)

ORCID - 0000-0002-6004-5919

Mestre e Doutoranda em Recursos Naturais pela UFCG

Graduada em Direito pela UNIFIP

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Sebastião Caio dos Santos Dantas

(profcaiodantas@hotmail.com)

ORCID 0000-0002-9135-8600

Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Weverton Araújo de Menezes

(weverton.menezes1997@gmail.com)

ORCID 0000-0002-1420-0674

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Graduado em Direito pela UNIFIP

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Francivaldo Gomes Moura

(fgomesmoura@hotmail.com)

ORCID – 0000-0002-9905-3545

Professor Adjunto II do CCJS/UFCG. Graduado em Direito pela UFPB

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA

Universidade Federal de Campina Grande

RESUMO

A problemática da pesquisa consiste na incongruente interpretação jurisprudencial e doutrinária acerca da possibilidade do ANPP aos crimes militares, em virtude da omissão deixada, propositalmente ou não, pelo legislador, ao publicar a Lei Federal nº 13.964/19, também conhecida como Pacote Anticrime. Assim, o presente trabalho teve como objetivo analisar o cabimento do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, aos crimes de competência da Justiça Militar. Quanto a metodologia, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, quanto ao tipo, trata-se de pesquisa qualitativa, no que diz respeito aos objetivos, trata-se de pesquisa histórica, interpretativa, exploratória e documental, para a coleta de dados, utilizou-se de dados secundários. Quanto aos resultados, foram identificadas diversas correntes acerca da matéria, umas favoráveis e outras desfavoráveis à aplicação do ANPP perante à justiça castrense, trazendo um novo juízo de valor sobre a solução da controvérsia.

Palavras-chave: justiça penal negocial; acordo de não persecução penal; crimes militares.

1. INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal, introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), é um instrumento de justiça penal negocial que visa a formalização de um acordo entre o Ministério Público, o investigado e o advogado deste, que, com o cumprimento das cláusulas pactuadas, dará ensejo à extinção da punibilidade do agente.

Por se tratarem de recentes atos normativos, a Resolução editada pelo CNMP, embora considerada como um avanço para o sistema jurídico pátrio, sofreu grandes críticas por parte de alguns doutrinadores, visto que, segundo estes, o ANPP seria inconstitucional, por violar o artigo 22, I, da Constituição Federal, visto que seria competência privativa da União legislar sobre normas de direito processual, além do fato de que constituir uma nova modalidade de despenalização afetaria consideravelmente a competência do ente federal.

Entretanto, com a promulgação da Lei Federal nº 13.964/19, também conhecida como Pacote Anticrime, que promoveu diversas alterações materiais e processuais penais no ordenamento jurídico brasileiro, o Acordo de Não-Persecução Penal (ANPP) passou a constar no artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP), desconstruindo, desta forma, a tese de que seria impossível a sua formalização por se tratar de mecanismo que fere os preceitos constitucionais.

De acordo com o art. 28-A do CPP, o acordo despenalizador será proposto pelo Órgão Ministerial quando, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a consumação de infração penal com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, cometida sem violência ou grave ameaça, desde que seja necessário e suficiente para a reaprovação e prevenção do crime, mediante o cumprimento de demais condições ajustadas cumulativa e alternativamente, expostas nos incisos do citado dispositivo legal.

Além disso, no parágrafo segundo do artigo supramencionado, o legislador se preocupou em descrever as hipóteses em que o ANPP é inaplicável, apontando, desse modo, um rol taxativo. Entretanto, nada foi mencionado sobre o cabimento ou não do ANPP aos crimes sujeitos à Justiça Militar, motivo pelo qual surge um imbróglio jurídico a fim de sanar a omissão deixada, propositalmente ou não, pelo

legislador, já que a Resolução nº 181/2017 do CNMP, previa, expressamente, a possibilidade do instituto despenalizador aos crimes militares que não afetassem a hierarquia e a disciplina.

Diante disso, a problemática a ser abordada diz respeito a incongruente interpretação jurisprudencial e doutrinária nos casos de aplicação do ANPP aos crimes militares, em razão da omissão do legislador pátrio acerca da matéria ao publicar o Pacote Anticrime. Assim, faz-se mister analisar as correntes que defendem o cabimento ou não do ANPP perante a Justiça castrense, bem como propor parâmetros que norteiem uma postura coerente às instituições jurídicas do ordenamento brasileiro.

Em que pese a não vedação, destacam-se diversos posicionamentos quanto à matéria em comento. Dentre estes, apontam-se as teses defensiva e contrária à aplicabilidade do ANPP às infrações penais de cunho militar, fato que gera dúvida e insegurança jurídica aos aplicadores do direito, diante da lacuna deixada pelo legislador.

Assim sendo, este trabalho é realizado com o intuito de permitir uma melhor compreensão acerca do referido instituto consensual aos delitos de competência da Justiça Militar e dirimir a incerteza presente na doutrina e na jurisprudência pátrias, considerando se tratar de temática de salvaguarda ao direito fundamental à liberdade do cidadão.

Quanto à metodologia, seguiu-se o método de abordagem dedutivo, quanto ao tipo, trata-se de pesquisa qualitativa, em se tratando dos objetivos, trata-se de pesquisa exploratória, interpretativa e histórica, quanto aos procedimentos para coleta de dados, utilizou-se de dados secundários, como teses, dissertações, artigos, normas pertinentes do ordenamento jurídico, doutrinas e jurisprudências dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, o capítulo primeiro tratará da evolução histórica da implementação da justiça consensual no Brasil, sendo tal análise indispensável, frente ao surgimento do acordo de não persecução penal. O segundo capítulo, por sua vez, se esforçará, primordialmente, a descrever os pressupostos e as condições para a efetivação do já citado instrumento despenalizador. Por fim, o capítulo terceiro versará acerca da incidência ou não do ANPP aos crimes de competência da Justiça Militar, trazendo, para tanto, os diversos posicionamentos sobre o assunto e

expondo os parâmetros norteadores de uma postura harmoniosa a ser seguida pelos operadores do direito.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA CONSENSUAL CRIMINAL NO BRASIL

A tendência pela adoção de uma justiça consensual Brasileira, através de acordos entre acusação e defesa no processo penal traz uma nova perspectiva sobre a prestação jurisdicional, baseada na autonomia da vontade entre as partes envolvidas, tem se mostrado como uma nova ferramenta de resposta pelo Estado diante de comportamentos delituosos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, inciso I, já previa a criação dos Juizados Especiais civis e criminais. O referido dispositivo determinou a criação de Juizados especiais com competência para conciliação, julgamento e execução de crimes de menor potencial ofensivo. Em cumprimento a citada norma constitucional, o marco legal da Justiça consensual foi instituído pela Lei Federal nº 9.099/95 com os institutos da transação penal, composição civil e suspensão condicional do processo, assim, a referida Lei abriga matéria civil e criminal separando-as em capítulos distintos (BRASIL, 1998; BRASIL, 1995; LEITE. 2009; DE ALMEIDA, 2013).

O Direito Processual Penal como instrumento de implementação da política criminal por vezes se encontra em conflito frente ao Modelo Garantista de Ferrajoli que busca efetivar na sua aplicabilidade o respeito aos direitos e garantias individuais e o Modelo Eficientista que busca a eficiência do aparelho estatal no tratamento penal, a Lei Federal nº 9.099/95 ao trazer a transação penal e a suspensão condicional do processo torna-se um instrumento de negociação dentro do processo penal pautado no Modelo Eficientista (FERRAJOLI, 1986; ZACKSESKI; DUARTE, 2012; CAMPOS, 2012; BRASIL, 1995).

O processo penal, consoante disciplina o artigo 2º da Lei de Juizados Especiais, deve buscar a oralidade, a celeridade, a simplicidade e economia processual em torno da transação e da conciliação, sempre que possível. Os Juizados Especiais criminais encontram-se disciplinados a partir do artigo 60 da lei em comento, trazendo a competência para o julgamento, transação e execução em crimes de menor potencial ofensivo, crimes já definidos no artigo 61, como aqueles em que a pena máxima não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

Vale salientar que o critério adotado leva em consideração o limite máximo da pena em abstrato de privação da liberdade (BRASIL, 1995).

Com a promulgação da Lei supracitada, criou-se uma expectativa em torno do Estado como resposta mais célere para a pequena criminalidade, colaborando com o funcionamento da justiça e tornando o processo penal mais efetivo. O legislador brasileiro se inspirou na justiça consensual Europeia no sentido de dar um papel de importância à vítima, de valorizar o diálogo e a comunicação dentro do conflito penal.

Os institutos consensuais trazidos na norma são a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, todos como mecanismos alternativos de resolução de conflitos que buscam preservar o acusado das consequências processuais e sociais atribuídas pela estigmatização da pena de privação de liberdade (ARANTES, 2016; FERNANDES, 2001).

A composição civil consiste em uma alternativa em que a vítima poderá ser reparada pelos danos causados pela infração penal de menor potencial ofensivo e se caracteriza na primeira audiência preliminar em que se tenta chegar a um consenso entre as partes, obedecendo aos princípios da celeridade e economia processual, buscando uma solução amigável no que diz respeito à reparação do dano. Assim, vítima e ofendido têm a oportunidade de discutir a reparação patrimonial do dano respeitando os interesses de ambos, caso as partes optem pelo acordo, a composição dos danos será homologada mediante sentença irrecorrível, com eficácia de título executivo (ARANTES, 2016; ICIARINI; GÂNDARA, 2018; LAMAS, 2019).

Por sua vez, o artigo 76 da Lei Federal nº 9.099/95 nos apresenta o instituto da transação penal em que sendo caso de representação ou crime de ação penal pública incondicionada, não configurando caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a transação penal, que consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, trata-se de acordo firmado entre o Ministério Público e o autor do ato delituoso em substituto da pena privativa de liberdade, ou seja, trata-se de um acordo para se aplicar uma sanção restritiva de direitos, não havendo, neste caso, o reconhecimento de culpa para com o autor do delito. Caso o autor decida pelo acordo, este será homologado através de sentença, que não configurará reincidência, mas serve apenas para que o mesmo benefício não seja aplicado em um prazo de cinco anos (BRASIL, 1995; ALVES, 2001; MAGALHÃES, 2018).

A discussão em torno do instituto da transação penal gerado na jurisprudência e pelos doutrinadores está na faculdade ou não do Órgão do Ministério Público aplicar o benefício processual estando presentes todos os requisitos, uma vez que, a referida lei utiliza-se da palavra “poderá”, porém, o entendimento majoritário é que estando presentes todos os requisitos legais, deve o Ministério Público aplicar o referido benefício (ARANTES, 2016).

Por último, a suspensão condicional do processo, neste instituto, deve-se observar os crimes em que a pena mínima seja igual a um ano ou inferir a um ano, nesta situação o Ministério Público no momento do oferecimento da denúncia poderá propor a suspensão do processo, desde que o acusado preencha os requisitos legais constates no artigo 89 da Lei Federal nº 9.099/95. Assim, estando presentes as exigências legais o processo poderá ser suspenso, ou seja, paralisado durante determinado período de tempo, ocasião em que o acusado terá de cumprir algumas condições. Vale salientar que este instituto também poderá ser aplicado para crimes militares, eleitorais e ecológicos (BRASIL, 1995; SOARES, 2017).

Todavia, apesar da lei supracitada trazer estes três institutos inovadores para uma justiça processual penal consensual, observa-se uma crítica a esse modelo eficientista buscado pela referida norma, dentre eles, podemos apontar a violação dos direitos e garantias processuais constitucionais do acusado, tendo em vista que, o rito percorrido pela justiça consensual, prejudicam e restringem a aplicação de algumas garantias processuais ao investigado. Outra crítica diz respeito à privação do processo penal, já que alguns institutos tem o intuito apenas indenizatório. Outro ponto que chama atenção está no caráter coativo da transação, pois a relação entre Ministério Público e autor do fato delituoso não é horizontal, não é equilibrada. O medo de prosseguimento do processo e eventual aplicação de pena privativa de liberdade é por si, coercitiva, e, retira do acusado a liberdade e autonomia da vontade dentro dessa “transação consensual” (BRASIL, 1995; DE ANDRADE, 2009; ARANTES, 2016;).

Por fim, apesar das críticas, é necessário observar que a Lei Federal nº 9.099/95 é uma política criminal direcionada para alternativas consensuais de pacificação social que devem ser considerados, uma vez que o tratamento da criminalidade não deve ser limitado ao peso repressivo, a exemplo do procedimento comum ordinário, obviamente, quanto aos crimes mais graves há a necessidade de uma reação do Estado de forma mais agressiva.

No entanto, deve ser notado que esse novo modelo de justiça criminal baseada no consenso traz uma alternativa de solução de conflitos com tratamento diferenciado para a pequena e média criminalidade, imprescindível ao aperfeiçoamento da persecução penal dentro de um sistema acusatório (ARANTES, 2016; LEITE, 2013).

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Após uma breve, mas bastante significativa e contributiva explanação referente ao arcabouço histórico da Justiça consensual no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a analisar de forma específica o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, o qual se encontra presente no art. 28-A do Código de Processo Penal vigente e tem natureza de negócio jurídico extrajudicial.

Antes de qualquer coisa, deve-se esclarecer que o mecanismo em estudo já detinha de previsão legal no Brasil, sendo tratado no âmbito do Ministério Público por meio da Resolução nº 181/2017 do CNMP, a qual dispõe da tramitação do Procedimento Investigatório Criminal (PIC), e tem fundamento no art. 129, I, da Constituição Federal de 1988.

A referida resolução apresenta correlação com o direito internacional, haja vista que preenche uma necessidade instituída por meio da Resolução nº 45/110, formulada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14/12/1990, onde restou consignado que se deveriam ser adotados pelos Estados nacionais medidas alternativas ao cárcere, sempre que necessárias e suficientes à punição e prevenção dos crimes, com vistas à redução do encarceramento e garantia de direitos.

Posteriormente, ao final do ano de 2019, por meio da promulgação da Lei Federal nº 13.964, conhecida popularmente como “Pacote Anticrime”, o Acordo de Não Persecução Penal foi finalmente disposto no Código de Processo Penal, passando a ter força legislativa no ordenamento jurídico pátrio. Esclarece-se que:

Vários são os fatores que justificaram a sua criação, originariamente pela Resolução n. 181 do CNMP, e, posteriormente, pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19): a) exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b) priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; c) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais (DE LIMA, 2020, p.273).

O art. 28-A do Código de Processo Penal passou a disciplinar que o representante do Ministério Público diante da conclusão da fase de investigações da infração penal, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, desde que tenha pena mínima inferior a 04 anos, poderá ser proposto o devido acordo, desde que esse seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, mediante as seguintes condições ajustadas.

Nesse ínterim, tem-se aqui uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, haja vista que o legislador ordinário deixou uma alternativa ao titular da ação penal para que, preenchidos os requisitos trazidos na Lei, ao invés da instauração da devida ação penal, opte por uma via consensual, construindo uma solução dialogada que não só seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção da infração penal, mas também diminua o encarceramento e o número de ações penais em trâmite.

Nada obstante, não se pode generalizar que essa medida despenalizadora poderá ser aplicada sem restrições a todas as infrações penais cometidas, sob pena de ferir fundamentos basilares que norteiam o Direito Penal, desse modo, a Lei disciplina diversos requisitos para sua utilização, tais como a necessidade da infração ter sido cometida sem violência ou grave ameaça a pessoa, bem como um patamar de pena em abstrato para o delito, limitando-se àqueles que tenham pena mínima inferior a 04 anos.

O investigado, para fazer jus ao benefício, deverá confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, bem como concordar com as condições ajustadas pelo membro do Ministério Público.

Entre as condições previstas estão: 1) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; 2) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; 3) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas; 4) pagar prestação pecuniária; ou 5) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. Todas essas condições encontram-se previstas nos incisos do art. 28-A do CPP, sendo um rol meramente exemplificativo.

No tocante à forma, regulamenta a Lei que o ANPP será redigido na forma escrita e será firmado pelo membro do Ministério Público, investigado e seu

defensor. A homologação ficará a cargo da autoridade judiciária, a qual será realizada em audiência para ratificar a voluntariedade e legalidade do acordo, por meio da oitiva do investigado na presença de seu causídico, conforme §§3º e 4º, do art. 28-A.

Entendendo serem inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições do acordo, o Juiz devolverá os autos ao *parquet* para que seja reformulada a proposta, tudo isso com a concordância da outra parte (§5º). Sendo homologado, a execução seguirá perante o Juízo da execução penal.

Da análise do §14, do art. 28-A do CPP, surgem três correntes quanto à natureza do instituto consensual em estudo. A primeira defende que o ANPP é um direito subjetivo do investigado, tendo em vista que a literalidade do dispositivo prescreve que, no caso de recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, para fins de revisão do decidido inicialmente pelo *parquet*. O que caminha ao encontro do que já fora realizado em entendimentos jurisprudenciais referentes à transação penal e a suspensão condicional do processo.

No entanto, a segunda doutrina discorda dessa conclusão, para De Lima (2020, p. 274), considerando que o ANPP deve resultar da convergência de vontades das partes, perquirir que o acordo é direito subjetivo do investigado é admitir a possibilidade de o juiz determinar de ofício sua realização, o que feriria sua natureza consensual, bem como estaria substituindo-se a privatividade da ação penal pelo Ministério Público e lesando o sistema acusatório.

Nesse ínterim, De Lima (2020, p. 275) conclui que “se não se trata de um direito subjetivo do acusado, o ideal, então, é concluir que estamos diante de uma discricionariedade ou oportunidade regrada, porquanto somente é lícito ao Ministério Público celebrar a avença se acaso preenchidos todos os requisitos”.

Por sua vez, defendendo uma terceira corrente, o professor Avena (2020, p. 613), amparando-se no teor do Enunciado 19, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, entende que o ajuste é faculdade do Ministério Público, o qual avaliará, em última análise, se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto. Finalmente, explicita-se que, por se tratar de um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, a temática em discussão ainda não se encontra pacificada.

Ademais, o legislador pátrio disciplinou também as causas de não aplicação do ANPP, conforme se pode extrair do §2º, do art. 28-A do CPP, *in verbis*:

Art. 28-A [...]

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Conquanto a Lei Federal nº 13.964/2019 tenha se restringido as quatro hipóteses acima descritas, deve-se destacar a supressão de vedações anteriormente previstas na Resolução nº 181 do CNMP, em seu artigo 18, tais como: **a)** dano causado pelo delito superior a vinte salários-mínimos ou parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; **b)** risco de prescrição da pretensão punitiva estatal em virtude da demora para o cumprimento do acordo; **c)** delitos hediondos ou equiparados; **d)** delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina;

Diante disso, voltando-se para a última hipótese acima descrita, De Lima (2020, p. 280) entende que não tendo a Lei Federal nº 13.964/2019 não mantido tal previsão de vedações, deve se concluir que o negócio jurídico em questão pode ser celebrado em relação a crimes militares, quer quando afetarem a hierarquia e a disciplina, quer quando não colocarem em risco os pilares das Forças Armadas, mas desde que atinja a finalidade do instituto despenalizador. Nada obstante, por ser esse apenas um dos entendimentos subsistentes sobre essa temática, passar-se-á a tecer maiores comentários e explanações no tópico seguinte.

4. INCIDÊNCIA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA CASTRENSE

Pensar fenômenos e fatos que permeiam a vivência em sociedade, bem como os elementos normativos, constituídos enquanto estratégias para pacificação social, localiza-se enquanto missão contínua para os estudiosos das sociedades e das

culturas. Não raras são as oportunidades apresentadas as ciências jurídicas, na perspectiva de um debruçar mais apurado sobre tais elementos, caracterizando-se enquanto desafio transversal para a construção de um conjunto normativo complexo que atenda a realidade como está posta, a partir de um ethos que vislumbre a sociabilidade e a manutenção da dignidade da pessoa humana enquanto norte.

A partir dessa mirada, poder-se-ia localizar a existência e as possibilidades de utilização do ANPP enquanto opção de consensualização das relações entre o Estado, a sociedade, e o indivíduo na tentativa de resolução adequada para um conflito instituído no âmbito penal, para uma situação de desvio da norma, que importe em ato de menor potencial lesivo, praticado contra um bem jurídico tutelado, conforme elencado e historicizado anteriormente.

Todavia, ainda paira no âmbito das relações jurídicas de impacto coletivo alguns questionamentos que foram captados pelos estudiosos do campo das ciências jurídicas vislumbrando uma melhor aproximação do instituto sobre o qual ora se propõe uma análise, e dentre esses, vincula-se a possibilidade ou não da utilização do ANPP quando da incidência de ato vinculado à justiça castrense.

Para compreender o contraponto que perpassa a possibilidade da utilização da ferramenta negocial em tela no tocante as matérias enfrentadas na justiça militar, faz-se mister em um primeiro momento reafirmar a importância dos elementos de consensualidade instaurados no processo penal pátrio, na perspectiva da construção de alternativas que assistam à sociedade de forma célere, utilizando-se de critérios mínimos para sua aplicabilidade.

Nesse rumo, o reconhecimento de institutos despenalizadores a exemplo da transação penal, consagrada no ordenamento a partir da Lei Federal nº 9.099/95, marcadamente no escopo do seu art. 76, pode ser considerada enquanto avanço normativo-processual para a tratativa dos casos que envolvam atos de menor lesividade individual e/ou coletiva.

Ainda se faz possível analisar que, ressalvadas as devidas proporções, o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, pode ser considerado um avanço face ao instituto anterior, na direção da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal no contexto público, sem, contudo, afastar o Estado de sua obrigação essencialista de agir diante de uma violação às normas. Tendo o Ministério Público na condição de defensor dos interesses da sociedade a figura de mediador

da relação negocial, não quedando-se inerte, mas, de forma proativa e propositiva auxiliando na resolução do conflito, quando preenchidos os pressupostos para tal, elencados pelo legislador.

A priori a querela sobre a possibilidade de utilização do ANPP nos delitos militares, surge, tendo em vista a base conflitante constante da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, editada em 07 de agosto de 2017 e reformulada em 24 de janeiro de 2018, por força da Resolução nº 183 também da egrégia entidade, com base no exposto nos instrumentos fica vedada a utilização do acordo quando da prática por militares de atos que afetem a hierarquia e a disciplina, considerados pilares do processo militar. Em contrapartida, o Conselho Superior do Ministério Público Militar edita em 26 de setembro de 2018 a Resolução de nº 101, restringindo a aplicabilidade da medida negocial aos delitos classificados como “crimes militares por equiparação”.

A questão de fato começa a figurar em maiores questionamentos quando da edição e publicação da Lei Federal nº 13.964/19, onde por meio do exercício da função legiferante, o Estado brasileiro resta silente, quando da inclusão da possibilidade ou da vedação do uso do ANPP no caso de desvios à norma militar pátria. Nessa direção conforme o pensamento de Lima (2020) emerge três perspectivas tendenciais.

Em uma primeira vertente comprehende-se que não se faz possível a aplicação do acordo de não persecução penal em casos de crimes assistidos pela justiça castrense tendo em vista a não continência expressa para tal, o argumento central aqui pauta-se no princípio da legalidade. Argumenta que a “Lei Anticrime” apenas alterou o CPPM no tocante ao artigo 16-A, não alterando a lógica processual militar em outros aspectos, logo para essa corrente, não expressava vontade do legislador que os aspectos alterados no CPP fossem utilizados quando da análise de delitos cometidos por militares. Para autores que defendem essa corrente o legislador utilizou-se de um “silêncio eloquente”:

A Res. 181/17 do CNMP vedava o ANPP nos crimes militares que afetassem a hierarquia e disciplina. Nos demais, autorizava. A Lei 13.964/19 não trata do assunto. Silencia. O que interpretar do seu silêncio? Consigo antever a divergência. Uma primeira corrente dirá que o silêncio permite concluir que o ANPP, agora, está autorizado para qualquer crime militar. Outros, não sem razão, dirão que o silêncio indica que o legislador julgou o ANPP incompatível com os crimes militares, próprios ou impróprios. É que a Lei 13.964/19 fez algumas alterações no CPPM, buscando, ao que tudo indica, espelhar seus dispositivos com os do

CPP comum, e nele, CPPM, não tratou do ANPP. Silêncio eloquente, portanto. (CUNHA, 2020, p. 135)

Logo estaria evidente a lógica da inaplicabilidade de tal instituto quando da existência dessas condições, considerando inclusive a semelhança existente com outros institutos como o da transação penal e aquele da suspensão condicional do processo, constantes respectivamente dos artigos 76 e 89 da Lei Federal nº 9.099/1995, considerados instrumentos de despenalização oriundos de uma relação negocial entre as partes do processo.

Um argumento surge nessa perspectiva, e vincula-se a aplicabilidade de cada uma dessas medidas com base na pena para cada delito, observando que as possibilidades dos artigos da lei dos juizados especiais supra são aplicados para casos de violações cuja a pena máxima não ultrapasse o quantum de dois anos, enquanto o ANPP vincula-se àqueles delitos cuja pena mínima não ultrapasse quatro anos, note-se que no caso das duas primeiras consideradas de menor potencial lesivo, não se faz possível por vedação legal (artigo 90-A da Lei Federal nº 9.099/95) a sua aplicação ao crimes militares, assim também, nessa vertente, para aqueles atos considerados mais gravosos, não admitiriam tal lógica de despenalização, caso contrário seria possível identificar contradições e incongruências no sistema penal (ALVES-MARREIROS, 2017).

Numa segunda perspectiva, é plenamente possível aplicar o ANPP nos casos oriundos da justiça militar, logo, o silêncio legislativo identificado na Lei Federal nº 13.964/19 não ensejaria em ato impeditivo para tanto. Afirma-se isto com base na interpretação do § 2º do artigo 28-A do CPP, que elenca o que os doutrinadores dessa perspectiva consideram como rol taxativo de hipóteses de vedação à aplicação do Acordo de Não Persecução Penal.

Nessa lógica quando o legislador decide proibir um ato, o faz expressamente, como quando por força da Lei Federal nº 9.839/99, a Lei Federal nº 9.099/95 passa a prever em seu artigo 90-A a vedação da aplicação dos benefícios da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da justiça militar, note-se que até então era plenamente possível aplicá-la por ausência de vedação expressa.

Para os adeptos dessa corrente, o principal argumento vincula-se a não violabilidade do princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, I). Ofertando-se as mesmas condições processuais para a aplicação ao caso concreto, observando que a possibilidade de enfretamento distinto de um mesmo crime, nas mesmas condições

fáticas poderia gerar contradições irremediáveis ao *status libertatis* do indivíduo (ASSIS, 2020). Compreendendo inclusive as condições e obrigações próprias aplicadas aos militares. Todavia, entra em cena um direito humano fundamental, o da liberdade, essência e sentido da existência humana.

Além da questão constitucional, observa-se a necessidade no âmbito do processo da utilização de medida mais benéfica ao réu, sendo a possibilidade de utilização da ANPP caracterizada como tal. Na mesma vertente ocorreu com a adoção do entendimento jurisprudencial da postergação do depoimento enquanto etapa posterior no processo quando do julgamento do HC 127900/AM, em 03 de março de 2016, em decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, visando o favorecimento da efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, na condição de garantias constitucionais.

Observe-se que o próprio Código de Processo Penal Militar por meio de seu artigo 3º, “a”, estabelece a possibilidade de utilização de forma subsidiária de matéria oriunda do processo penal comum em casos de lacunas, desde que respeitadas quatro condições basilares: **a)** ausência de previsão no CPPM; **b)** não vedação legislativa; **c)** possível aplicabilidade a casuística concreta; e **d)** o afastamento da possibilidade do uso da regra do processo penal comum desvirtuar os princípios e a essência do processo penal militar. Logo, não se enxerga a luz da interpretação dos membros que se filiam a essa corrente, quaisquer elementos que impeçam a utilização do ANPP nos casos enfrentados na justiça castrense.

Por fim, existe ainda uma terceira corrente interpretativa, segundo a qual, a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no curso da análise de atos pela justiça militar deve observar a natureza do crime militar, se próprio ou impróprio, conforme tratado por Hoffmann e Barbosa (2018), ainda deve-se analisar a intensidade da violação da hierarquia e disciplina, tidas como base essencial do processo penal militar. Tal corrente defende ainda que no caso de crimes militares impróprios não haveria uma violação a índole, hierarquia e disciplina, nem mesmo a essência do processo penal militar.

Estando expostos os argumentos e perspectivas, o desafio central enfrentado neste trabalho caracteriza-se na compreensão de quais elementos são norteadores, à luz da hermenêutica para delimitar qual dessas perspectivas elenca aspectos suficientes para compreensão sobre a aplicabilidade ou não do ANPP no âmbito da justiça militar. Resta o silêncio legislativo enquanto fomentador de contradições.

Todavia, para além da lacuna, faz-se necessário evidenciar que a clarificação para tal questão de forma definitiva apenas se faz possível com o efetivo enfrentamento pelo Estado brasileiro a tal questão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme fora exposto anteriormente, a temática tratada é de notável valor, isto porque o dissenso doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto acarreta insegurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que dificulta e impossibilita a padronização do Acordo de Não Persecução Penal, em âmbito federal e estadual.

Assim, considerando os posicionamentos abordados acerca do cabimento do ANPP perante a Justiça Militar, percebe-se a presença de três correntes destoantes, que se posicionam contrária – levando em consideração o princípio da legalidade – e favoravelmente – pautando-se, basicamente, na não vedação do CPP (em seu artigo 28-A, §2º), após o advento do Pacote Anticrime, bem como na análise da intensidade da infração penal à hierarquia e à disciplina, basilares do processo penal militar – ao assunto estudado.

Nesse sentido, defender a impossibilidade do ANPP na Justiça castrense, baseando-se em uma análise absolutamente restrita ao princípio da legalidade, mostra ser uma corrente contrária aos anseios do legislador pátrio, uma vez que deixou de expor tal situação no CPP, com o advento do Pacote Anticrime. Da mesma forma, restringir a aplicação do citado instituto despenalizador apenas aos crimes militares impróprios (não elencados no CPPM), seria ir de encontro ao princípio da isonomia, resguardado pela Constituição Federal.

Por estes motivos, faz-se necessário ressaltar o entendimento adotado pela segunda corrente, levando em consideração que o CPP comum vigente, ao constar um rol exaustivo sobre as hipóteses de não cabimento do ANPP, nada expôs acerca deste em face de crimes sujeitos à Justiça Militar. Além disso, nota-se que, quando o legislador decide proibir um ato, o faz de forma explícita, como ocorreu com a promulgação da Lei Federal nº 9.839/99, que alterou a Lei Federal nº 9.099/95 (em seu artigo 90-A), prevendo a vedação da aplicação dos benefícios da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Militar, situação que, até então, era plenamente possível aplicá-la, por ausência de vedação expressa.

Para além, destaca-se a não violabilidade ao princípio constitucional da isonomia, pois deixar de permitir a pactuação do ANPP aos crimes militares fere o tratamento isonômico entre os autores sujeitos à Justiça comum e especial (militar), tendo em vista que o fato de um delito ser praticado, no mesmo contexto fático, permitirá a adoção de soluções diversas; sendo uma medida mais prejudicial ao réu sujeito à jurisdição castrense. Ademais, cumpre salientar que o próprio CPPM (em seu artigo 3º, “a”), havendo lacunas, estabelece a possibilidade de utilização de forma subsidiária de matéria oriunda do processo penal comum.

Portanto, compreender o âmbito de aplicabilidade do ANPP é de suma importância, pois visa preservar o direito fundamental à liberdade, através do atendimento ao princípio da isonomia, garantido pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Consenso à brasileira: Exame da justiça consensual criminal sob perspectiva antropológica. **Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 7, n. 3, p. 731-765. 2013.
- ALVES, Rogério Pacheco. **A Transação Penal como Ato da Denominada Jurisdição Voluntária**. Revista da EMERJ, v. 4, n. 13, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista13/revisita13_157.pdf. Acesso em 15 jun. 2021.
- ALVES-MARREIROS, Adriano. **Da impossibilidade de usar a autocomposição no Direito Penal e Processo Penal Militares**. In. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, vol. 1, nº 2. Jul/Dez, 2017. Disponível em: <https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/18/42>. Acesso em 10 fev 2021.
- ARANTES, Francine Nunes. **Justiça consensual e eficiência do processo penal**. Tese (Doutorado). Universidade de Lisboa. 2016. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/26360>. Acesso em 10 set. 2021.
- ASSIS, Jorge Cesar de. **O acordo de não persecução penal e o Ministério Público Militar**. Jusbrasil. 2020. Disponível: <https://j1c2a3.jusbrasil.com.br/artigos/769604349/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-ministerio-publico-militar>. Acesso em 10 fev 2021.
- AVENA, Noberto. **PROCESSO PENAL**. 12ª Ed., rev., atual., amp., Editora Método: São Paulo/SP, 2020.
- BRASIL. **Lei Federal nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 10 fev 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em 10 fev 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 25 jan 2021.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de Funcionalidade e Garantismo. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em 14 mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DE LIMA, Renato Brasileiro. MANUAL DE PROCESSO PENAL. Volume único. 8^a Ed. rev., atual., amp. Editora JusPodivm: Salvador/BA, 2020.

FERNANDES, Fernando. O Processo Penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. *Poder y control*, v. 10, 1986.

HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. Investigações e competência de crimes militares. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Org.). **Temas Avançados de Polícia Judiciária.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LAMAS, Fernando Itaborahy Ferraz Ramiro. **Responsabilidade civil ex delicto no âmbito dos Juizados Especiais.** Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal de Ouro Preto. 2019. Disponível em: <https://www.monografias.ufop.br/handle/35400000/2352?locale=en>. Acesso em 21 jan. 2022.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro.** Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo. 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em 21 jan. 2022.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal.** Del Rey Editora, 2013.

LIMA, Maurício Cerqueira. **O Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Militar.** Belo Horizonte: Observatório da Justiça Militar, 2020, disponível no link: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single->

post/2020/03/24/O-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-no-%C3%A2mbito-da-Justi%C3%A7a-Militar. Acesso em 10 fev 2021.

MAGALHÃES, Giovana Farias Fernandes. **Transação penal: uma análise crítica à luz da instrumentalidade garantista do processo penal.** Monografia (Graduação em Direito). Universidade de Brasília. 2018. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/23738/1/2018_GiovanaFariasFernandesMagalhaes_tcc.pdf. Acesso em 10 fev. 2021.

SOARES, Fabiana de Souza Azevedo. **A propositura da suspensão condicional do processo no âmbito do Processo Penal.** 2017. 68 f. TCC (Graduação em Direito). Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127900/AM.** Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016 (Info 816). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15335153053&ext=.pdf>. Acesso em: 10 fev 2021.

ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. **Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana.** ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI UFU, v. 21, p. 7112-7143, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f>. Acesso em 11 fev. 2022.

CAPÍTULO VI

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA DE TRANSFORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-6

Ana Paula de Souza Sena

(advanasena@gmail.com)

ORCID – 0000-0002-5891-832X

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – CCJS/UFCG

Graduada em Direito pela UFCG - Advogada

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Bruna Moreira de Oliveira

(bruna_moreira@live.com)

ORCID – 0000-0001-6238-2057

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – CCJS/UFCG

Graduada em Direito pela UFCG - Advogada

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Kalliene Lira Tavares de Sousa

(kalliene.lts@gmail.com)

ORCID – 0000-0003-2108-1631

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – CCJS/UFCG

Graduada em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

William Marques Estrela

(williammarques13@gmail.com)

ORCID – 0000-0002-4247-1404

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – CCJS/UFCG

Graduado em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

RESUMO

A justiça restaurativa é um meio de resolução consensual de conflitos, onde se busca reduzir os danos sociais e emocionais advindos da conduta criminosa, através de uma reaproximação entre vítima e autor do fato, aliado à celeridade processual, tendo em vista que a investigação muitas vezes finda-se na fase pré-processual, o que acontece, por exemplo, quando se firma acordo de não persecução penal ou autocomposição. O presente trabalho discute a justiça restaurativa criminal como ferramenta de transformação do processo penal brasileiro, com ênfase na problemática da refuta à solução consensual do conflito e busca pela punição penal através de pena privativa de liberdade. Justifica-se esta discussão na urgência de se discutir a justiça restaurativa sem preconceitos e verificar os impactos da utilização deste meio de solução de conflitos, a níveis legais e sociais. Objetiva-se conhecer o instituto, sua atuação e contribuição social e, especificamente, investigar suas bases históricas e culturais, de forma a compreender como o uso do método favorece sociedade, vítima e autor do fato, identificando, por fim, quais os desafios encontrados na aplicação do instituto. Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se o método indutivo para condução da lógica do texto, a pesquisa básica, com tipo bibliográfico, desenvolvida com base na literatura precedente. A abordagem do problema é qualitativa e sua finalidade, exploratória. Os meios são bibliográficos, encontrados principalmente em fontes terciárias, isto é, livros e artigos científicos. A partir da pesquisa, conclui-se que há compatibilidade entre a justiça restaurativa e os ditames impostos pelo legislador pátrio ao conceber as normas referentes à repressão criminosa em associação aos Direitos Humanos. Outrossim, verificou-se que o incentivo e a expansão da utilização da justiça restaurativa, a ponto de ser a regra, seria capaz de transformar o direito penal pátrio, do ponto de vista social e punitivo, através da reparação efetiva à vítima e da preservação de direitos humanos.

Palavras-chave: justiça restaurativa; processo penal; direitos humanos

1. INTRODUÇÃO

Aos operadores do Direito, é comum se deparar com institutos antiquíssimos que volta e meia despontam como congruentes com a situação atual. Essa aptidão levanta a dúvida de serem universais, ou se apenas seriam o modelo certo a ser seguido pelo Direito Penal.

A título de exemplo se tem a justiça restaurativa, termo criado para denominar a justiça baseada no reequilíbrio entre os polos gerados pelo crime, facilitando uma reaproximação entre vítima e réu, buscando reduzir os danos sociais e emocionais advindos da conduta criminosa. Essa proposição é defendida por parte dos catedráticos do Direito como uma maneira de humanizar o processo punitivo.

Os objetivos do presente trabalho são, em geral, o de conhecer esse instituto, sua atuação e contribuição social, e em específicos são investigar suas bases históricas e culturais, compreender de que forma favoreceria a sociedade, a vítima e o réu, e, por fim, identificar quais os desafios encontrados para aplicação deste princípio.

A problemática que engloba a discussão reside na resistência até mesmo ao debate da justiça restaurativa criminal. Em um país em que a população clama por punições mais duras e desumanas, execrando conquistas dos que militam em Direitos Humanos, ameaçando a própria ideologia libertária da Democracia, pode parecer realmente chocante a proposição desse processo conciliatório, e ser considerado até vexatório às vítimas, que teriam que ter contato com seus pretensos agressores novamente.

Dessa forma, o objeto da celeuma é justamente este, a negativa categórica até mesmo da consideração dessa estratégia, sendo que a utilizada atualmente não funciona de maneira a entregar resultados precisos e constantes. E a refuta parte especialmente dos que deviam ter mais esclarecimento sobre o sucateamento do complexo penal vigente: os juristas.

É nessa esteira que a justificativa se insere: o trabalho nasce da urgência de trazer à baila estes questionamentos, sem preconceitos estabelecidos que possam turbar a claridade da controvérsia. E verificar de perto os impactos dessa possibilidade, a níveis legais, sociais e para o caso concreto, na delicada relação dos sujeitos passivo e ativo do crime.

A metodologia ora utilizada será variada na busca da consecução dos objetivos. A condução da lógica do texto é indutiva e a pesquisa pode ser definida como básica, com tipo bibliográfica, desenvolvida com base na literatura precedente. A abordagem do problema será qualitativa, e sua finalidade será exploratória. Os meios também serão bibliográficos, observando o estado da arte encontrado principalmente em fontes terciárias, quais sejam, livros e artigos científicos. Por conseguinte, algumas ponderações precisam ser tecidas para inteireza do assunto e uma melhor compreensão de seus vieses históricos e conceituais.

2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A justiça restaurativa remonta os tempos das sociedades chamadas comunais, isto é, pré-estatais europeias e coletividades nativas, as quais privilegiavam os interesses coletivos do grupo social, com reações orientadas para o restabelecimento do equilíbrio e busca de solução ágil para o problema causado pela transgressão das regras. (JACCOUD, 2005).

Segundo Myléne Jaccoud (2005, p.164):

Os vestígios destas práticas restaurativas, reintegradoras, negociáveis se encontram em muitos códigos decretados antes da primeira era cristã. Por exemplo, o código de Hammurabi (1700 a.C) e de Lipit-Ishtar (1875 a.C) prescreviam medidas de restituição para os crimes contra os bens. O código sumeriano (2050 a.C) e o de Eshunna (1700a.C) previam a restituição nos casos de crimes de violência (apud Van Ness e Strong, 1997). Elas podem ser observadas também entre os povos colonizados da África, da Nova Zelândia, da Áustria, da América do Norte e do Sul, bem como entre as sociedades pré-estatais da Europa.

Nota-se que a justiça restaurativa, nos tempos mencionados alhures, protegia a harmonia social, através do reequilíbrio das relações sociais entre as partes envolvidas nos fatos. Com a modernização e o nascimento do Estado, no entanto, ocorreu o afastamento da vítima da resolução do processo criminal, o qual passou a privilegiar o caráter punitivo da sanção penal.

O movimento vitimista, advindo da evolução das teorias criminológicas, inspirou a oficialização da justiça restaurativa, que se baseia na noção de comunidade das sociedades tradicionais, onde a negociação se sobrepõe às demais formas de resolução de conflitos, a exemplo da punição.

A expressão “justiça restaurativa” surgiu pela primeira vez em um artigo de Albert Eglash, denominado “Beyond Restitution: Creative Restitution”, publicado na

obra “Restitution on Criminal Justice” de Joe Hudson e Burt Gallaway. Segundo Eglash, ao crime poderiam ser dadas três respostas, a saber, a retributiva, a distributiva e a restaurativa. Enquanto a resposta retributiva focava na punição, a distributiva objetivava a reeducação e a restaurativa se baseava na reparação (PINTO, 2010, p. 3).

Ao tratar sobre a justiça restaurativa, Thiago Palaro Di Pietro (2014, p.5) aduz que:

A Justiça Restaurativa constitui um meio alternativo de aplicação do processo penal que se opõe ao sistema jurídico-penal tradicionalmente retributivo. Seus fundamentos desenvolveram-se através das mais variadas correntes criminológicas em conjunto com a inspiração de meios informais de justiça de comunidades primitivas, atuando como instrumentos de aplicação de justiça de grande valia para proporcionar a paz social.

Observa-se que, ao contrário da justiça punitiva, a justiça restaurativa é fruto da evolução de estudos da ciência criminológica, possuindo como objetivo primordial alcançar a paz social, através da prevenção geral obtida a partir do diálogo efetivo entre réu e vítima. Possui, pois, um viés voltado à resolução de conflitos de forma negocial, com soluções mais adequadas e efetivas contra o crime.

Segundo Paul Mccold e Ted Wachtel (2003, p. 1):

La justicia restaurativa surgió en la década de los años 70 como una forma de mediación entre víctimas y delincuentes y en la década de los años 90 amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las víctimas y los delincuentes en procedimientos de colaboración denominados “reuniones de restauración” y “círculos”. Este nuevo enfoque en el proceso de subsanación para las personas afectadas por un delito y la obtención de control personal asociado parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes.

As ideias dispostas acima revelam o caráter consensual das práticas oriundas da justiça restaurativa, destacando-se a negociação e a mediação como formas de potencializar a coesão social nas sociedades. A atuação da vítima e do autor do fato na justiça transformadora amplia a possibilidade de resolução efetiva e benéfica do conflito.

Paul Mccold e Ted Wachtel (2003, p. 1) ao criarem a teoria de justiça restaurativa dividiram-na em três estruturas: a janela de disciplina social, o papel das partes interessadas e a tipologia das práticas restaurativas. Ao dispor sobre o estudo de Paul Mccold e Ted Wachtel, Damásio de Jesus (2008, p. 16), conclui que:

[...] na esteira dos autores acima citados: ‘A justiça requer que o dano seja reparado ao máximo. [...] A justiça restaurativa é conseguida idealmente

através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão. A teoria conceitual apresentada possibilita uma resposta abrangente que explica o como, o por quê e o quem do paradigma da justiça restaurativa. A Janela de Disciplina Social explica como o conflito pode se transformar em cooperação. A Estrutura de Papéis das Partes Interessadas Principais mostra que para reparar os danos aos sentimentos e relações requer o fortalecimento das partes interessadas principais, afetadas de forma mais direta. A Tipologia das Práticas Restaurativas explica porque a participação da vítima, do transgressor e das comunidades é necessária à reparação do dano causado pelo ato criminoso’.

Verifica-se, portanto, que a justiça restaurativa, nos moldes da teoria de McCold e Wachtel (2003), objetiva a redução da criminalidade associada à redução, sobretudo emocional, dos impactos dos delitos causados nos cidadãos. Não exclui o caráter punitivo-retributivo da sanção, mas sim complementa-o.

No Brasil, a justiça restaurativa está em expansão. Em vários diplomas normativos tem-se a presença de institutos da justiça reparadora. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), por exemplo, em seu art. 126, previu a remissão aos adolescentes que pratiquem atos infracionais análogos a crimes, possibilitando a exclusão, suspensão ou extinção do processo, sem aplicação de medidas socioeducativas.

A Lei nº 9.099/95 é, atualmente, o diploma normativo com maior previsão de práticas resolutivas no processo penal. Segundo Damásio de Jesus (2008, p. 22), a Lei dos Juizados Especiais “adotou como princípio fundamental a busca da aplicação de medidas alternativas, mediante consenso entre os principais envolvidos (vítima e autor do fato)”.

O rito procedural estabelecido pela norma recém citada para os processos que apuram crimes de menor potencial ofensivo inclui a realização de audiência preliminar à própria persecução penal – iniciada com a denúncia – viabilizando a realização de transação penal, composição civil e suspensão condicional do processo, institutos que permitem a exclusão do crime mediante o cumprimento de determinados requisitos pelo autor do fato.

O Código Penal, por sua vez, criou as chamadas penas restritivas de direito para substituir penas privativas de liberdade em casos determinados na legislação (CP, arts. 45 a 48). As modalidades de pena restritiva de direito são prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Tais espécies de pena ratificam o caráter despenalizador do instituto.

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, inseriu na legislação pátria o Acordo de Não Persecução Penal, medida despenalizadora aplicável a crimes de médio potencial ofensivo, desde que previsto nas hipóteses legais do art. 28-A, do CPP e mediante o cumprimento de condições, a revelar a evolução da justiça restaurativa no país.

A aplicação dos ditames da justiça restaurativa deve ser vista como mais do que instrumento de alívio dos tribunais ou mero paliativo para a crise do sistema de justiça (SICA, 2009, p. 434). Ao contrário, deve ser vislumbrada sob o aspecto democrático de busca pela paz social, como nova forma de regulação social, capaz de inaugurar um novo paradigma de justiça.

3. A DECADÊNCIA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O direito processual penal, por sua vez, não vem contribuindo efetivamente para a real punição e ressocialização dos apenados, haja vista as crises setoriais no sistema que termina por não observar os princípios e garantias fundamentais às partes, sobretudo no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, os princípios da proporcionalidade e adequação, além da razoabilidade.

Um dos problemas setoriais no sistema processual penal funda-se na crise para a defesa e abundância para a acusação. Partindo-se de tal premissa tem-se a dificuldade de defender direitos e garantias em tempos de discursos autoritários que primam sempre pela violência estatal em relação ao poder punitivo.

Sabe-se que a legislação processual penal se deu há mais de quatro décadas de antecedência da atual norma Constitucional, o que, por óbvio, justifica-se tanta incompatibilidade dos textos. E o que mais preocupa a sociedade é o simples fato de passados todos esses anos do advento da nossa Constituição permanecemos com o mesmo Código de Processo Penal (OLIVEIRA, 2016).

Existe um grande retrocesso na área processual penal, prejudicando principalmente aqueles que cometem infrações. A defesa dos direitos é prioridade na Constituição Federal, a qual deve ser respeitada e cumprida especialmente em nossos tribunais.

O Código de Processo Penal possui uma grande caminhada para que seja revisado de acordo com a norma constitucional, amenizando a crise quanto a defesa

do réu, a fim de que seja, ao menos, compatível com os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

Outro caminho para o aperfeiçoamento do sistema processual seria a possibilidade de trazer a justiça restaurativa dentro da norma, colocando o réu e a vítima juntos em audiência, considerando o tipo de delito, para que exista a oportunidade da reparação pelo ofensor, superando o problema.

A política restaurativa possibilitaria a compreensão da sociedade das causas do crime, para que se possa trabalhar na prevenção da criminalidade, trazendo, consequentemente, o bem-estar de todos (BEZERRA, 2017).

O Projeto de Lei 2.976, de 2019, apensado ao de nº 9.054/17, disciplina a justiça restaurativa e suas práticas, objetivando, nas disposições gerais, aplica a mesma nas situações de conflito e violência que acarretem dano concreto ou abstrato no curso do inquérito processual, investigação criminal ou outra fase pré-processual, do processo penal e da execução da pena.

Conforme o texto do PL, as práticas da referida política terão como foco a satisfação de todos os envolvidos, a responsabilização das pessoas que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o fortalecimento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano (ALESSANDRA, 2019).

Importante mencionar a Resolução nº 225, de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe exatamente sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa, isso no âmbito do Poder Judiciário, a qual disciplina normas inerentes à possível implementação da política em discussão.

Conforme referida Resolução, tem-se que a justiça restaurativa corresponde a um conjunto de princípios, métodos e técnicas para uma nova forma de conciliação na sistemática processual penal, e de forma bastante positiva.

O método corresponde a participação do ofensor e da vítima, da colaboração de suas famílias, além dos demais envolvidos no evento. A busca conciliatória para fins de reparação do dano é voluntária, coordenada pelos facilitadores da política, agentes capacitados em técnicas auto compositivas e consensuais.

A política da justiça restaurativa contribuiria muito para minimizar a crise do direito processual penal, precisamente na deficiente esfera da defesa, dente outras medidas ineficazes para persecução punitiva.

Enaltece, na verdade, a diminuição da utilização da pena privativa de liberdade com a apresentação de medidas substitutivas ao cárcere enquanto pena,

assim como alternativas ao próprio sistema penal no que diz respeito a composição dos danos.

Importante mencionar que a política ressaltada para fins de minimizar a crise do direito processual penal restringe-se aos crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, e às infrações penais de menor potencial ofensivo. De todo jeito, o regramento da justiça restaurativa poderá ainda ser ampliado, de maneira mais significativa, avançando, portanto, na política minimalista e garantista que orienta a reforma processual penal já em andamento.

Acredita-se na possibilidade da justiça restaurativa no Brasil, embora o direito processual penal não venha contribuindo para tanto, haja vista as crises setoriais no sistema que termina por não observar os princípios e garantias fundamentais às partes, sobretudo no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, os princípios da proporcionalidade e adequação, além da razoabilidade.

4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA DE AUXÍLIO AO SISTEMA PENAL PÁTRIO

Haja vista os problemas citados no capítulo anterior, se torna cristalina a necessidade do debate acerca da melhoria do processo penal no Brasil. Surge, assim, a justiça restaurativa como forma de amenizar os problemas enfrentados, sobretudo no que diz respeito a ressocialização dos apenados no Brasil.

A justiça restaurativa, conforme definição legal contida na Resolução nº 225/16 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato

danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

As práticas restaurativas buscam no Brasil, portanto, compreender todos os aspectos que envolvem o crime e solucionar detidamente cada um desses problemas através do diálogo entre as partes envolvidas, bem como a sociedade, responsável pela formação das partes.

Um dos principais problemas que a justiça restaurativa busca resolver é o da ressocialização dos apenados, haja vista que o índice de reincidência criminal no Brasil é altíssimo.

De acordo com recente pesquisa do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 42,5% dos maiores de 18 anos reincidem em crimes após voltarem às ruas. Em alguns estados, como no Espírito Santo, esse número se torna ainda mais grave, tendo atingido 75% de reincidência em determinado período (BRASIL, 2020).

Com o alto número de pessoas reincidindo no crime e o progressivo aumento de pessoas entrando no mundo da delinquência criminal, surge um outro problema na base da crise penal: o alto número de encarcerados.

Conforme dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o Brasil mantinha em agosto de 2019 cerca de 773 mil pessoas encarceradas. Do total citado, cerca 33% diz respeito aos presos provisórios (BRASIL, 2020). É urgente, portanto, pensar outras formas alternativas de resolução desses conflitos que não seja a engessada e lenta via judicial convencional, que por diversas vezes torna complexa e ineficaz a pretensão punitiva do Estado.

O Estado Brasileiro tentou, através da criação das medidas alternativas -Lei Federal nº 9.099/95 – resolver o problema do encarceramento, entretanto, tais medidas não resolvem efetivamente o problema pois não ajudam na ressocialização. Os números apontados anteriormente no que diz respeito a reincidência criminal no Brasil confirmam isso. Conforme Zehr (2008, p. 62):

A busca de alternativas à privação de liberdade representa uma outra tentativa de remendar o paradigma. Ao invés de procurar alternativas à pena, o movimento em prol de alternativas oferece penas alternativas. Criando novas formas de punição menos dispendiosas e mais atraentes que a prisão, seus proponentes conseguem manter o paradigma em pé. Contudo, pelo fato de constituírem apenas outro epicílio, não questiona os pressupostos que reposam no fundamento da punição. E por isso não tem impacto sobre o problema em si – a superlotação carcerária –, problema para o qual pretendiam ser a solução.

O atual sistema penal e, sobretudo, o sistema carcerário no Brasil já se demonstrou falho no que diz respeito a ressocialização. A justiça restaurativa, por sua vez, demonstra ser capaz de diminuir o índice de reincidência criminal, sobretudo no que diz respeito aos crimes de menor complexidade.

No que diz respeito aos resultados da Justiça Restaurativa, Sica (2007) aponta:

O estudo mais relevante em relação ao impacto da Justiça Restaurativa na reincidência criminal foi produzido na Austrália e ficou conhecido como *Rise (Recidivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments)* (Sherman; Strang; Woods, 2000). Jovens envolvidos apenas em crimes violentos e cujos casos foram encaminhados ao projeto *Rise*, reincidiram 38% menos que o grupo de controle que praticou os mesmos crimes e foi submetido à justiça penal. O dado mais interessante da pesquisa foi que essa alta queda na reincidência só ocorreu especificamente nos crimes violentos, não sendo auferida, por exemplo, nos crimes de trânsito e outros.

No Brasil, apesar de ainda não haver pesquisas práticas acerca dos resultados da Justiça Restaurativa, já se observa que há um crescimento do seu uso e que os resultados são positivos, conforme informa periodicamente o CNJ e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgãos do poder judiciário responsáveis pela implementação da Justiça Restaurativa nos tribunais brasileiros:

Em funcionamento no Brasil há mais de dez anos, a Justiça restaurativa – técnica de solução de conflito e violência que se orienta pela criatividade e sensibilidade a partir da escuta dos ofensores e das vítimas – vem apresentando excelentes resultados em projetos implementados em vários estados. O sucesso de tais práticas aponta para a necessidade de capacitação dos operadores do direito sobre as características dessa ferramenta de resolução de conflitos, ampliando a Justiça restaurativa e aprofundando o papel do Judiciário na pacificação social (STJ, 2020).

É necessária uma melhor abordagem em relação a Justiça Restaurativa para que ela não seja mais uma ferramenta paliativa para a crise do sistema penal pátrio e possa, verdadeiramente, ajudar na reconstrução do atual sistema (SICA, 2007).

O principal obstáculo que a Justiça Restaurativa enfrenta no Brasil é o conservadorismo existente no poder judiciário. Os operadores do direito existentes nos tribunais são, em sua maioria, favoráveis aos métodos punitivos tradicionais em que o poder de decisão acerca dos fatos está vinculado à figura do juiz. (PELIZZOLI, 2014). Entretanto, as posições individuais dos que formam o poder judiciário não devem se sobrepor ao uso da técnica restaurativa, haja vista a importância que o método pode ter na reestruturação do sistema penal vigente no país.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este ensaio não se propõe a consumir toda a problemática, até porque remonta a discussões mais antigas e ainda mais abrangentes, inclusivas de multiplicidade de fatores psicossociais e legais necessitados de abordagens mais profundas.

No entanto, resta perceptível a compatibilidade da ideia da justiça restaurativa com os próprios ditames impostos pelo legislador pátrio ao conceber as normas referentes à repressão criminosa em associação aos Direitos Humanos: ao afastar todo o processo punitivo do réu da vítima, o sistema penal brasileiro acaba por esquecer que a justiça social é também composta pela busca do bem-estar do indivíduo.

A vítima se torna sujeito de direitos e não apenas um objeto onde recairá a ação criminosa. O Estado também não tem recursos para se colocar em um pedestal e assumir que suas decisões sempre serão compatíveis com o justo. Essa além de uma concepção errônea e perigosa para o bom funcionamento da máquina estatal ainda é um traço de arrogância derivado de longínquas tendências absolutistas.

A opinião do indivíduo que foi atingido já é ouvida com mais atenção em outras áreas do Direito, a exemplo do Direito Civil, em que as compensações do dano moral levam em consideração o foro íntimo e como (e quanto) a vítima aduz ser possível restituí-la. No Direito Penal, tão intrinsecamente voltada para as particularidades do fato e individualização da pena, parece estranho que a justiça restaurativa não seja uma óbvia ótica na qual os julgamentos devem desaguar.

Para isso deveriam ser derrubadas as barreiras, físicas e ideológicas que aprofundam o hiato entre o cidadão comum e o Judiciário. Entender as vítimas atravessaria conceber um senso crítico mais apurado baseado nas pessoas e suas experiências, e como estas transformam aquelas.

Destarte, conclui-se que, apesar de obrigar uma reforma parcial do microcosmos penal, o que poderia conduzir os Tribunais a um período de adequação considerável, estabelecer a justiça restaurativa como uma regra poderia carrear todo o futuro do universo penal para um novo patamar de sociabilidade e reparação efetiva, humanidade e respeito ao próximo, características encerradas no próprio conceito de civilidade.

REFERÊNCIAS

- ALESSANDRA, Karla. Relator quer incluir justiça restaurativa no código de processo penal. Câmara dos Deputados. Brasília, 18 set. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/587344-relator-quer-incluir-justica-restaurativa-no-codigo-de-processo-penal/>. Acesso em: 06, fevereiro, 2021.
- BEZERRA, Ryan Vasconcelos. Justiça restaurativa: um novo paradigma. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/justica-restaurativa-um-novo-paradigma/>. Acesso em: 05 fev. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 225 de 31/05/2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Reentrad as e reiterações infracionais**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. 64 p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentrad as-sistema.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Portal da Legislação. Brasília, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 fev. 2021.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Portal da Legislação. Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08 fev. 2021.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Portal da Legislação. Brasília, 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 08 fev. 2021.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Portal da Legislação. Brasília, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 08 fev. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Justiça restaurativa já tem resultados positivos e deve ser ampliada, afirma presidente do STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08092020-Justica-restaurativa-ja-tem-resultados-positivos-e-deve-ser-ampliada--afirma-presidente-do-STJ.aspx#:~:text>. Acesso em: 09 fev. 2021.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. JUSTIÇA RESTAURATIVA. Coletânea de Artigos. Organizadores: Catherine Slakmon, Renato Campos Pinto De Vitto e Renato Sócrates Gomes Pinto. 2005. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf#page=163>. Acesso em 07 fev. 2021.

JESUS, Damásio de. Justiça Restaurativa no Brasil. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: 2008. Disponível em: <<https://carceropolis.org.br/media/publicacoes/RevistaCNPCP21.pdf#page=17>>. Acesso em: 06 fev. 2021.

MCCOLD Paul; WACHTEL, Ted. En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa. Restorative Practices. EFORUM: 2003. International Institute for Restorative Practices. Disponível em: https://www.iirp.edu/pdf/paradigm_span.pdf. Acesso em: 07 fev. 2021.

NASCIMENTO, Luciano. Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado. Agência Brasil [online]. Brasília, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado>. Acesso em: 09 fev. 2021.

PIETRO, Thiago Palaro Di. A Possibilidade de Justiça Restaurativa nos Crimes de Colarinho Branco. Coimbra: 2014. (Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/28536/1/A%20possibilidade%20de%20justica%20restaurativa%20nos%20crimes%20de%20colarinho%20branco.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

OLIVEIRA, Daniel Kessler. O futuro do processo penal brasileiro. Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-futuro-do-processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 06 fev. 2021.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A Construção da Justiça Restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de justiça criminal. **Revista Paradigma**, ano XV n. 19. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/65/70>. Acesso em 05 fev. 2021.

SICA, Leonardo. Bases para o Modelo Brasileiro de Justiça Restaurativa. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 411-447. 2009. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/151/Bases%20para%20modelo%20brasileiro_Sica.pdf?sequence=1. Acesso em: 07 fev. 2021.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa: Críticas e Contra críticas. Revista Iob de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 158-189, dez. 2007.

Disponível em: https://stqadvogados.com.br/download/Justica-restaurativa_criticas-e-contracriticas.pdf. Acesso em: 09 fev. 2021.

PELIZZOLI, Marcelo L. A importância da Justiça Restaurativa: em direção à realização da justiça. *Cultura de Paz: gênero e diversidade*, Recife, p. 1-12, jan. 2014.

Disponível em:
https://www.ufpe.br/documents/623543/624496/A_import%C3%A2ncia_da_JR.pdf/c28920cd-8a67-4726-a4a4-58109ebd9f76. Acesso em: 09 fev. 2021.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 62.

CAPÍTULO VII

A CRISE DO PROCESSO PENAL EM MEIO AO CONFLITO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO E À SUBJETIVIDADE NA APLICAÇÃO DA NORMA

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-7

Guerrison Araújo Pereira de Andrade

(guerrisonpa@uol.com.br)

ORCID – 0000-0001-6989-5621

Professor Adjunto IV do CCJS/UFCG. Graduado em Direito pela UFPB

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA

Universidade Federal de Campina Grande

Deusimar Pires Ferreira

(piresdeusimar1@hotmail.com)

ORCID – 0000-0002-7125-5655

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Graduado em Direito pela UFCG. Licenciatura em Geografia pela UFPB. Advogado

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Gilson Marques Evangelista

(gilsonmarquesvangelista@gmail.com)

ORCID – 0000-0002-4459-0618

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Graduado em Direito pela UFCG. Advogado

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Romero Sá Sarmento Dantas de Abrantes

(romeroabrantes@gmail.com)

ORCID – 0000-0001-9838-7546

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Graduado em Direito pela UFCG. Advogado

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

RESUMO

Este artigo propõe-se a analisar como o modo de aplicação da norma processual penal e os acontecimentos políticos e jurídicos recentes, proporcionados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, têm sido fatores determinantes para a instauração de uma crise no Processo Penal. O objetivo é verificar a repercussão das investigações dos casos de corrupção aliadas ao debate político na esfera do Processo Penal – incluso o Processo Penal Constitucional – na crise do Processo Penal brasileiro, com os congressistas demandados pela população para tornar mais rigorosas as leis penais, ao mesmo tempo em que grassavam denúncias de abusos por parte do Ministério Público e do juiz da causa no processo denominado Lava Jato, inclusive com vazamento de conversas ilegalmente obtidas do aplicativo Telegram, que revelaram uma atuação do juiz e procuradores naquela investigação que violava as garantias dos réus e fulminava o princípio da paridade de armas. Além do que, o juiz Sérgio Moro era acusado de ter uma interpretação muito peculiar do Código do Processo Penal, notadamente quanto à prisão preventiva e a decretação da condução coercitiva dos investigados, sem uma anterior intimação para comparecimento. A justificativa se dá, exatamente, diante da constatação de um quadro político a um só tempo polarizado e acirrado, com a discussão de propostas de novas leis penais, com grupos políticos atuantes no Congresso se organizando para barrar, quando não pelo menos desfigurar as propostas em debate. A crise entre Poderes chegou ao Supremo tribunal Federal, no que concerne às escolhas dos nomes daqueles que teriam assento no Tribunal Constitucional, quando se buscava nomes de candidatos mais alinhados com o pensamento do Governo e governistas. Para alcançar tais objetivos, utilizou-se o estudo de bibliografias e de casos,

a partir da aplicação dos métodos bibliográfico, exploratório, investigativo e descriptivo. Observou-se que o Código de Processo Penal traz laços com o sistema inquisitório, enquanto que a Constituição Federal de 1988 se alinha, mais acentuadamente, com o sistema acusatório. Essa ausência de positivação de um único sistema processual penal, no Brasil, tem sido um fator determinante para que a aplicação da norma gere conflitos entre os Poderes e, também, agrave uma crise no Processo Penal. Com a positivação do sistema acusatório, através do artigo 3º-A da Lei nº 13.964/2019, as interpretações da norma processual penal, pelo Poder Judiciário, passarão a trazer mais aproximação com a Constituição Federal de 1988 e, consequentemente, as interpretações simpatizantes com o sistema inquisitório tendem a ser afastadas, amenizando a crise no Processo Penal e o conflito entre os Poderes. Ao final, se chegou ao resultado da constatação de que, de fato, existe uma crise no Processo Penal, fortemente influenciada pelo panorama político existente no País, devido a um conflito de interesses movido pela presença de inúmeros políticos integrantes do Congresso Nacional em investigações que apuram casos de corrupção na Administração Pública no âmbito federal, levando muitos daqueles parlamentares a um verdadeiro legislar em causa própria, na discussão da aprovação de novas leis penais. Esta crise está mais presente no Processo Penal Constitucional, tendo como pano de fundo, principalmente, a execução da pena antes do trânsito em julgado, e se a condenação provoca por si só a perda do mandato, ou cabe às mesas das Casas Legislativas a decisão de decretar ou não a perda do mandato eletivo.

Palavras-chave: conflito; poderes; sistema processual penal.

1. INTRODUÇÃO

Como o conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário, bem como a subjetiva aplicação da norma, a partir de uma ausência de afirmação de um único sistema processual penal, têm sido fatores determinantes para uma crise no Processo Penal, no Brasil?

É muito comum a leitura de pesquisas, dentro do cenário científico e acadêmico voltado ao Processo Penal, que apontam a defasagem das normas inseridas no Código de Processo Penal como fator determinante para uma crise no sistema processual. Nos últimos anos, o cenário político e jurídico tem revelado que a crise do Processo Penal pode ser reflexo de um conflito entre os Poderes, em especial o Legislativo e o Judiciário. Para isso, alguns acontecimentos no cenário nacional têm gerado respostas evidentes de que o Legislativo está desconfortável com a aplicação da norma processual penal e o Judiciário, na função de aplicador da norma, tem se utilizado da subjetividade interpretativa para atender interesses extrínsecos à Constituição Federal de 1988.

Na edição da Lei nº 13.964/2019, o Poder Legislativo, mediante redação do artigo 3º-A, impôs que o processo penal deve ter estrutura acusatória, portanto atribuindo ao Poder Judiciário a ideia de que a interpretação da norma deve ser voltada aos aspectos constitucionais, que mais se assimilam com o sistema acusatório e seus princípios. Esse conflito tem proporcionado não só uma crise no Processo Penal, mas também uma fragilidade das instituições, principalmente ao

Supremo Tribunal Federal, que tem sido protagonista de uma grave distorção na aplicação da norma processual penal, ao se deparar com dispositivos que se relacionam com o sistema inquisitorial (Código de Processo Penal) e com dispositivos voltados ao sistema acusatório (Constituição Federal de 1988).

O estudo da presente temática é importante para compreender a crise apresentada no Processo Penal no decorrer dos últimos anos. As normas processuais penais têm sofrido duras críticas por parte da mídia nacional e da sociedade de um modo geral, que têm se mobilizado a partir dos acontecimentos recentes no cenário político e jurídico. Com a atual situação de dúvida sobre a eficiência da norma processual penal, em suas atuais condições, é relevante compreender os fatores determinantes para essa crise.

Com a edição da Lei nº 13.964/2019, o Poder Legislativo inseriu o artigo 3º-A e, em seu conteúdo textual, impôs que os processos devem ter estrutura acusatória. A partir de então adveio a ideia de que a crise no Processo Penal pode estar associada não somente ao aspecto de defasagem do Código de Processo Penal, mas, também, pode estar associado a um conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário, a partir da forma com que os julgadores aplicam a norma.

Compreender essa relação e associá-la com os sistemas processuais penais pode ser algo determinante para o futuro do Processo Penal no Brasil, que tende a seguir o aspecto acusatório, se associando mais ainda com os princípios e regramentos inseridos na Constituição Federal de 1988.

Como objetivo geral pretende-se analisar como a subjetividade na aplicação da norma processual penal e o conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário têm sido fatores determinantes para a instauração de uma crise no Processo Penal brasileiro, considerando os acontecimentos recentes proporcionados pelo cenário político e jurídico. Assim, o presente trabalho tem como objetivos específicos: a) examinar os tipos de sistemas processuais penais; b) apontar os sistemas processuais penais inseridos no processo penal brasileiro; c) relacionar o conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário, com acontecimentos recentes no cenário político e jurídico do Brasil; e, e) apontar como o artigo 3º-A, da Lei nº 13.964/2019, se demonstra determinante para a imposição de um sistema processual penal e seus reflexos na aplicação da norma processual penal.

Para elaboração do trabalho científico serão consultadas várias fontes de conhecimento (livros, artigos e estudo de casos), com o intuito de oferecer suporte

teórico atual, prático e sintético sobre a temática, com uma pesquisa de referência bibliográfica, ou seja, por meio de dados secundários, que consiste no debate do assunto pesquisado.

A metodologia a ser utilizada consiste no método bibliográfico, exploratório, investigativo e descritivo, utilizando-se uma ampla pesquisa na doutrina, em dados, análise de fatos concretos que tratem sobre os sistemas processuais penais, a atuação dos Poderes, a aplicação e interpretação da norma e a inovação legislativa trazida com a Lei nº 13.964/2019, na finalidade de detalhar a temática apresentada. A utilização desta metodologia trará o resultado almejado, que é o de apresentar ao mundo jurídico acadêmico, um trabalho que discuta sobre a necessidade de compreensão da crise no Processo Penal em um sentido mais amplo, a partir dos acontecimentos recentes na história política e jurídica do Brasil.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENais: INQUISITÓRIO, ACUSATÓRIO E MISTO

Pode-se dizer que a palavra sistema, dentre suas inúmeras definições, significa um “conjunto de instituições econômicas, morais e políticas que os indivíduos se subordinam” (HOUAISS, 2001).

No âmbito jurídico, o sistema pode ser compreendido como um conjunto de normas reunidas por um elemento unificador, que deve estar vinculado aos valores da Constituição. Esse conjunto organizado e classificado de princípios e leis é o que rege a vida em sociedade e as relações dos homens entre si.

Rangel (2015, p.46) define o sistema como sendo “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.”

Na relação histórica entre as duras opressões com as mais amplas liberdades é natural que o Estado, ao se ver ameaçado pela criminalidade, se apropriasse do direito penal para estabelecer penas severas como forma de controle social, adotando princípios e normas que elege ser as mais adequadas para a sua aplicação. Nesse diapasão, quando se fala em sistemas processuais penais há uma divisão clássica destes nas seguintes formas: Inquisitório, Acusatório e Misto

2.1. SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema processual inquisitório foi moldado de acordo com a doutrinação política religiosa da época em que se deu o fim do Império Romano. Quando este Império não mais conseguiu impor seu domínio e seu vasto território foi dividido em várias comunidades políticas sucessoras, a Igreja Católica se apresentou como uma peça importante de dominação do poder sobre a população; nesse período, o direito romano passou a ter uma vinculação direta com a Igreja. Os grupos de comerciantes que viviam nos feudos passaram a constituir um novo grupo social, os burgos. Eles tinham um posicionamento contrário ao cristão, passando a serem vistos como inimigos das práticas tradicionais e do poder constituído. Diante da iminente ameaça ao seu poder, a Igreja decide confrontá-los, passando a utilizar um viés acusatório punitivo a todos contrários aos seus pensamentos. Com isso, o Processo Penal assume, então, características condenatórias por causa de seu controle católico; um reflexo dessa característica é a função dada ao juiz, que é de acusar e julgar.

Nesse sistema não existia a separação das partes do processo como conhecemos hoje; o juiz reúne as funções de acusar, julgar e defender o investigado, que se restringia a mero objeto do processo. O julgador, nesse caso, é o gestor das provas, aquele que produz e a conduz para confirmar o que pensa, o qual se utiliza principalmente da confissão do réu, obtida muitas vezes sob tortura ou outro meio cruel, para obter as respostas que lhe convir e assim garantir a condenação do objeto da relação processual.

O que se nota na estrutura inquisitória, portanto, é uma fusão das funções de acusador e julgador, com uma consequente confusão entre os que seriam métodos para acusar e métodos para julgar. O juiz, senhor da prova, sai em seu encalço guiado essencialmente pela visão que tem ou faz do fato, privilegiando-se o mecanismo “natural” do pensamento da civilização ocidental que é a lógica dedutiva, a qual deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão (COUTINHO, 2008, p. 12).

Ademais, nesse sistema o juiz mentaliza o que considera como sendo a linha de busca a ser traçada, ou, até mesmo, já decide em sua consciência qual destino deve tomar a persecução judicial, onde para legitimar seu encalço, sai em busca de

um arcabouço probatório que sirva como base para a implementação de suas premissas subjetivas.

2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

A origem do sistema acusatório remonta ao Direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil (LOPES JR., 2020).

Na atual sistemática processual e em referência ao sistema constitucional vigente, o Sistema Acusatório tem como características uma maior separação das atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser tomada pelas partes, afastando-se, assim, a atuação do Juiz, este que deve se manter, na relação processual, como um terceiro imparcial, totalmente alheio aos atos de investigação e passivo na coleta de provas. (LOPES JR., 2020). Ainda sobre as características do Sistema Acusatório, na condução do processo criminal deve-se observar o tratamento igualitário das partes, visando, neste ponto, a justa resolução da causa, sendo o procedimento predominantemente oral e público, na busca de privilegiar, sempre, o contraditório e a possibilidade de oposição pela defesa (LOPES JR., 2020).

Com as mencionadas características, o Sistema Acusatório traz às sentenças uma melhor aplicação do livre convencimento motivado do órgão jurisdicional, atendendo aos critérios de segurança jurídica e coisa julgada, possibilitando, por fim, a revisão das decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JR., 2020). Assim, pode-se compreender que esse sistema é chamado assim porque, à luz deste, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, assegurando ao acusado o contraditório e a ampla defesa, em um procedimento público e oral. Nesse sistema se presume a inocência do réu e, por esse fato, responde a acusação em liberdade. É típico de regimes democráticos, pois há paridade de armas, segundo o princípio da isonomia, havendo um órgão julgador imparcial e partes em igualdade de condições, uma acusatória e outra na linha defensiva, na produção de provas e resolução justa de um processo.

2.3. SISTEMA MISTO

Este sistema tem origem na Inquisição, que sucumbiu em suas próprias estruturas, pois era evidente a falha deste sistema altamente autoritário e

desumano, sem falar das injustiças cometidas no tramitar de “processos” que de nada tinham como objetivo a busca pela “verdade”, mas sim pela “punição rápida e efetiva”, demonstrando a suprema eficiência do Estado/Igreja na solução de “controvérsias hereges”.

Com a Revolução Francesa, os movimentos filosóficos da época acabaram por repercutir, também, na esfera do processo penal, retirando, aos poucos, características do modelo inquisitivo, em prol da valorização que passou a ser dada ao homem. Esse momento coincidiu com a adoção dos Júris Populares, dando início à passagem para o sistema processual penal misto, que tem como característica básica, a sua divisão de fases. Uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório, sendo o procedimento preliminar secreto, escrito, sem contraditório e ampla defesa; e a fase judicial, oral, pública, com todos os atos praticados em audiência, sendo garantidos, ao acusado, os direitos de contraditório e ampla defesa.

Lopes Junior (2020), no entanto, critica a classificação do sistema como misto, considerando ser insuficiente e redundante, uma vez que “não existem mais sistemas puros, todos são mistos.”. Para o autor, é preciso localizar “o princípio informador de cada sistema”, seu núcleo, que, então, fará um sistema ser ou inquisitivo ou acusatório. Assim sendo, como os sistemas são regidos a partir de princípios que os norteiam, não é crível se pensar em princípios mistos; por conseguinte, não poderia ter um sistema classificado como misto, pois o princípio unificador de sua essência seria puramente inquisitório ou acusatório. Misto, nesse sentido, seria apenas a referência dos elementos secundários trazidos de um sistema para o outro.

2.4. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO PELO BRASIL

A maior parcela da doutrina processualista penal brasileira indica que o nosso sistema processual é o acusatório. Essa corrente parte do pressuposto básico de que a Constituição Federal de 1988 fez sua escolha, mas de forma implícita, quando separa as funções de julgar e acusar, além de estabelecer expressamente as garantias processuais típicas de um sistema acusatório. No entanto, muito embora a nossa carta Magna de 1988 tenha incorporado regras pertinentes ao sistema acusatório, o direito brasileiro, segundo Avena (2015), agasalhou resquícios do

sistema inquisitivo na legislação infraconstitucional, como a produção de provas *ex officio* pelo juiz, a exemplo do artigo 156 do Código de Processo Penal, que se apresenta para alguns em inconformidade ao sistema acusatório, pois quando o julgador pede a produção de provas, os princípios da imparcialidade do juiz e da presunção de inocência estariam sendo feridos. Isto se deve ao fato de que permite ao magistrado assumir a figura de um inquisidor, de um investigador, característica do sistema inquisitivo.

De outra banda, há quem defenda que o juiz, no processo penal, deve seguir o princípio da verdade real, logo ele não precisa se contentar com as provas apresentadas pelas partes e, por essa razão, não há o que se falar em inconformidade do artigo 156 do CPP à Constituição Federal.

Ainda no encalce desse discursão, Nucci (2020) alega que a existência do inquérito policial na fase pré-processual já seria, por si só, um indicativo de um sistema misto. A crítica apontada à posição de Nucci, em considerar o sistema penal brasileiro como misto, por pensar no inquérito policial como fase processual é absolutamente insuficiente, pois a definição de um sistema processual há que se limitar ao exame do processo, e inquérito policial não é processo. Segundo Oliveira (2015, p. 14):

Não é porque o inquérito policial acompanha a denúncia e segue anexado à ação penal que se pode concluir pela violação da imparcialidade do julgador ou pela violação ao devido processo legal. É para isso que se exige, também, que toda decisão judicial seja necessariamente fundamentada (art. 93, IX, CF). Decisão sem fundamentação racional ou com fundamento em prova constante unicamente do inquérito é radicalmente nula.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal se manifestou, apresentando uma linha acusatória do sistema processual penal brasileiro, no HC 84580 SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em julgado de 25.08.2009, em relação à obrigatoriedade de o Ministério Público apresentar denúncia apta:

O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro [...] repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. **A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA.** [...] - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável

que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente (STF, 2009).

A recente lei 13.964 – Lei Anticrime, que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, trouxe explicitamente dispositivos principiológicos sobre o sistema acusatório disposto no artigo 3º-A, quando se observa a enunciação do princípio acusatório, deixando claro a intenção do legislador de que o processo penal terá estrutura acusatória, na qual será vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Assim, muito embora, com aparência da prevalência de características de sistema processual penal inquisitivo dispostos no Código de Processo Penal de 1941, a lei anticrime de 2020, com sua expressa determinação, deixou evidenciado que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório. Nesse sentido, não podemos fazer uma leitura das normas dispostas no CPP desassociando-as com que está disposto na Constituição Federal/88.

3. O CONFLITO ENTRE PODERES DA REPÚBLICA

Lenza (2017) ao falar sobre separação e harmonia entre poderes entende que o seu objetivo é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência absolutista do exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. Entretanto, a harmonia entre os Poderes da República vem sofrendo abalos, tanto que, na seara do Processo Penal, objeto deste estudo, tem havido alguns conflitos entre os Poderes Judiciário e Legislativo, e intervenções do Supremo Tribunal Federal – STF no Congresso Nacional.

E não se diga que o Congresso Nacional não tem sua parcela de culpa, pois parlamentares e partidos têm acionado com frequência o Tribunal Constitucional, para decidir sobre questões *interna corporis*, que poderiam ser resolvidas pelo Regimento Interno e as Mesas Diretoras das duas casas legislativas.

Moraes (2018, p.586) afirma que “não há, pois, qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como requisito *sine qua non* para a existência de um Estado Democrático de Direito”.

Antes de se falar no Processo Penal, há que se falar no Processo Penal Constitucional, na medida em que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 trouxe

inúmeros dispositivos que tratam das garantias do cidadão nas esferas penal e processual penal. Sobre essas garantias, Choukr (2001, p.18) escreveu que “não se pode deixar de considerar que o discurso das garantias individuais impostas perante um poder soberano identificável é próprio do surgimento daquilo que se convencionou chamar de Estado Moderno.”

O processo penal no Brasil vem passando por uma crise, que está, em parte, na origem do conflito entre o Legislativo e o Judiciário. Com a escalada nas investigações dos crimes de corrupção, muitos parlamentares passaram a responder a processos criminais. E no encontro entre o Direito Processual Penal e o Direito Constitucional, os conflitos vieram à tona.

Sobre essa crise, CHOUK (2001, p.18-19) diz que existe um *sucateamento legislativo* do processo penal, como se infere a seguir:

Cabe aqui uma palavra sobre o reiterado emprego do vocábulo crise – observável em todos os ramos da vida nacional. Cuida-se muito dele quando se fala em economia, saúde, educação e, por certo, justiça. No sentido usado, crise lembra muito o sentido que lhe dá a medicina, algo, sobretudo, orgânico. Nesse caminho, o corpo “poder judiciário”, composto por órgãos que “administram a justiça”, apresenta-se num momento de disfunção, levando a um colapso do sistema.

Dois acontecimentos no campo do processo penal, relativos a parlamentares no pleno exercício do mandato que lhes conferiu o voto popular, e respondendo a ações penais no Supremo Tribunal Federal, causaram o temor de uma crise institucional.

3.1. A PRISÃO DO SENADOR DELCÍDIO AMARAL

A prisão do senador Delcídio Amaral, pela Polícia Federal, envolveu a delação de Nestor Cerveró, no âmbito da Operação Lava Jato. O filho do delator, Bernardo Cerveró, fez uma gravação ambiental de uma conversa com o senador. Com base no teor da conversa, o Procurador Geral da República pediu a prisão preventiva do senador.

A Constituição Federal prevê, no artigo 53, §2º que, desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante delito de crime inafiançável. Para decretar a prisão preventiva do Senador Delcídio, o Ministro Teori Zavascki considerou que o parlamentar fazia parte de uma organização criminosa – crime permanente – e, portanto, em estado de flagrância. Nessa gravação, o senador envolveu ministros do Supremo Tribunal Federal em suposto esquema para obter liberdade para Nestor Cerveró, que estava preso

preventivamente. A menção a ministros do STF seria o motivo para a retaliação da parte de Teori Zavascki, que fez interpretações tortuosas da Constituição e do Código de Processo Penal, para justificar a decretação da prisão do parlamentar, em pleno exercício do seu mandato.

No enxergar de LENZA (2017, p. 584) sobre a prisão processual de parlamentares federais:

Estamos diante daquilo que o Min. Celso de Mello denominou “estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (*freedom from arrest*)”, que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: **situação de flagrância em crime inafiançável**.

O fundamento, o artigo 324, inciso IV do Código de Processo Penal, não permite concessão de fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva. O crime de organização criminosa não é inafiançável, mas é crime permanente, caracterizando o estado de flagrância. Estando em flagrância e havendo dispositivo no CPP que veda concessão de fiança em casos que justifiquem a decretação da prisão preventiva, o Ministro Teori Zavascki juntou as duas coisas e produziu um decreto de prisão em flagrante por crime inafiançável de um senador, algo inédito no Direito Constitucional Processual Penal.

3.2. A SUSPENSÃO DO MANDATO DO DEPUTADO FEDERAL EDUARDO CUNHA

Posteriormente, o Ministro Teori Zavascki tomou mais uma medida inédita, contra um parlamentar no exercício do mandato, violando a separação dos Poderes, e a soberania do voto popular. Desta feita, o relator da Operação Lava Jato no STF suspendeu o mandato de Eduardo Cunha, então presidente da Câmara dos Deputados, nos autos da Medida Cautelar 4.070 – DF, requerida pelo então Procurador Geral da República – PGR - Rodrigo Janot.

O Ministro Teori Zavascki foi acusado de fazer mais uma interpretação tortuosa da Constituição e do Código de Processo Penal, para afastar um deputado federal, suspendendo seu mandato, e novamente, violando a soberania popular. Para parte dos congressistas (havia uma divisão política), só os seus pares poderiam suspender o mandato de Eduardo Cunha, ainda mais que se tratava do Presidente da Câmara dos Deputados. Escreveu o ministro, no decreto de prisão preventiva, que:

Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do

exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente (...) A medida postulada é, portanto, necessária, adequada e suficiente para neutralizar os riscos descritos pelo Procurador-Geral da República (STF, 2016).

Esse conflito entre o Judiciário e o Legislativo aprofundou a crise no processo penal, criticado por ser “ultrapassado” e que já deveria ter sido “modernizado” pelo Congresso.

4. A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Outra questão tormentosa é a prisão em segunda instância, envolvendo os três Poderes: o Executivo, pelo então Ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro ser um ferrenho defensor da prisão em segunda instância; o Legislativo, com muitos parlamentares respondendo a processos penais; e, o Judiciário, com o Supremo Tribunal Federal dividido desde há muito tempo sobre essa questão.

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal formou maioria (7 a 4) em torno dessa matéria, permitindo a execução da pena após o julgamento na segunda instância, no Habeas Corpus 126.292- SP. O relator, o ministro Teori Zavascki, que votou pela prisão em segunda instância, voto vencedor.

No entanto, a prisão em segunda instância não deixou os debates jurídicos e políticos, por influência da Operação Lava Jato, com destaque na mídia desde a sua deflagração, em março de 2014. No ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal, novamente, discutiu o assunto, na Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 283 do Código do Processo Penal (ADC 43-DF – Partido Ecológico Nacional). O citado artigo trata do direito à presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ao final, com a relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, contrário à prisão em segunda instância, formou-se maioria pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP, prejudicando a decisão tomada no HC 126.292-SP, julgado em 2016.

Motivos para a mudança: alteração na composição do Supremo Tribunal Federal – o Ministro Teori Zavascki faleceu em um acidente aéreo, o Ministro Joaquim Barbosa pediu exoneração, e a mudança de entendimento de Gilmar Mendes, sob a alegação de que a prisão em segunda instância passou a ser determinada pelos juízes de forma automática, sem levar em consideração as

peculiaridades do caso concreto, o que não foi o que quis o Supremo Tribunal Federal com a decisão do julgamento do HC 126.292-SP, em 2016.

5. A POSITIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO, O JUIZ DAS GARANTIAS E A SUBJETIVIDADE DOS JULGADORES

O desejo do endurecimento no combate à criminalidade – particularmente à corrupção – elevou o tom entre Legislativo e Judiciário. O Código de Processo Penal, no transcorrer dos anos, sofreu modificações no seu texto – a mais recente o pacote anticrime – que com as modificações trouxe desentendimentos entre os poderes. E há também inúmeros dispositivos, trazidos pela Constituição Federal de 1988, constantemente desconsiderados por membros do Judiciário.

O Projeto de Lei 882/2019, Pacote Anticrime, foi enviado ao Congresso pelo Executivo, que tinha Sérgio Moro como Ministro da Justiça e mentor do projeto, juntamente com a força tarefa da lava jato. Os Congressistas, na sua função típica de legislar, aprovaram emendas, trazendo novos conflitos entre os dois Poderes. Uma delas foi retirar a prisão em segunda instância, por entenderem se tratar de matéria constitucional.

Não há como tratar do Processo Penal, sem antes passar pelo Processo Penal Constitucional, e sem o respeito às garantias do indivíduo que se vê processado perante o Estado, titular único do *jus puniendi*.

O juiz imparcial é o juiz insuspeito, desimpedido, e guarda estreita relação com o juiz natural. O pacote anticrime aprovado no Congresso incluiu o artigo 3º-A no Código do Processo Penal, para deixar expresso que “O Processo Penal terá estrutura acusatória.” Nos dizeres de Nucci (2020, s/p), acerca dessa matéria:

Eis um importante passo para a consolidação de um processo penal acusatório: a expressa menção em lei. É bem verdade que os princípios do sistema acusatório já foram previstos na Constituição de 1988, há mais de três décadas. Ocorre que o Código de Processo Penal absorveu muito pouco desses princípios, levando o Judiciário a continuar a trabalhar com um processo de perfil misto, pois o juiz podia, durante a investigação, somente para ilustrar, determinar a produção de provas, sem requerimento de ninguém.

O juiz das garantias, proposto no Senado pelo PL 4981/2019 (Cid Gomes, PDT-CE) incluiu os artigos 3º-A a 3º-F no Código de Processo Penal. Sua figura traz ao processo penal importante elemento do sistema acusatório, ao tirar do magistrado a iniciativa da atividade probatória, que macula o sistema acusatório,

um resquício do sistema inquisitivo, ainda presente no artigo 156 do CPP, cuja revogação tácita já é objeto de debates jurídicos.

A iniciativa da atividade probatória por parte do juiz é incompatível com o sistema acusatório, pois se “provar é convencer, se a atividade probatória consiste em introduzir no processo elementos que servirão para formar a convicção do juiz” (Prado, 2005), esses elementos devem ser introduzidos, no processo, exclusivamente pelas partes.

A matéria, maciçamente aprovada pelo Legislativo – 408 votos a favor, 09 contra e 02 abstenções – na Câmara dos Deputados, foi submetida ao crivo do STF. O Ministro Luís Fux concedeu liminar, suspendendo os efeitos dos artigos 3º-A ao 3º-F, todos referentes ao juiz das garantias, atendendo a pedido de liminar, em sede de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ajuizada por entidades nacionais ligadas à Magistratura. Foi pedido, inclusive, pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, ao Presidente da República, que vetasse o juiz das garantias, o que não ocorreu.

Como ensina PRADO (2016 *apud* SOUSA, 2019, s/p) “*a rigor a exigência de imparcialidade do juiz no processo penal não deveria ser causa de tormentos acadêmicos e dificuldades práticas*”.

A Operação Lava Jato potencializou a discussão acerca das garantias constitucionais processuais penais: o abuso nas prisões preventivas, muito alongadas; as conduções coercitivas, sem fundamentação razoável; a parcialidade do juiz, que teria se associado à acusação. A mencionada operação, ao trazer à tona um grande esquema de corrupção causou, na sociedade, uma demanda por mudanças nas leis, a endurecer punições no combate à criminalidade.

Foram feitas mudanças na legislação penal pelo Congresso. Muito criticada, a necessidade de revisões periódicas, pelos juízes, das prisões preventivas já decretadas, a cada noventa dias, sob pena de tornar ilegais aquelas prisões, (parágrafo único do artigo 316 do Código do Processo Penal), fez com que, baseado nesse novo dispositivo, o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, concedesse ordem de habeas corpus a um traficante ligado à organização criminosa Primeiro Comando da Capital – PCC, André do Rap, foragido há seis anos, e preso em uma complexa e delicada operação pela Polícia Civil de São Paulo. Quando posto em liberdade, André do Rap fugiu, e não foi mais encontrado, depois

que o Presidente do STF, Luís Fux, revogou a ordem. Os críticos da medida acusaram o Ministro Marco Aurélio, com fama de garantista, de se exceder no seu garantismo.

Outra mudança no PL 882/19, o qual deu origem à lei 13.964/2019, vem causando divergências entre a Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, relativa à progressão de regime prisional dos crimes hediondos. O texto revogado previa o cumprimento de dois quintos para réus primários, e três quintos para reincidentes, para progredir de regime. O Pacote Anticrime faz referência apenas à reincidência específica em crimes hediondos ou equiparados, para a progressão de regime se dar com o cumprimento de três quintos da pena. Não demorou para surgir uma discussão sobre se o caso fosse de reincidência genérica.

A Quinta Turma entendeu que deve ser considerada a reincidência em qualquer crime (genérica). Já para a Sexta Turma, que, ao não fazer referência também à hipótese de reincidência genérica, a mudança criou uma lacuna, a obrigar o julgador a fazer analogia *in bonam partem* (a favor do réu). Isso demonstra como as leis penais estão sujeitas à subjetividade dos julgadores, e nos remonta à ideia de que existe uma crise no Processo Penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os recentes acontecimentos proporcionados pelo Legislativo e Judiciário do Brasil têm sido determinantes para o agravamento de uma crise no Processo Penal. Se de um lado o Código de Processo Penal aponta para um sistema processual inquisitório, de outro, a Constituição Federal de 1988 traz em seus dispositivos uma relação mais próxima com o sistema acusatório.

A ausência de uma norma que afirmasse, expressamente, qual o sistema processual penal adotado no Brasil contribuía para que decisões do Poder Judiciário fossem proferidas com base, unicamente, no Código de Processo Penal, aproximando o julgador da ideia de um sistema inquisitório. Assim, a subjetividade na aplicação da norma dava margem ao aplicador a escolher entre utilizar os fundamentos do sistema inquisitivo do Código de Processo Penal ou aplicar dispositivos constitucionais e trazer o aspecto acusatório para o ato decisório.

Com essa subjetividade em mãos, as garantias de um sistema acusatório estavam sendo cada vez mais esquecidas, ante o cenário político e jurídico

apresentado, além de toda uma pressão da mídia e da própria sociedade, para um combate aos atos de corrupção.

Na necessidade de pacificar os diversos conflitos recentes proporcionados pelos Poderes e tentar amenizar uma crise instaurada no Processo Penal, a Lei nº 13.964/2019 foi publicada, trazendo em seu conteúdo textual o artigo 3º-A, que destaca, expressamente, que o processo penal terá estrutura acusatória.

Com a afirmação da estrutura acusatória e diversos outros dispositivos que privilegiam direitos constitucionais que já eram existentes, em especial o contraditório, a unificação de um sistema processual traz mais segurança ao Processo Penal, já que o julgador, a partir de então, ao aplicar a norma processual penal, deverá, sempre, privilegiar os dispositivos inseridos na Constituição Federal de 1988 e, em especial, fundamentar decisões com base em princípios e razões que trilhem o caminho do sistema acusatório, afastando, portanto, o aspecto inquisitorial existente no Código de Processo Penal.

Assim, a crise no Processo Penal não pode estar associada somente ao aspecto puro de defasagem do Código de Processo Penal, mas, também, na ausência de uma normativa que expressamente ditasse qual estrutura processual o aplicador da norma deveria seguir, afastando, de vez, qualquer decisão que venha a ter razões, argumentos e princípios inquisitoriais.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. IBooks. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, nº 183, Jul./Set. 2009.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21^a ed. – São Paulo, Saraiva, 2017, p. 584. Pág. 532 e 584.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13^a ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34^a ed. - São Paulo: Atlas, 2018. Pág. 586.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. iBooks. 19. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SOUSA, Ulisses. Juiz de Garantias, Imparcialidade e a Iniciativa Probatória. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/ulisses-sousa-juiz-garantias-imparcialidade-necessaria>>. Acesso em 28 de janeiro de 2021.

CAPÍTULO VIII

A (IM)POSSIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-8

Guerrison Araújo Pereira de Andrade

(guerrisonpa@uol.com.br)

ORCID - 0000-0001-6989-5621

Professor Adjunto IV do CCJS/UFCG. Graduado em Direito pela UFPB

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA

Universidade Federal de Campina Grande

Francivaldo Gomes Moura

(fgomesmoura@hotmail.com)

ORCID - 0000-0002-9905-3545

Professor Adjunto II do CCJS/UFCG. Graduado em Direito pela UFPB

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA

Universidade Federal de Campina Grande

José Mendes Cavalcante Neto

(zenetojus@hotmail.com)

ORCID - 0000-0001-7452-2619

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Graduado em Direito pela FAFIC

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Maely Nogueira de Araújo

(maely_ngaa@hotmail.com)

ORCID - 0000-0002-4225-213X

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Graduada em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Sara Olívia Moreira Batista

(saramolivia@gmail.com)

ORCID - 0000-0002-6789-7639

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Graduada em Direito pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

RESUMO

É notório que na atualidade o Direito Penal e Processual Penal ganhou protagonismo como nunca antes, vez que deixou de ser a *ultima ratio* e passou a figurar como pedra angular do direito. Nesta perspectiva, os princípios e os direitos e garantias fundamentais, notadamente após o advento da Constituição Federal de 1988, passaram a permear todo o ordenamento jurídico, fazendo com que as leis devam se amoldar a nova conjuntura do processo penal constitucional. Neste diapasão, este estudo busca demonstrar a efetiva necessidade da observância desta adequação, de forma mais eficaz na aplicabilidade (ou não) do contraditório tanto perante a autoridade policial, mais precisamente na lavratura e instrução do Inquérito Policial. Este trabalho utilizar-se-á – termos e verbos no resumo não devem estar no futuro. do método de abordagem o dedutivo, centrado no procedimento histórico-evolutivo, sendo uma pesquisa exploratória, com coleta de dados legislativos, doutrinários e jurisprudenciais acerca da matéria ora discutida. Desta forma, busca-se demonstrar a importância de adequar os procedimentos adotados no Inquérito Policial às novas perspectivas trazidas pelo constituinte pôtrio, garantindo todos os direitos e garantias fundamentais esculpidos na Carta Magna de 1988. Nesta parte final, devem ser inseridos os resultados alcançados pela presente pesquisa.

Palavras-chave: inquérito policial; contraditório; direitos e garantias fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

Corriqueiramente se verifica uma massificação do direito penal e processual penal, ante os incisivos debates gerados por tal área jurídica, mormente que suas discussões saíram da esfera institucional e passaram a permear toda a vida em sociedade, dada as discussões acerca das normas penais e suas aplicações práticas no combate a crescente escala de delitos.

Não suficiente, urge esclarecer que a imposição da sanção penal é uma violação às liberdades individuais, contudo, tal agressão ao indivíduo é legalmente autorizada, isto com o objetivo de manutenção da paz social, bem como evitar danos a outros direitos potencialmente violados, evidenciando-se em uma escala de valores a serem protegidos pelo Estado.

Em tal situação, o Inquérito Policial ganha destaque e contornos bastante importantes a serem discutidos, vez que por ser o principal mecanismo utilizado pela autoridade policial para o conhecimento e investigação de delitos, passa-se a discutir as implementações das normas e garantias de respeito aos direitos humanos estampados na Constitucional Federal e, de forma mais precisa, a aplicabilidade ou não do princípio do contraditório no procedimento supramencionado.

O estudo detém uma importância ímpar, vez que se busca responder o seguinte problema: A aplicabilidade do contraditório no Inquérito Policial é dispensável?

Ademais, justifica-se a pesquisa em relação aos conhecidos problemas decorrentes de violações aos direitos humanos, principalmente com relação a busca por provas de determinados ilícitos criminais, sem, contudo, existir o amparo ao devido processo legal, causando prejuízos ao acusado e sua defesa técnica.

Como objetivos, busca-se explicitar a necessidade de aplicação em todas as esferas de apuração criminal do contraditório e do devido processo legal, garantindo respeito à dignidade da pessoa humana, bem como elucidar as implicações práticas decorrentes desta aplicação e, por fim, elucidar as principais evoluções legislativas acerca da matéria em questão.

Para alcançar os objetivos propostos, o método de abordagem a ser utilizado neste estudo será o dedutivo, pois partirá de conhecimentos já devidamente catalogados sobre a matéria e, na sequência, adequá-los ao tema proposto. Utilizar-

se-á o procedimento histórico-evolutivo, elencando o caminho histórico e legislativo do tema a ser estudado, bem como da sua importância na atual conjectura legislativa e principiológica. A pesquisa proposta é do tipo exploratória, vez que serão empregadas técnicas de coleta de dados legislativos, doutrinários e jurisprudenciais acerca da matéria, com a finalidade de enriquecer este estudo.

Ademais, ante o exposto, verifica-se que a matéria detém nuances bastante específicas e implicações essenciais no debate jurídico pátrio, ante ao mencionado incremento da atuação do direito penal, devendo existir a necessária garantia dos direitos aos acusados de ilícitos, promovendo que haja a efetiva investigação, tramitação e posterior aplicação da sanção penal de forma eficaz e que respeite todas as normas constitucionais e legais sobre a temática.

2. APONTAMENTOS HISTÓRICOS ACERCA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme se sabe, o direito é uma ciência de constante evolução, principalmente ao se tratar dos direitos e garantias dos indivíduos, sofrendo incontáveis evoluções nos séculos, não sendo diferente aquilo que se entende pelo princípio do devido processo legal e posteriormente pelos subprincípios a ele atrelados, tal qual o contraditório.

Desde os marcos iniciais da civilização, quando há a existência de ilícitos, os cidadãos recorriam a vingança privada, ocasião em que “se castigavam aqueles que violavam a harmonia da civilização. A partir disso, surgiu a vingança privada ou autotutela (autodefesa), sendo o ato de executar ou castigar outro indivíduo através de uma vontade própria” (ROCHA, 2015).

Nesse contexto, necessário se fez, com a evolução da sociedade, que tais modelos punitivistas fossem superados, ocasião em que o Estado surge para regular tais situações perante à coletividade, evitando-se vinganças deliberadas. Nesse sentido:

O modelo de solução de conflitos pelas partes se sustentou enquanto não foi gerado um poder central verticalizante, mas quando este apareceu e adquiriu força suficiente, confiscou a vítima mediante o modelo decisório ou punitivo. Ressalta-se que nada mudou em relação à arbitrariedade e à crueldade em que as penas eram aplicadas, haja vista que as mudanças limitavam-se ao fato de que a pena era executada pelo suserano e não pelas partes envolvidas na questão (ZAFFARONI, 2003, p. 389).

Logo, com o surgimento dos Estados, sejam eles em quais perspectivas (de evolução de direitos), mudou-se o regramento anterior, tirando das mãos dos cidadãos a aplicação da pena e, centralizando-a nas mãos do poder constituído.

Entretanto, surge outros problemas decorrentes desta unificação de poderes nas mãos de poucos, notadamente por alguns deterem maior influência nas decisões dos soberanos e, ao se falar em Estados totalitários, não há balança de valores capaz de efetivamente aplicar a pena sem que haja violações aos direitos dos envolvidos.

Dito isto, verifica-se que apenas com o surgimento dos Estados modernos, a ideia de direitos dos homens começou a surgir, vez que até então, não há nenhuma limitação de seu poder, centralizando todo o aparato estatal nas mãos do rei, contudo, ao surgir revoltas sociais que acabaram por limitar o poder do soberano, de igual modo passou-se a existir instrumentos legais que fossem regulando a aplicação da sanção penal, mesmo que de forma bastante tímida.

Neste momento da evolução humana, a ideia de contraditório era praticamente nula, vez que os homens precisavam passar por martírios em busca de provar sua inocência, a exemplo do que ocorria no “Império Carolíngio, havia uma prova para o acusado de homicídio em certas regiões do norte da França: o réu devia caminhar sobre ferro em brasa. Depois de dois dias, se permanecessem as cicatrizes, o réu era considerado perdedor da causa” (FOUCAULT, 2003).

Assim, conforme se verifica, não existia nenhuma razoabilidade na aplicação da lei penal, ao contrário, a existência de uma dependência intrínseca da religião fazia com que tais atrocidades fossem autorizadas, sob o manto da permissibilidade em razão da fé, algo inconcebível nos estados modernos.

Esta situação só passou a começar a modificar-se com a evolução do iluminismo e, consequentemente com o desenvolver dos estados constitucionais, momento em que se passou a ter “ideias liberais e humanizantes, como a do Marquês de Beccaria, a pena assumiu um fim utilitário, abandonando a fundamentação teológica. Aliás, é deste autor a ideia de que apena só é justa quando necessária” (CORSI, 2016).

Logo, com tal evolução, se fez necessária a adequação da aplicação da pena aos princípios estipulados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), advindo da Revolução Francesa, momento em que não só a aplicação da pena, mas toda a atividade estatal precisa ser justificada com meios regulares, bem

como evitando-se ao máximo quaisquer situações que coloquem os cidadãos em situações desumanas ou degradantes.

Nisto, com o surgimento dos estados modernos, de igual modo surgiu a necessidade do devido processo legal, mesmo que de forma tímida, ocasião em que as ações estatais precisam ser legalmente justificadas e, por conseguinte, aplicando-se ao processo penal de igual forma. Logo, para a imposição de determinada pena, necessário se fez a implementação de uma investigação própria, bem como de julgamento, permitindo-se o contraditório aquele que é acusado de determinado ilícito.

Contudo, embora evolua-se nos direitos e prerrogativas fornecidos aos cidadãos, necessário se faz adequar tais permissões nas formas de perseguir as provas no contexto geral, vez que muitas são as situações nas quais os indivíduos sofrem penas sem efetivamente participarem da persecução penal.

3. INQUÉRITO POLICIAL

Diversas são as formas de organizar a persecução criminal, surgindo formas e maneiras variadas de se apurar a prática de ilícitos nas sociedades atuais e, no cenário brasileiro, nenhum outro instrumento é tão difundido quanto o Inquérito Policial, ferramenta administrativa à disposição da autoridade policial para colher elementos probatórios capazes de averiguar ou não a existência de um crime.

Entretanto, tal procedimento sempre deteve inúmeras discussões legais, doutrinárias e jurisprudenciais, em razão de viger desde a promulgação do atual Código de Processo Penal, no longínquo ano de 1941, até os dias atuais, sendo necessária a corriqueira atualização de seus dispositivos.

Nisto, alguns pontos são especialmente sensíveis, a iniciar com a gestão da prova, ou seja, quem deve colher e a quem deve ser dirigida tal instrução probatória, bem como a aplicabilidade ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos investigatórios penais, de forma especial o Inquérito Policial.

Desta maneira, o presente tópico buscará se debruçar acerca das nuances dos sistemas processuais penais existentes, bem como sua aplicabilidade no contexto penal nacional, além de verificar a aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa nas investigações policiais presididas pelo Delegado de Polícia.

3.1. DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAS

A forma de se perseguir a aplicação da pena após a prática de terminado ilícito, refere-se propriamente aos sistemas processuais penais a ele atrelados e, neste caso, três são os principais sistemas processuais penais ocorridos na história: Inquisitorial, Acusatório e Misto.

No sistema inquisitorial, adotado no Direito Canônico a partir do século XIII (dentro da idade média), as funções de acusar, defender e julgar encontram-se todas nas mãos de um único indivíduo, o *juiz inquisidor* (LIMA, 2016, p. 38).

Este sistema, regido pelo princípio inquisitivo, caracteriza-se preponderantemente pela concentração da prova nas mãos do órgão julgador, detendo este a gestão da prova. Neste caso, o investigado é objeto de investigação, devendo apresentar provas de sua inocência e não ao contrário (COUTINHO, 1998), sendo assim, o magistrado “constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado” (FOUCAULT, 1988, p. 36).

Conforme anteriormente elucidado, ao magistrado, “além da função de decidir, que lhe é própria, mais uma ou outra das restantes, ou, na verdade, todas elas” (MARQUES, 1980, p. 83). Logo, não há separação alguma de funções investigativas, acusatórias, defensivas ou de julgar, ao contrário, ao concentrar-se todos os atos nas mãos de um, a injustiça impera.

No sistema acusatório, há partes distintas, contrapondo-se a defesa e a acusação, se sobrepondo a um juiz imparcial (LIMA, 2016, p. 39), existindo assim uma separação nas funções de investigar, acusar, defender e julgar.

Aqui, presume-se a inocência do acusado e, na dúvida, há necessidade de absolvição, ocasião em que o magistrado é receptor da prova e não instrumento de colheita, sendo tal sistema mais adaptável aos dias atuais.

Não suficiente, existe uma terceira corrente que indica a existência do sistema misto ou francês, advindo a partir do século XIII, por haver duas fases distintas. Inicialmente, durante a investigação, ocorre a persecução de forma inquisitorial e, na sequência, uma fase acusatória.

Este sistema não é adequado, vez que há mácula na identidade do magistrado, vez que foi totalmente tolhido de sua imparcialidade ao colher as provas inicialmente, não sendo possível recuperá-la num segundo momento.

As considerações acima são importantes ao trabalho, vez que na atual conjuntura pátria, discute-se de qual forma o Inquérito Policial deve se desenvolver, dado que há corrente que indica uma aplicabilidade do sistema inquisitorial, outra do acusatório e ainda outra pelo misto.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, muito se questionava sobre a aplicação do sistema misto no direito brasileiro, contudo, tal divergência encontrou-se totalmente superada com o surgimento da Carta Magna, vez que trouxe a certeza da aplicação do sistema acusatório ao processo penal pátrio, separando-se as funções de acusar, julgar e defender, em atenção aos princípios garantidores previstos naquele instrumento legislativo.

3.2. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

Ao se referir à figura do inquérito policial, duas são as premissas de se abalizar tal temática, uma que se entende que se trata peça meramente peça meramente informativa e de valor probatório limitado, unicamente firmado à subsidiar o ajuizamento da ação penal, fazendo com que não haja possibilidade para a participação do acusado e de seu defensor (CAPEZ *apud* BARBOSA, 2011).

O inquérito policial é a “peça procedural que contém e autentica, em forma legal, os atos e diligências policiais relativos a determinado evento delituoso” (ANDRADE, 1958), logo, servirá de base à persecução criminal e ao ajuizamento da futura ação penal, caso seja necessária.

Neste diapasão, não há dúvida de que com a constitucionalização do processo penal, se faz necessária a adequação das normas esculpidas e endereçadas a aplicação da sanção penal, com o fito de garantir a plena aplicação do contraditório e da ampla defesa já na fase pré-processual, mais especificadamente, no âmbito do inquérito policial. Nesse sentido, tem-se:

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

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

Conforme se verifica no texto constitucional acima, não há margem para dúvidas, a todos são assegurados o contraditório e ampla defesa, não se excluindo o inquérito policial.

Outrossim, não há dúvidas que torna-se importante conceituar o que se entende por contraditório e, nas palavras de Aury Lopes Júnior, trata-se:

[...] como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo (LOPES JR, 2020, p. 112).

Logo, é a possibilidade efetiva do acusado se defender das imputações que lhe são feitas, cabendo destacar-se que ocorre principalmente dentro do Inquérito Policial, que é o procedimento inquisitorial presidido pelo Delegado de Polícia, que detém uma essencialidade na persecução criminal, vez que é o principal meio de investigação e nele são praticados os principais atos de colheita probatória, muitas vezes não sendo sequer repetíveis, servindo de convicção ao órgão acusador e ao magistrado.

É neste sentido que a presença do defensor e do acusado são indispensáveis, sendo totalmente possível sua participação naquela situação investigativa, claro que com as provas já devidamente documentadas ou aquelas que possam ser auxiliadas pelo acusado e seu advogado, a exemplo das perícias, etc.

Afirmar que o Código de Processo Penal garante ao acusado a ampla defesa e o contraditório, nada mais é do que reafirmar a garantia do país ao devido processo legal, bem como aos direitos e garantias fundamentais, vez que se evita irregularidades na persecução penal, bem como assegura a efetiva separação de funções.

Entretanto, não é qualquer situação que se enquadre na permissibilidade de aplicação da ampla defesa e do contraditório, ao contrário, deve ser fornecido ao acusado todos os meios necessários à efetivamente cumprir tais possibilidades, sendo um contraditório em sentido formal e material. Nesse sentido:

É preciso que se assegurem efetivamente os meios inerentes à defesa, desde o início da persecução penal [...], tais como: a) ter conhecimento claro dos fatos investigados; b) poder apresentar alegações contra imputações formuladas; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica de advogado; e) poder impugnar os atos instrutórios ilícitos (BARBOSA, 2011).

Assim, com a possibilidade de existir contrariedade nas imputações feitas ao acusado, há respeito aos direitos e garantias fundamentais devidamente estipulados pela Constituição Federal de 1988, bem como pelos tratados internacionais da qual

o Brasil é signatário, ocasião em que inexiste dúvida de que o contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial não é facultativo, mas obrigatório e de Direito do acusado.

4. A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO E DO SEU DEFENSOR NO INQUÉRITO POLICIAL COMO GARANTIA AO CONTRADITÓRIO

Segundo foi possível analisar, não há dúvidas que o Inquérito Policial é um importante instrumento investigativo, além de ser benéfico ao próprio cidadão, vez que impossibilita a existência de investigações sigilosas, sem participação alguma do investigado, isto com fulcro nos dispositivos constitucionais.

Outrossim, conforme se verificou, muito ainda se precisa evoluir no tocante à implementação dos princípios e garantias esculpidas na Constituição Federal na matéria investigativa, notadamente na possibilidade de participação do investigado nas fases da persecução criminal antes da propositura de eventual ação penal, podendo, inclusive, fornecer provas que excluam logo sua participação no ilícito apurado, evitando todo um desgaste emocional e possibilidade de punição errônea.

Foram nestes aspectos que o legislador pátrio buscou adequar as disposições do Código de Processo Penal, editado no longínquo ano de 1941 à realidade atual, fazendo que hajam novos instrumentos que tornem a persecução penal adaptada e guiado “através dos valores constitucionais insculpidos na Carta Magna de 1988, haja vista sua estrutura como termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição” (GOLDSCHMIDT *apud* GIACOMOLLI *et al.*, 2020).

Logo, conforme se verifica, não pode a defesa e as prerrogativas do acusado serem resumidas ao papel quase que inexistente dentro da investigação através do Inquérito Policial, sendo necessária uma participação ampla e plena do acusado e de seu defensor, auxiliando nas investigações e pleiteando provas à defesa do acusado.

Após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, muitos foram os dispositivos do Código de Processo Penal que precisaram se adequar as normas constitucionais, bem como outras leis surgiram para complementar os direitos e garantias fundamentais dispostos na Carta Magna.

Dentre os principais regramentos criados, um dos mais importantes refere-se ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994), que disciplina os direitos e prerrogativas dos advogados no âmbito de sua atuação e,

mais precisamente, no art. 7º, existem inúmeros dispositivos que fazem com que o advogado possa ter acesso aos autos processuais em defesa do seu cliente, tudo isto garantido pela ampla defesa e o contraditório disposto na CF/1988.

Não suficiente, após o julgamento do HC 82.354 pelo Supremo Tribunal Federal, uma das principais ferramentas à disposição do advogado e do defensor foi estipulado, trata-se da Súmula Vinculante de nº 14, oriunda do STF, que elenca ser “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (BRASIL, 2009).

Assim, garante-se ao defensor do acusado o acesso amplo aos elementos de prova que já foram devidamente coletados, garantindo que não haja procedimento de exceção, ou seja, sigilosos e sem acesso ao acusado.

Outros são os regramentos que garantem a presença do acusado, através do seu defensor nos atos investigatórios, a exemplo da Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), da Lei nº 13.245/2016 que garantiu o acusado de ser acompanhado pelo seu advogado na investigação preliminar, dentre outros. Nesse sentido:

A importância à atuação da defesa técnica frente ao inquérito policial diante da possibilidade de decretação de medidas cautelares (de natureza real e também de natureza pessoal, variando da constrição patrimonial à prisão preventiva) e, para além disso, do impacto das provas colhidas durante a investigação criminal quando da decisão demérito de eventual ação penal (MORAIS DA ROSA e LOPES JR *apud* GIACOMOLLI, 2020).

Assim, não há dúvidas de que a participação da defesa técnica e do próprio acusado na lavratura e instrução do Inquérito Policial detém importância ímpar, vez que auxiliará e resguardará os direitos e garantias daquele que é investigado e, via de consequência, da sociedade como um todo.

Uma das principais garantias postas à disposição do acusado e de seu defensor advém com a promulgação do famigerado “Pacote Anticrime”, oriundo da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que trouxe profundas modificações na estrutura do Inquérito Policial brasileiro, conforme se elucidará a seguir.

Antes de citar propriamente as benesses da garantia da estrutura acusatória no CPP, cabe indicar que a legislação correlata ao Pacote Anticrime está com eficácia suspensa em razão de decisões proferidas perante as Ações Diretas de

Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6298, 6299, 6300 e 6305, sob relatoria do Min. Luiz Fux, não há dúvida de que o principal artigo a ser discutido, o art. 3º-A, possa vir a ser declarado inconstitucional, dado que não figura dentre os motivos elencados para a suspensão da legislação como um todo.

Feitas tais considerações, cabe precisar que a inclusão do art. 3º-A do CPP é essencial à efetivação do contraditório e da ampla defesa na matéria processual penal, dado que obriga que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019).

O supramencionado dispositivo institucionaliza e acaba com quaisquer dúvidas relacionadas ao sistema adotado na legislação brasileira, vez que indica expressamente que o processo penal terá estrutura acusatória e, por consequência, veda-se ao magistrado tomar iniciativas de ofício, sem provação.

Nesse sentido, a atuação do acusado e do seu defensor ganham ainda maiores contornos, vez que somente as partes e o Delegado de Polícia poderão requerer provas e ainda discutir as matérias e fatos decorrentes da apuração de determinado ilícito criminal, fazendo com que seja totalmente possível a efetivação do contraditório no âmbito do processo penal.

Com isto, obrigando que os atos referentes ao Inquérito Policial venham a ser devidamente requeridos ao Juízo, nada impede que o defensor ou o próprio acusado também requeiram diligências em seu favor, garantindo que haja a aplicação das duas dimensões do contraditório, conforme já delineado, ou seja: o direito a se informar (do que está sendo processado), bem como a participação igualitária (paridade de armas).

Desta maneira, não há dúvida de que após o advento da Constituição Federal e da necessidade de adequação de todas as legislações ao corpo da carta magna, que o processo penal brasileiro passou a adotar e incentivar a aplicação do contraditório no âmbito do Inquérito Policial, isto como garantia dos direitos e garantias fundamentais do acusado, não sendo possível olvidar-se de tais premissas, sob pena de violação dos próprios direitos do acusado esculpidos na Carta Magna.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise do tema ora proposto, longe de buscar o exaurimento das discussões desenvolvidas pelas áreas correlatas, o presente estudo buscou demonstrar a possibilidade de aplicação do contraditório dentro do Inquérito Policial, ato que sempre foi visto com desconfiança e dúvida pela doutrina brasileira, com o objetivo de comprovar, através da legislação correlata, que a Constituição Federal de 1988 permite tal aplicação, bem como a incentiva.

Dito isto, com o estudo do tema, foi possível verificar que ocorre no direito pátrio a constitucionalização das mais variadas áreas da ciência jurídica e, no caso em análise, do processo penal como um todo, fazendo com que os institutos jurídicos devam ser adaptados à realidade constitucional, sob pena de violação das normas estampadas na carta magna.

Assim, o processo penal passou por mudanças significativas nas últimas décadas, adequando-se à percepção de que deve servir à persecução penal autorizada pelo Estado, contudo, tal atuação deve ser pautada sob o manto dos direitos e garantias fundamentais, sob pena de violá-los.

Portanto, restou-se demonstrada a importância da pesquisa, vez que diante da popularização das ciências criminais, urge a necessidade de adequar seus tópicos à atual legislação, evitando-se a fuga de direitos dos acusados, bem como de forma a garantir a atividade estatal com o objetivo de coibir, investigar e punir ilícitos criminais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ivan Moraes de. **Polícia judiciária**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958

BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. **Sistema Penal & Violência**, v. 3, n. 1, 2011.

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 01 fev. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm. Acesso em 01 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em 30 jan. 2021.

CORSI, Éthore Conceição. Pena: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pena-origem-evolucao-finalidade-aplicacao-no-brasil-sistemas-prisionais-e-politicas-publicas-que-melhorariam-ou-minimizariam-a-aplicacao-da-pena/#_ftn6. Acesso em 01 fev. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 30, 1998.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3º Ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 6ª ed. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1988.

GIACOMOLLI, Felipe Mrack; RUTTKE, Alberto; FRAGA, Marcos Pippi. Ampla Defesa e Contraditório na Fase Preliminar: Considerações Críticas ao Artigo 14-A do Código de Processo Penal. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 15, n. 1, p. 114-123, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial: breves anotações sobre as inovações da Lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). In: **Revista quaestio iuris**, v. 9, n. 2, p. 1060-1074, 2016.

PRETA, Luís Augusto Goulart de Abreu Catta. **A cadeia de custódia do pacote anticrime: instituto garantidor do contraditório e da ampla defesa.** Artigo (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Brasília/DF, p. 21. 2020.

ROCHA, Jaqueline Silva da. Sistema Prisional: Evolução Histórica das Punições. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 25 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54274&seo=1>>. Acesso em 10 fev. 2021.

STF. ***Habeas Corpus* 82.354.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJE: 24/09/2004. RTJ 191/547-548). Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033>. Acesso em 09 fev. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

CAPÍTULO IX

ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB O VIÉS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: (DES) CABIMENTO DA PROPOSIÇÃO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-9

Guerrison Araújo Pereira de Andrade

(guerrisonpa@uol.com.br)

ORCID - 0000-0001-6989-5621

Professor Adjunto IV do CCJS/UFCG. Graduado em Direito pela UFPB

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA

Universidade Federal de Campina Grande

Cleverton Ramos Pereira

(clevertonrms@gmail.com)

ORCID - 0000-0002-1199-1490

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – CCJS/UFCG

Graduado em Direito pela UFCG. Advogado

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

John Melquyzedek Montenegro Campos

(john_melquyzedek@hotmail.com)

ORCID - 0000-0002-2302-0675

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – CCJS/UFCG

Graduado em Direito pela UFCG. Advogado

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Luzia Milene Alves Ferreira

(milenealvesadv@gmail.com)

ORCID - 0000-0001-6154-0818

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – CCJS/UFCG

Graduada em Direito pela UFCG. Advogada

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Wendel Araújo da Costa

(wendel.costa@gmail.com)

ORCID - 0000-0002-5491-919X

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – CCJS/UFCG

Graduado em Direito pelo Unipê

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de explorar a importância da Justiça Penal negocial brasileira, em particular o acordo de não persecução penal, que foi incorporado no sistema jurídico do Brasil com o advento da lei Nº 13.964/2019. Como pesquisa qualitativa de abordagem bibliográfica traça também, um paralelo entre o cabimento ou não cabimento do acordo de não persecução penal na audiência de custódia. Está distribuído didaticamente em três tópicos. O primeiro trata da origem histórica da justiça penal consensual brasileira explanando as linhas gerais na Constituição, bem com a legislação infraconstitucional e os princípios da obrigatoriedade da ação penal pública e intervenção mínima. No segundo tópico foi realizado um levantamento acerca dos fundamentos e das finalidades do acordo de não persecução penal e da audiência de custódia, analisando todos os requisitos, natureza, finalidade e hipóteses de cabimento na audiência de custódia. E, o último tópico faz uma análise *sui generis* do acordo de não persecução penal, abordado as polêmicas que envolve a sua aplicação na audiência de custódia, de maneira detalhando o seu funcionamento. Todas as análises foram executadas respeitando os limites da aplicabilidade da justiça consensual, respeitando e protegendo aos direitos humanos e os princípios constitucionais. Por fim, apesar da temática estudada na presente pesquisa ser relativamente nova, torna-se possível a propositura do acordo de não persecução penal durante a audiência de custódia e tal prática tendo sido incentivada pelos órgãos ministeriais espelhados pelo Brasil.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; justiça consensual; acordo de não persecução penal.

1. INTRODUÇÃO

A justiça consensual no Brasil vem ganhando um espaço de destaque no ordenamento jurídico pátrio. Há a possibilidade de aplicação desse instituto em diversos ramos do direito com a finalidade de desafogar o sistema judiciário, fazendo com que este se torne mais eficiente, preocupando-se em julgar casos de maior relevância e complexidade.

No ramo do Direito Penal e Processual Penal, o instituto do Acordo de Não-Persecução Penal (ANPP) ganhou posição central devido sua capacidade de permitir maior celeridade e eficiência da persecução penal.

É um instrumento jurídico pré-processual que se encontra como um divisor de águas, quando posto em um sistema altamente sancionatório no qual a maioria das penas vigorantes são aquelas que encarceram o indivíduo e restringem a sua liberdade de locomoção (destaca-se ainda que a pena privativa de liberdade deveria ser a *ultima ratio*), entretanto, o que se percebe, é que tal princípio não é regra.

Em virtude dessa posição de notoriedade, busca-se a aplicação ampliativa desse sistema. Desta forma, a problemática da presente pesquisa resume-se ao seguinte questionamento: é possível a aplicação do acordo de não persecução penal no momento da audiência de custódia? Tal questão vem sendo muito discutida entre os doutrinadores e sabe-se que na prática vem sendo muito adotada e incentivada pelo Ministério Público.

Doutrinadores que discordam da sua aplicação durante as audiências de custódias, sustentam o argumento de que haveria uma latente comercialização, transformando “a mesa da justiça em um balcão de negociação de penas”.

Diante disto, é relevante sua aplicação, porém, com certo cuidado para que não haja injustiças com as vítimas de um crime, e que aqueles que delinquiram não saiam impunes ou com penas não condizentes para seus crimes.

2. BREVE HISTÓRICO DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO BRASIL

Com base na Constituição Federal brasileira de 1988, é destacado na sua estrutura preambular como um dos valores primordiais do Estado, a Justiça, sendo considerada um dos pilares supremos de uma sociedade pluralista, democrática, fraterna e sem preconceito, baseada no comprometimento em solucionar pacificamente os conflitos, garantindo assim os direitos individuais e coletivos.

Partindo desse pressuposto, fica notória a necessidade de se analisar a evolução histórica do direito penal antes de abordar diretamente a Justiça penal consensual, para assim então estabelecer corretamente a compreensão dos princípios norteadores do sistema punitivo contemporâneo.

Com o intuito de restringir o poder Estatal a partir do século XVIII, o direito penal buscou maneiras para limitar o poder punitivo do Estado em face do cidadão, já que nos séculos anteriores tal prerrogativa servia como forma de opressão social. Dentro dessa ótica, entendeu-se que a ação punitiva deve observar diretrizes para garantir e preservar as garantias individuais, resguardando que tal poder seja aplicado em proporções reais de forma controlada e limitada.

Segundo Bitencourt (2006, p. 17), o princípio da legalidade limita o arbítrio judicial, mas não impede que o legislador crie tipos penais que cominam em sanções degradantes e cruéis, para tanto existiu a necessidade da criação do princípio da intervenção mínima.

Nesta linha de pensamento Bitencourt (2006, p.17), afirma que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelarem suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento de ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não penais.

Contudo, este princípio norteador não se aplica apenas a tipificação de condutas, mas deve ser observado pelo legislador quando da cominação da pena, pois a pena privativa de liberdade deve ser a *ultima sanção* aplicada, tendo sempre em vista a ressocialização como alvo central.

Roberti (2001, p.82), afirma que as penas privativas de liberdades aplicadas de formas exacerbadas e desproporcionais, estão assinando a decadência do sistema penal, além de não garantirem proteção à sociedade, haja vista que uma das funções do Estado é primar para que tal garantia seja assegurada.

Neste sentido, o princípio da intervenção mínima buscando equilibrar o poder punitivo Estatal e resguardar as liberdades individuais, introduziu as penas alternativas substitutivas no ordenamento penal (Lei nº 9.714/98), bem como a composição civil e a transação penal (lei nº 9.099/95), evitando a aplicação da pena privativa de liberdade.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 traz a base legal para a criação dos Juizados Especiais Criminais, em seu artigo 98, inciso I, competindo a ele processar e julgar as infrações penais classificadas de menor potencial ofensivo, por meio do rito sumaríssimo e oral, objetivando a redução da superlotação em cadeias e a política de tolerância zero.

Com a introdução dos juizados especiais criminais, o ordenamento jurídico penal inaugurou a justiça consensual, incentivando assim de forma direta, o acordo entre os litigantes, a reparação amigável do dano e a aplicação de pena não privativa de liberdade, frustrando a instauração de um processo penal.

Em razão disso, complementa-se ao debate o artigo 60 da lei nº 9.099/95, o qual traz a seguinte previsão: “O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência”.

Deste modo, com o advento da Lei nº 9.099/95 a justiça criminal adotou um modelo de processo que se caracteriza pela resolução de conflitos de forma consensual, propondo-se a aplicar a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Neste sentido, Lopes Junior (2021) afirma que a Lei nº 9.099/95 representou um pontapé inicial no entendimento acerca da resolução de conflitos de forma consensual entre as partes, à medida em que esta rompeu com a estrutura tradicional anterior a ela. Ademais, a supramencionada lei estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente, sabendo que a adoção de medidas despenalizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência. Por fim, destaca que a lei marcou o ingresso do “espaço negocial” no processo penal brasileiro e que só tende a ampliar, para tanto, basta analisar as propostas discutidas no âmbito da reforma do CPP (LOPES JUNIOR, 2021).

É imperioso pôr em destaque a lei nº 9.807 de 1999, que institui a colaboração premiada no ordenamento jurídico penal brasileiro, introduzindo a colaboração do individuo processado a fim de obter informações privilegiadas dos coautores do delito, proporcionando, para este colaborador, a redução da sua pena em um a dois terços do seu valor original. Veja-se a integralidade do artigo 14 da referida lei:

O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços (BRASIL, 1999).

Além disto, a colaboração premiada visa obter meios de provas licitas compreendida como técnica especial de investigação, com o intuito de combater o crime organizado. Ainda sobre este “negócio jurídico processual”, Vasconcellos (2017, p. 05), acrescenta:

A colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva.

O ordenamento jurídico brasileiro em 2013 adotou mais dois institutos que auxiliam à justiça consensual, a Lei 12.850 de 2013 que trata justamente da delação premiada e Lei 12.846 de 2013 com os acordos de leniência.

A diferença entre os dois estatutos acima mencionados está na competência para homologar o acordo. Na delação premiada, a homologação é realizada pelo Poder Judiciário e tem a participação do Ministério Público, enquanto no acordo de Leniência é celebrado por órgãos administrativos do Poder Executivo, o que pode gerar dúvidas quanto a possíveis interferências políticas em sua concessão.

No que tange a Justiça Consensual, estes institutos visam a extinção da pena para os delatores, assim como para as empresas envolvidas no acordo de leniência, quando alcançados os meios de provas necessário para a elucidação de condutas delitivas.

Ainda sobre esta temática, a Lei 13. 964 de 2019 (PACOTE ANTICRIME) inseriu no Código de Processo Penal o artigo 28-A, visando ao acordo de não persecução penal, nos casos em que não for cabível o arquivamento e o investigado confessa as circunstâncias formais da prática da infração penal de um ato delituoso sem violência ou grave ameaça, e é aplicável pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor o acordo.

Diante desta exposição, é possível compreender que a aplicação do acordo de não persecução penal, prioriza à celeridade, razoabilidade a resolução do conflito judicial, dando uma ênfase à justiça negocial, objetivando fortalecer a prática da segurança da justiça, desafogando o Poder judiciário e assim racionalizando o sistema punitivo.

Com isso, deve-se entender que o princípio da obrigatoriedade no sistema processual penal, o qual objetiva que o Ministério Público tenha o dever legal de promover a persecução penal continua assegurado e o acordo de não persecução penal não intenta à impunidade em relação à conduta delituosa praticada pelo indivíduo, mas sim, obter de forma mais célere, e com eficiência, o trânsito em julgado e execução penal de crimes de maior relevância jurídica.

3. FUNDAMENTOS E FINALIDADES DO ANPP E DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Consoante mencionado no tópico anterior, o acordo de não-persecução penal (ANPP) possui previsão normativa no artigo 28-A do Código de Processo Penal, tratando-se de mais uma inovação trazida pelo Pacote Anticrime, esse instituto trata de acordo firmado entre o Ministério Público e o indivíduo que praticou a conduta delituosa, desde que obedecidos requisitos estabelecidos no dispositivo penal.

Nas palavras de Lima (2020, p. 274), o Acordo de Não Persecução Penal “cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente”. É mais um instituto da justiça consensual, que objetiva o aliviar o grande número de demandas judiciais criminais, maior efetividade ao direito penal, bem como economia para o erário público, tendo em vista que dispensará a propositura da ação penal.

Nesse sentido, Gordilho e Silva (2019, p. 12), explicam que:

O processo penal, ainda que não resulte em uma sentença condenatória, é, por si só, estigmatizante e suficiente para rebaixar o nível de concretização da dignidade do ofensor e, portanto, deve ser manejado somente em último caso, quando mostrar-se estritamente adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

Assim, desde que não seja caso de arquivamento, consoante dispõe o artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro, o ofensor deverá confessar, formal e circunstancialmente, o cometimento da infração penal, lembrando-se que a infração não deve ter sido praticada com violência ou grave ameaça e a pena mínima a ela cominada deve ser inferior a 4 (quatro) anos, oportunidade em que o *Parquet* poderá realizar a proposta de não-persecução penal.

Preenchidos os requisitos acima, o autor da conduta delitiva, devidamente acompanhado do seu defensor, deverá negociar as obrigações as quais cumprirá, cumulativa e/ou alternativamente, durante um período pré-fixado, consoante dispõe os demais incisos e seus parágrafos do dispositivo em comento, *in verbis*:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Pùblico poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprevação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Pùblico como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades pùblicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pùblica ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Pùblico, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 1941).

Partindo desse cenário, observa-se que o ANPP consiste em um instrumento jurídico pré-processual, que pode levar a extinção da punibilidade do agente quando cumprido integralmente.

Nesse contexto, comprehende-se que a finalidade primordial do ANPP é evitar a propositura da ação penal, ocasionando a desjudicialização no Brasil. Para tanto, formalizado por escrito o acordo de não-persecução penal, para que seja homologado, será realizada audiência com esta finalidade, ocasião em que o magistrado deverá certificar a sua voluntariedade, ouvindo-se o investigado na presença do seu defensor, bem como a legalidade do referido acordo.

É sob essa ótica da racionalização do sistema punitivo, desafogando-se o Poder Judiciário, que não se pode deixar de elucidar acerca do instituto da audiência de custódia, o qual surge como um mecanismo humanizador do processo penal, permitindo ao magistrado uma análise prévia da necessidade ou não da prisão do indivíduo preso em flagrante, mediante contato “olho a olho” com aquele.

Nesse sentido, questiona-se a possibilidade de aplicação de um ANPP no momento da audiência de custódia. No entanto, antes de analisar o mérito dessa questão, se faz necessário entender como se dá o processamento, finalidade e o contexto no qual fora inserida a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

Dito isto, tem-se que a Audiência de Custódia, também conhecida como audiência de apresentação, nada mais é do que uma garantia, da pessoa presa em flagrante, de ser apresentada sem demora a um juiz competente ou alguma

autoridade com funções análogas para este verificar a legalidade da prisão e decidir sobretudo pela manutenção ou não da prisão daquela pessoa.

Sob esse viés Lopes Júnior (2017, p. 620) entende que a Audiência de Custódia consiste em:

[...] uma audiência, onde o preso seja – após a formalização do auto de prisão em flagrante feito pela autoridade policial – ouvido por um juiz, que decidirá nesta audiência se o flagrante será homologado ou não e, ato contínuo, se a prisão preventiva é necessária ou se é caso de aplicação das medidas cautelares diversas (art. 319).

Na prática penal, a Audiência de Custódia revela-se um instrumento processual que permitirá ao juiz analisar a situação pessoal do preso e exercer um controle direto e imediato acerca da prisão ou não do flagranteador e assegurará que nenhum maltrato ou tortura tenha sido praticado enquanto em custódia das autoridades policiais. Como fundamento que privilegia a consideração dos indícios de humanização contemporânea do processo.

O regramento do instituto da Audiência de Custódia encontra lastro normativo em dois Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário. São eles: a CADH, conhecida como Pacto de São Jose da Costa Rica ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos promulgado pelo Brasil no Decreto 592 do mesmo ano, quando então, ambos passaram a ser obrigatórios no ordenamento jurídico pátrio.

Ao julgar o caso “Acosta Calderón versus Equador” em 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que as audiências de custódia representam um instrumento de controle idôneo para evitar capturas arbitrárias e ilegais, asseverando que:

O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o não culpado de maneira coerente com a presunção de inocência (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005, p. 26, tradução nossa).

No Brasil, antes do advento do Pacote Anticrime, o diploma normativo que regulamentava expressamente a Audiência de Custódia era a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Com a entrada em vigor da Lei 13. 964 de 2019 conferiu-se nova redação ao artigo 310 do CPP, dispositivo legal que passou a cuidar

da Audiência de Custódia, dentro do capítulo que versa sobre a “ prisão em flagrante”.

No entender de Lima (2020, p. 1016):

Na sistemática adotada pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), a audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão em flagrante (preventiva ou temporária) de alguém, permitindo o contato imediato do custodiado com o juiz das garantias, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público.

Nesse ínterim, a Audiência de Custódia nada mais representa que a possibilidade de se levar o preso pré-cautelar, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, à presença de autoridade judicial, a fim de que esta delibere sobre a necessidade de manutenção da prisão em flagrante, sua conversão em preventiva, a soltura condicionada ou incondicionada do indivíduo, a presença ou ausência do estado de flagrância, bem como a integridade física e moral daquele que teve sua liberdade de ir e vir restringida.

4. (DES) CABIMENTO DA PROPOSIÇÃO DO ANPP NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Conforme já tratado alhures, o princípio da obrigatoriedade da ação penal tem sofrido mitigações, há hodiernamente diversos institutos que permitem ao Ministério Público, órgão legitimado para propor as ações penais públicas, dela dispor. Por conseguinte, vislumbra-se que com transcorrer do tempo a justiça negocial vem ganhando espaço no Processo Penal Brasileiro.

Corrobora-se o que foi supra afirmado a partir da visão do jurista Diogo Nolasco (2019, p.61), ele afirma que “o direito processual penal brasileiro caminha para uma contemporização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, mormente sobre os aspectos envolvendo a justiça negociada”.

É sob essa perspectiva de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e da promoção da justiça consensual no Processo Penal Brasileiro que se pretende avaliar o cabimento ou descabimento da propositura e homologação do Acordo de Não Persecução Penal durante a Audiência de Custódia.

Noutro giro, é primordial esclarecer que cabe ao Ministério Público, titular da *opinio delicti*, após iniciado, instruído e concluído o inquérito policial decidir acerca da possibilidade da propositura da ação penal, pedir mais diligências, ordenar o seu arquivamento e agora propor ou não Acordo de Não persecução Penal.

Nesse diapasão, o ANPP é mais um instituto que amplia as possibilidades da justiça negocial no processo penal, por meio do acordo entre MP e defesa.

Ressalte-se que mesmo antes do ingresso do ANPP no Sistema Processual Penal através da Lei nº 13.964, de 2019, entrada legislativa adequada e regular, já havia previsão do instituto na Resolução nº 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Destaca-se que apesar das diversas críticas dispensadas a esse instituto, consoante Aury Lopes Júnior (2020, p. 315), o Acordo de não Persecução Penal

É um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forjados no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial, estratégica, que demanda uma análise do que se pode oferecer e do preço a ser pago (prêmio) do *timing* da negociação, da arte negocial.

Acrescenta também o autor supracitado que se fosse feito um estudo sobre os tipos penais brasileiros e o impacto da transação penal, acordo de não persecução, suspensão condicional do processo e acordo de delação premiada, todos instrumentos negociais, que não seria surpresa que o índice excedesse 70% de tipos penais passivos de negociação, de acordo. Ainda para Lopes Júnior (2021), com o acordo de não persecução estão presentes todos as condições para um verdadeiro “desentulhamento” da justiça criminal brasileira, sem cairmos na abertura perversa e perigosa de um *plea bargaining* sem limite de pena.

A partir desse ponto de vista, o ANPP é enxergado como instrumento que permite maior celeridade e eficiência da persecução penal, assim como instituto desburocratizante, que se harmoniza com o princípio da intervenção mínima do sistema penal, e da obrigatoriedade regrada.

Em contrapartida a visão trazida acima, Marques (2020, p.11) afirma que:

A experiência fracassada dos Juizados Especiais nos obriga a receber o acordo de não persecução penal com preocupação. A rotina imposta às infrações de menor ofensividade já estava enraizada quando se alertou para o déficit de constitucionalidade. Se não instituirmos uma cultura de negociação e se não concedermos liberdade às partes, vamos replicar, na Justiça Comum, as práticas distorcidas que desnaturaram o projeto de justiça consensual.

Se tivermos uma nova safra autocrática de penas excessivas e desajustadas às condições pessoais, o que deveria ser um acordo tende a se transformar, em muito pouco tempo, em instrumento de pressão para que imputados assumam a culpa e não enfrentem a justiça. A confirmar esse cenário, não haverá como explicar a afetação à presunção de inocência.

Especificamente no que se refere a propositura e homologação do ANPP durante a audiência de custódia argui-se que se deve ter bastante cautela, uma vez que, pelo próprio nome do instituto “acordo”, deve haver um espaço temporal para que seja viável a análise fática e a real negociação dos termos do acordo, sob pena de desnaturalizar totalmente os institutos.

Ademais, a Lei nº 13.964/2019 estabeleceu como um dos requisitos para a propositura do ANPP que não fosse cabível o arquivamento do inquérito, essa condicionante permite defender que o *parquet* está obrigado a realizar uma análise jurídica preliminar da viabilidade da acusação. Além da certeza de que não é caso de arquivamento, o Ministério Público deve delinear a imputação para que seja conferida transparência às negociações do ANPP, pois o acusado e sua defesa devem entender a proposta ofertada ou os fundamentos de sua acusação.

Os motivos trazidos acima fundamentam a inadmissibilidade da propositura e homologação do ANPP na audiência de custódia, pois em razão do prazo exíguo de 24 horas que se estabeleceu para a realização dessa audiência é impossível a realização de uma efetiva negociação para celebração do ANPP. Ademais, as finalidades da audiência de custódia não se coadunam com o rito previsto para homologação do ANPP, que deve ocorrer em audiência específica para esse fim.

Consoante tratado no tópico acima, a audiência de custódia tem a finalidade de assegurar direitos humanos aos presos em flagrante, controlar a atividade policial, analisar a licitude da prisão, apurar a prática de tortura ou maus-tratos e se o flagranteadoo pode ser processado em liberdade.

Nesse ínterim, consoante Azevedo e Fonseca (2020, n.p.):

A partir do momento em que se admite ANPP na custódia, tal audiência se desnaturaliza, vez que passa a ser possível a colheita de provas relacionada ao fato que redundou na prisão do indiciado, através do interrogatório. Entretanto, a única prova passível de ser produzida nessa audiência interessará apenas à acusação e, diga-se de passagem, será promovida perante o Estado-juiz, sem acusação formal depositada em juízo, o que deforma o ato.

Acresce ainda os autores citados acima que:

A audiência de custódia será transformada em um balcão de negociação, em Justiça *fast food*, pois ante a rapidez com que os atos se desenvolvem, restará à defesa e ao indiciado sopesar as vantagens e desvantagens do ANPP, como se a liberdade do cidadão fosse uma moeda de troca, vez que será sob a ameaça de manutenção do ergástulo, que a proposta será ofertada ao investigado, tornando-se conveniente para o preso confessar. (AZEVEDO; FONSECA, 2020, n.p.)

Apesar dos argumentos expostos quanto a inadmissibilidade da propositura e homologação do Acordo de não Persecução Penal durante a audiência de custódia, há doutrinadores a exemplo de Lopes Júnior (2021) que defendem seu ou seu cabimento durante essa audiência.

Também o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Art.19, da Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020, que trata da admissibilidade da audiência de custódia ser realizada por videoconferência durante o estado de calamidade pública, inseriu a possibilidade de celebração do ANPP durante a essa audiência, conforme segue *ipis literis*:

Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. [...] § 3º A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020).

Por fim, insta mencionar sobre a existência da Orientação Conjunta nº 03/2018, revisada e ampliada a partir da edição da Lei nº 13.964/2019, do Ministério Público Federal que no item 5.3 prevê a possibilidade de oferecimento do ANPP durante a audiência de custódia. Ressalte-se que há também orientações nesse sentido oriundas dos Ministérios Públicos Estaduais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido ao colapso que as penas restritivas de liberdade (quando aplicadas em quase todos os tipos penais), causaram ao sistema penitenciário brasileiro, sabendo da superlotação vivenciada pelos apenados, bem como a inaplicabilidade de tantos outros direitos assegurados a esses indivíduos, tal desburocratização ajudará a desafogar o sistema supramencionado.

Evidentemente, deve-se evitar que criminosos saiam impunes ou até mesmo, a banalização do instituto fazendo com que haja a descaracterização do instituto do Acordo de Não-Persecução Penal (ANPP) para uma *plea bargaining*.

É imperioso mencionar que o ANPP se encontra alinhado a diversos princípios constitucionais que buscam maior efetividade da aplicação da lei penal brasileira (cita-se, por exemplo, sua harmonização com o princípio da intervenção mínima do sistema penal e da obrigatoriedade regrada), portanto, o argumento de

que esse instituto restaria constitucional, sustentado por uma minoria de doutrinadores, não encontra coerência, tampouco respaldo científico-jurídico.

Em virtude do exposto, sabendo que o ANPP é um acordo firmado entre o Ministério Público e o acusado, que sua aplicação (nos casos cabíveis), aliviaria o grande número de demandas judiciais criminais que o sistema judiciário brasileiro enfrenta, e que sua aplicação é constitucional, questiona-se acerca da possibilidade de aplicação de um ANPP no momento da audiência de custódia.

Apesar da temática ser relativamente nova e não existir ainda consenso entre doutrinadores, em virtude dos argumentos apresentados quanto a (in) admissibilidade da propositura e homologação do Acordo de não Persecução Penal durante a audiência de custódia, há doutrinadores (Aury Lopes Júnior, por exemplo), bem como resoluções do CNJ que tutelam seu cabimento durante essa audiência. Ademais, tal prática vem sendo incentivada por diversos órgãos do Ministério Público espalhados pelo Brasil.

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se ainda que a questão inerente à aplicação do ANPP, especificamente nas audiências de custódias, não se esgota por aqui, devido a alta complexidade do tema.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Nathalia Parente de; FONSECA, Tiago Abud da. O ANPP na audiência de custódia e o teatro dos horrores. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/opiniao-anpp-audiencia-custodia-teatro-horrores>. Acesso em 12 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 09 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. RESOLUÇÃO 329 DE 30 DE JULHO DE 2020: regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Acesso em 12 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompile.htm. Acesso em 09 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm#art96. Acesso em 09 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm. Acesso em 09 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. ORIENTAÇÃO CONJUNTA Nº 03/2018 Revisada e ampliada a partir da edição da Lei 13.964/2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/CCR2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>. Acesso em 12 de fevereiro de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2005). Sentença do Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Organização dos Estados Americanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Marcelo Bittencourt. Acordo de não-persecução penal e discricionariedade mitigada na ação penal pública. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. e-ISSN: 2526-0065 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 99 - 120 | Jul/Dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6031/pdf>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO: UM NOVO COMEÇO DE ERA(?). Boletim IBCCRIM- ANO 28- Nº 331- Junho de 2020- ISSN 1676-3671. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/51/2>. Acesso em 12 de fevereiro de 2021.

PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. **Justiça Penal Negociada: Uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

ROBERTI, Maura. **A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAPÍTULO X

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO DIREITO SUBJETIVO DO INDICIADO?

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-10

Bruno José Ramalho de Albuquerque

(brunojra1@hotmail.com)

ORCID – 0000-0002-2555-8233

Mestre em Sistemas Agroindustriais pela UFCG. Graduado em Direito pelo CCJS/UFCG

Graduado em Odontologia pela UEPB

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

José Witney Abreu Uchôa

(witney_uchao@hotmail.com)

ORCID 0000-0001-9724-3516

Graduado em Direito pelo CCJS/UFCG

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Lalesca Diniz de Sousa

(lalescadiniz@gmail.com)

ORCID – 0000-0002-0320-4346

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Potiguar

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Lydia Araújo Alves

(lidiaaraújo_@hotmail.com)

ORCID – 0000-0003-3096-4268

Advogada. Graduada em Direito pelo CCJS/UFCG

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG.

Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

RESUMO

Com o advento das práticas de ressocialização e da justiça restaurativa, nasce com uma nova roupagem o Direito Penal Negocial no ordenamento jurídico brasileiro, através da promulgação da Lei nº 13.964/2019, a qual, entre um de seus aspectos inovadores, reacende a possibilidade de acusação e defesa negociarem termos e possibilidades de entrega e coleta de informações através de um Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Para ser possível a formalização deste acordo, torna-se necessário o preenchimento de alguns requisitos legais por parte do indiciado. Através deste acordo, não há instauração de um processo penal e havendo descumprimento, o investigado poderá ser denunciado pelo Ministério Público (MP). A problemática da presente pesquisa resume-se com a seguinte questão: o ANPP é direito subjetivo do indiciado ou mera faculdade do órgão acusatório? O objetivo geral da presente pesquisa consiste em analisar o ANPP em linhas gerais para observar se o mesmo é um direito subjetivo do indiciado ou uma mera faculdade da acusação, e como objetivos específicos tem-se: examinar as nuances do acordo firmado entre o MP e o indiciado; e, verificar as condições para que o mencionado acordo seja formalizado. Para a consecução dos objetivos, a metodologia empregada consistirá na aplicação do método dedutivo, partindo-se de premissas gerais, para se chegar à análise específica proposta por esta pesquisa. Além disso, este estudo pode ser tipificado como uma pesquisa bibliográfica e documental, pois foi realizado um estudo da legislação, da doutrina e de artigos científicos. Ao final, como resultado deste estudo tem-se que o acordo de não persecução penal consubstancia-se em uma mera faculdade do Ministério Público, proibindo-se ao Poder Judiciário exigir que a acusação ofereça este benefício.

Palavras-chave: direito penal negocial; acordo de não persecução penal (ANPP); Ministério Público.

1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar na temática, torna-se necessário compreender a figura do direito penal negocial, o qual está presente na prática dos Juizados Especiais Criminais. Por intermédio da lei 9.099/95, o legislador trouxe a figura dos crimes de menor potencial ofensivo, que são aqueles cuja pena máxima não excede dois anos, bem como a figura do instituto da transação penal.

Pelo instituto da transação penal, quando o indivíduo pratica um crime de menor potencial ofensivo, o Ministério Público, preenchidas as condições legais, deixa de oferecer a denúncia e apresenta um acordo. Em sendo efetivamente cumprido, não haverá processo contra o autor do fato, e em caso de descumprimento, abre-se a possibilidade para que o órgão acusatório ofereça a denúncia. Essa medida é apontada por muitos como o início para a consensualidade no âmbito criminal.

No ano de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público introduziu uma nova medida despenalizadora no processo penal, qual seja a figura do Acordo de Não Persecução Penal. Esta medida foi introduzida por meio da Resolução nº 181/2017, a qual admitiu essa negociação para os autores de crimes cuja pena máxima não excedesse a quatro anos. A constitucionalidade desta Resolução foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, porque essa resolução não era a via adequada para tratar de questões relativas à processo penal, pois o meio adequado seria uma lei. Tendo sido este o argumento utilizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Associação dos Magistrados do Brasil, através das ações direta de inconstitucionalidade de número 5.790 e 5.793.

Dirimindo eventuais questionamentos sobre a Resolução mencionada surgiu a previsão legal do Acordo de Não Persecução Penal, através da lei 13.964/2019, denominada de “Pacote Anticrime”, onde foi inserido o artigo 28-A no Código de Processo Penal. Constatou-se que este acordo ampliou a figura da consensualidade no âmbito criminal, cuja medida já tinha sido inserida por intermédio do instituto da transação penal.

O Direito Penal Negocial já é uma realidade em países que priorizam a solução e resolução consensual de conflitos, a exemplo da nação norte-americana. Nas negociações realizadas e em acordos extrajudiciais com investigados e possíveis réus, antes mesmo da apuração de provas e saneamento realizado pelo emérito

magistrado, acusados fazem acordos com o órgão acusatório. Estes acordos apresentam-se como uma alternativa ao cumprimento de pena privativa de liberdade, estando o investigado/indiciado obrigado ao pagamento em pecúnia, ou prestar serviço à comunidade, com o objetivo de evitar a exposição pública e a marcha processual.

Nesse desafio de questionar ou não a realidade das práticas e condutas do acusado, o Brasil, a fim de desafogar o sistema penitenciário, adota de forma gradual a sistemática de possibilidade de não persecução penal, em comunhão com os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O que já se iniciou com os Juizados, ganhou uma maior amplitude com a lei 13.964/2019.

A problemática da presente pesquisa nasce do seguinte questionamento: o acordo de não persecução penal é direito subjetivo do indiciado ou uma mera faculdade do Ministério Público? Dessa forma, tem-se como objetivo geral analisar a natureza jurídica da persecução penal para verificar se a mesma poderá ser encarada com um direito subjetivo do investigado ou indiciado. São objetivos específicos deste estudo: examinar o acordo de não persecução penal em suas nuances e verificar as condições para que este instrumento possa ser formalizado.

Ademais, para atender os objetivos propostos será adotado o método dedutivo, pois partirá de premissas gerais sobre o acordo de não persecução penal para depois chegar à análise mais específica, qual seja ser ou não o mencionado acordo um direito subjetivo do indiciado. A pesquisa será bibliográfica e documental, onde serão analisadas as leis em vigor, a doutrina e artigos científicos que tratam do Acordo de Não Persecução Penal.

2. ASPECTOS GERAIS

Diante das diversas premissas da Administração Pública sob a perspectiva do interesse público e do bem comum, no processo penal brasileiro tem-se o Princípio do *favor rei*, conhecido como Princípio do *favor innocentiae, favor libertatis*, ou *in dubio pro reo*, sendo considerado como um dos mais importantes princípios do Processo Penal.

O processo penal, além ter o – *rever? favor rei* como princípio basilar decorrente do princípio da presunção de inocência, influenciando diretamente até mesmo na interpretação das normas no que diz respeito à dúvida sobre a culpa do

acusado, a fragmentariedade do Direito Penal se coaduna nitidamente com os mesmos, tendo como direcionamento a Intervenção Mínima do Estado juntamente com o Princípio da Insignificância.

Uma das grandes inovações do Pacote Anticrime foi a introdução do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, mais precisamente nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal. Sobre essa nova benesse surge uma grande discussão na doutrina e na jurisprudência diante da natureza jurídica do acordo.

Por questões de política criminal, o substrato para a criação do instituto está na desburocratização da persecução penal e na relativização da necessidade de privação de liberdade do réu. O Estado abre mão, em certas circunstâncias, do seu direito/dever de punir o agente com sanções penais privativas de liberdade, substituindo-as por obrigações não imperativas, menos incisivas e talvez até mais eficientes em virtude de abreviarem o tempo para a solução dos conflitos.

Tendo em vista que tal instituto mostra uma evolução do Estado na resolução dos conflitos, a grande celeuma na doutrina e na jurisprudência recai sobre o fato do ANPP ser ou não um direito subjetivo do investigado e se ele mesmo poderia “reclamar” em juízo a homologação do acordo preenchidos os requisitos do art. 28-A do CPP. Com relação aos institutos mais antigos vingou a ideia consolidada no seguinte enunciado:

Súmula 696/STF - Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissidente, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Percebe-se a opção da Suprema Corte em negar a natureza jurídica de direito subjetivo para a transação e a suspensão condicional do processo. Afinal, fosse um direito não poderia ser afastado da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). Então, assim como acontece quando não se apresenta a denúncia e o juiz não pode determinar que o Ministério Público o faça, já que a sua promoção é privativa do *Parquet*, nos termos do art. 129 da CF, também não poderá o juiz ordenar imperativamente o ANPP e nem fazer as vezes do promotor oferecendo o acordo no seu lugar; isso macularia o sistema acusatório.

Nesse ínterim é que a doutrina vem alinhando a natureza jurídica do ANPP no seguinte sentido:

É precisamente com base no poder/dever do Ministério Público de realizar uma adequada política criminal, extraído fundamentalmente da sua titularidade da ação penal, ostentando o monopólio da ação penal

pública (“Anklagemonopol”), é que se manifesta a possibilidade de celebração de acordos de não persecução penal. [...] cabe aqui reforçar que a natureza jurídica do acordo de não persecução penal é a de negócio jurídico, em que o Ministério Público veicula uma política criminal (eleição de prioridades), regrada pelos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal (Cabral, 2020).

Compartilhando o mesmo entendimento, o Enunciado nº 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e da União – CNPG e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal – GNCCRIM: o ANPP “é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.

2.1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ENQUANTO DIREITO SUBJETIVO DO INVESTIGADO

Doutrinadores de renome nacional, como é o caso do insigne Aury Lopes Júnior, sustentam de forma implacável que o Acordo se constitui de um claro direito subjetivo do investigado, como se pode observar neste excerto do seu mais recente artigo publicado acerca da temática aqui discutida:

Entendemos que – preenchidos os requisitos legais – se trata de direito público subjetivo do imputado, mas há divergência no sentido de ser um “poder do Ministério Público” e não um direito do imputado. Uma vez formalizado o acordo e cumpridas as condições estabelecidas, será extinta a punibilidade, não gerando reincidência ou maus antecedentes, registrando-se apenas para o fim de impedir um novo acordo no prazo de 5 anos (inciso III do § 2º) (Lopes Júnior, 2020).

Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, ao tempo em que dizem que o ANPP “implica a aplicação de pena criminal” (diferente do que sustenta boa parte da doutrina, que afasta a natureza de ‘pena’ das obrigações impostas), aprofundando o tema, assim se manifestam sobre o requisito, inclusive trazendo algumas situações concretas:

O principal critério trazido pela nova lei, contudo, remete à circunstância já conhecida na modulação da aplicação da pena. Trata-se do condicionamento do juízo acerca da assunção do acordo segundo “seja necessário e suficiente reprimir e prevenir o crime” (art. 28-A). Aqui, como visto, importantíssimo papel foi reservado ao Ministério Público, em primeiro lugar, e, depois, ao juiz das garantias, responsável pela homologação do acordo. Sempre estará presente o risco de excesso de subjetivismo na compreensão dessa circunstância nos casos concretos. Como o rol de crimes abrangidos pela possibilidade do acordo de não persecução é demasiado extenso, a Justiça Penal negociada poderá se tornar a principal alternativa para o sistema, desde que a aplicação das novas regras obedeça a critérios mais ou menos objetivos, e, de preferência, regulados normativamente no âmbito interno do Ministério Público.

(...)

Será de fundamental importância o exame cuidadoso da culpabilidade do agente, as circunstâncias e a danosidade do fato, já a ser examinada concretamente. A reiteração de fatos da mesma natureza – ou até mesmo de outra – deverá ser levada em conta, bem como a primariedade e ausência de antecedentes do agente. Relembre-se que há previsão de impossibilidade do acordo para investigados reincidentes ou em conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (art. 28-A, § 2º, II).

(...)

Já do ponto de vista de política criminal, a despeito de sermos amplamente favoráveis às alternativas ao cárcere, pensamos que os requisitos previstos na Lei, para a fruição do acordo de não persecução, podem se revelar tímidos, quando não subjetivos em demasia, para separar questões graves de outras, de menor impacto. Delitos como a lavagem de dinheiro, por exemplo, não podem ser dimensionados unicamente pelo valor lavado, a depender de como se entender sua objetividade jurídica (bem jurídico tutelado). Enfim, nada como o tempo e a efetiva aplicação da Lei para se poder avaliar o acerto (ou não) legislativo. Sigamos (PACELLI, 2020).

Tendo em vista os diversos posicionamentos a respeito do tema, percebe-se que existe uma tendência, mesmo que de forma sutil, a um direcionamento do ANPP ser uma obrigação legal do Ministério Público em requerer o acordo, uma vez preenchidos os requisitos do art. 28-A do CPP.

Não se pode negar que o ANPP é visto por alguns como uma forma de o investigado se esquivar de uma pena privativa de liberdade, mas não se pode olvidar de que a pena privativa de liberdade é apenas uma das formas de punição do Direito Penal, sendo, portanto, a mais incisiva e burocrática. Destarte, sendo uma forma alternativa de cumprimento de pena diante das várias possíveis, nada mais justo do que possibilitar ao investigado o poder de sugerir a aplicação do ANPP ou requerê-lo de imediato ao magistrado mediante a comprovação do cumprimento de tais requisitos. Tem-se que não é contraditório entender o ANPP como sendo um direito subjetivo do indiciado, como se infere a seguir:

A ampliação da justiça criminal consensual com o chamado ANPP não impede o seu reconhecimento como direito público subjetivo do autor do fato. Afirmar que o “Acordo de Não Persecução Penal” é um ato negocial e, concomitantemente, um direito subjetivo do investigado não é contraditório (Resende, 2020, p. 16).

Pode-se afirmar ainda que a não observância ou o desleixo do Ministério Público em realizar o acordo diante do preenchimento de seus requisitos legais, sugere uma intervenção do próprio magistrado ou até mesmo do investigado em representar pela aplicação de tal instituto, não importando, portanto, qualquer mácula ou quebra da titularidade do Ministério Público sobre a ação penal pública.

Sabe-se, portanto, que o Acordo de Não Persecução Penal é um negócio jurídico pré-processual celebrado direta e unicamente entre o Ministério Público, o acusado e seu defensor como medida alternativa à instauração de um processo criminal; um verdadeiro benefício despenalizador fruto de concessões e ajustes recíprocos entre as partes supramencionadas, sem intervenção do Judiciário quanto ao mérito do acordo.

A benesse, portanto, é explícita, amplamente louvável, pois cultiva ideais de justiça compositiva a criar mais um subsídio permissivo de atuação negocial ao Parquet resolvendo questões que lhes são postas pela sociedade no processo de construção de um Ministério Público Resolutivo mais presente em detrimento do Parquet demandista (GOULART, 1998).

Ao lado de outros instrumentos de justiça negociada, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, o ANPP revela-se não como uma novidade no ordenamento jurídico pátrio, pois que já existente enquanto política criminal na Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (alterada pela Resolução n. 183/2018 do CNMP), mas inaugura, através da novel legislação, uma realidade promissora sob diversos aspectos: na otimização de recursos públicos; ao desafogar o judiciário brasileiro que comumente está assoberbado de processos de menor e médio potencial ofensivo, e quando concede ao acusado a possibilidade de, obedecidas as condições impostas, livrar-se das agruras de um processo criminal e de uma futura privação da sua liberdade.

2.2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ENQUANTO FACULDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Há, por parte de diversos autores, a defesa de que deve ser dada solução jurisprudencial semelhante à que foi conferida à suspensão condicional do processo e à transação penal pelo STJ (Jurisprudência em Teses, Edição 96, 2018) e STF (RE 468.161/GO) quanto à natureza jurídica do ANPP, como sendo uma faculdade do Ministério Público a sua proposição, conforme as peculiaridades do caso concreto, desde que necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal, não podendo o judiciário exigir que o Ministério Público ofereça o benefício (ARAS, 2020).

Ante a ausência de assentamento jurisprudencial regulando o assunto, torna-se ainda mais relevante a pesquisa em torno das nuances que envolvem a natureza

jurídica do instituto do ANPP, mormente na análise das jurisprudências isoladas que começam a surgir nos Tribunais pelo país e que vislumbram a proposição do instituto como sendo uma faculdade do Ministério Público, a saber:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PORNOGRAFIA INFANTIL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. FACULDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MANIFESTAÇÃO DA INSTÂNCIA REVISORA DO MP. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. ORDEM DENEGADA. 1. O acordo de não persecução penal - ANPP foi introduzido no CPP pela Lei 13.964/2019, como medida despenalizadora que se insere no rol de exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação. 2. A celebração do ANPP é faculdade do Ministério Público; não é um direito subjetivo do acusado e o juízo final a respeito de sua viabilidade jurídica está situado no âmbito da própria Instituição. 3. Conforme disposto no Enunciado 45 do Encontro Temático de Acordo de Não Persecução Penal: a impugnação pelo réu à Câmara de Coordenação e Revisão da ausência de proposta de ANPP (Art. 28-A, parágrafo 14, do CPP) não tem efeito suspensivo do andamento de eventual ação penal ajuizada. 4. Habeas Corpus admitido e ordem denegada. Processo nº: 0747065-80.2020.8.07.0000 Data de Julgamento: 03/12/2020 Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal TJDF.

Nesse sentido, Souza e Dover, citado por Cunha aduzem que “entender o ANPP como obrigatoriedade seria o mesmo que estabelecer-se um autêntico Princípio da Obrigatoriedade às avessas” (CUNHA. 2017). Alguns autores, porém, defendem que o Princípio da Obrigatoriedade exige apenas uma manifestação concreta do Parquet quanto à propositura ou não do acordo, abrindo, assim, a possibilidade recursal pelo acusado ao Órgão Superior do Ministério Público (Art. 28-A, §14, CPP), mas nunca perante o Judiciário.

Assim é o entendimento da segunda e terceira Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Paraná:

HABEAS CORPUS - PACIENTE DENUNCIADA PELOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, CAPUT, C/C 40, INCISO VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006 E NO ART. 310 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - INSURGÊNCIA CONTRA A RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM OFERECER O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DO INDEFERIMENTO POR PARTE DO MAGISTRADO EM ENCAMINHAR OS AUTOS À INSTÂNCIA DE REVISÃO MINISTERIAL - NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO ART.28-A, §14, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM ATENÇÃO ÀS DIRETRIZES INTRODUZIDAS PELA LEI 13.964/19 E TENDO EM CONTA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO SENDO DE ESTRUTURA ACUSATÓRIA - INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO PELO JUIZ ACERCA DO MÉRITO SOBRE O CABIMENTO DO ACORDO - QUESTÃO A SER ANALISADA EXCLUSIVAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONDIÇÃO DE TITULAR DA AÇÃO PENAL PÚBLICA - SUSPENSÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E ENCAMINHAMENTO À INSTÂNCIA DE REVISÃO MINISTERIAL COMO MEDIDA QUE SE AFIGURA ADEQUADA NO CASO EM APREÇO - HABEAS CORPUS CONCEDIDO. (TJPR - 3ª C.Criminal - 0031297-09.2020.8.16.0000 - Cascavel - Rel.: Juiz Antonio Carlos Choma - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Juíza Ângela Regina Ramina de Lucca - J. 06.08.2020).

HABEAS CORPUS - CRIME - POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO (ARTIGO 12 DA LEI Nº 10.826/03) - INSURGÊNCIA EM FACE DE ATO DO SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA QUE EM SEDE DE REVISÃO FORMULADA COM BASE NO §14, DO ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PRONUNCIOU PELO NÃO CABIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE - PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM OFERECER ACORDO - IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO OBRIGAR O PARQUET CELEBRAR ACORDO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO - ORDEM DENEGADA (TJPR - 2ª C.Criminal - 0031985-68.2020.8.16.0000 - Londrina - Rel.: null - J. 20.08.2020).

O MPF chegou a publicar uma Orientação Conjunta nº 03/2018 das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Revisão Criminal da PGR na qual entendeu-se não ser o ANPP direito público subjetivo do investigado (item 1.2), mas faculdade do membro do Parquet a sua formalização, dentro de uma discricionariedade regrada (item 1.2), e, se houver recusa fundamentada deverá no mesmo ato em que se comunicar o indeferimento da proposta informar ao investigado sobre o direito de revisão (item 1.3).

Esse entendimento corrobora, inclusive através da dicção legal do artigo 28-A, que não basta apenas o preenchimento dos requisitos do ANPP por parte do investigado para que o acordo seja firmado, mas, imbuído de uma discricionariedade regrada, deve o membro do Ministério Público fazer uma análise acerca da necessidade e suficiência do negócio jurídico para a reprovação e prevenção do crime.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, em que pese ser um instituto relativamente recente no ordenamento pátrio, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), criado, inicialmente, em 2017, pela Resolução nº 181 e alterada pela Resolução 183/2018 ambas pelo Conselho Nacional do Ministério Público e introduzido pelo denominado “Pacote Anticrime” através da Lei nº 13.964 de Dezembro de 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, estabeleceu suas diretrizes no art. 3º do referido normativo legal, onde acrescentou à redação do art. 28 do CPP, o art. 28-A, dispondo que não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor o Acordo de Não Persecução Penal.

Nesse diapasão, inaugurou-se controvérsia acerca da natureza jurídica do referido benefício legal no cenário nacional. De um lado, os que defendem que o

assim designado ANPP é direito subjetivo do investigado e, do outro lado, os que sustentam se tratar apenas de uma faculdade do Ministério Público e não propriamente um direito público subjetivo do interessado oponível contra o Estado.

Assim sendo, sob o crivo de uma hermenêutica constitucional e da leitura do art. 28-A do Código de Processo Penal conforme os direitos fundamentais, a qual parcela da doutrina se filia, o Acordo de Não Persecução Penal se revela um posicionamento jurídico decorrente do direito fundamental à liberdade de locomoção, constituindo-se, portanto, em direito público subjetivo do investigado. Nesse ínterim, ao Ministério Público é defeso deixar de propor o acordo ao interessado quando presentes todos os requisitos legais do benefício, sob argumento de conveniência e oportunidade para a promoção da ação penal em juízo, sendo-lhe vedado criar obstáculos arbitrários e, especialmente, subjetivos à celebração do acordo.

Ainda nessa esteira, ao Parquet cabe apenas a análise de preeenchimento dos requisitos pelo investigado e, posteriormente, negociar sobre as condições a serem estabelecidas propondo ao interessando, cumulativa ou alternativamente, por exemplo, a reparação do dano, pagamento de prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, não lhe competindo a decisão sobre o cabimento ou não do benefício.

Entretanto, posicionamento divergente de outra parcela doutrinária leciona que o referido benefício legal é mera faculdade do Ministério Público, não se constituindo em um direito subjetivo, mesmo que o acusado atenda aos requisitos legais do benefício, devendo, porém, a recusa ser fundamentada pelo órgão acusador. Não obstante, para esses autores, deve ser dada idêntica solução jurisprudencial conferida à suspensão condicional do processo e à transação penal pelo STJ (Jurisprudência em Teses, Edição 96, 2018) e STF (RE 468.161/GO) quanto à natureza jurídica do ANPP, como mera faculdade do Ministério Público a sua proposição, em conformidade com as peculiaridades do caso concreto, desde que necessário e suficiente para a reaprovação e a prevenção da infração penal, proibindo-se ao judiciário exigir que o Ministério Público ofereça o benefício.

Nessa perspectiva, utilizar-se-ia a *ratio* da decisão da Corte Suprema para justificar que o Acordo de Não Persecução Penal não seria direito público subjetivo do investigado, tendo-se em vista a natureza consensual do novel instituto e a

titularidade da ação penal ser, nos casos de crime de ação penal pública, do Ministério Público.

Por fim, tendo em vista a dissonância sobre se o Acordo de Não Persecução Penal se configura em direito subjetivo do investigado ou uma faculdade do Ministério Público, conclui-se pela urgência com que o tema deve ser enfrentado pelo Poder Judiciário para se chegar a um denominador comum, já que o legislador não apresentou de forma clara sua pretensão nesse aspecto.

REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. Comentários ao Pacote Anticrime (6): a natureza jurídica do ANPP e a recusa a sua celebração. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2020/05/18/comentarios-ao-pacote-anticrime-6-a-natureza-juridica-do-anpp-e-a-recusa-a-sua-celebracao/>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2021.
- BEZERRA; Higyna Josita Simões de Almeida.; JÚNIOR, Aury Lopes. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#author>>. Acesso em 09 fevereiro de 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público CNMP. Resolução nº 181, de 07 de ago. de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em 09 fevereiro de 2021.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal.** Salvador: JusPodivm, 2020.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches et. al. **Acordo de Não Persecução Penal. Resolução 181/2017 do CNMP.** 1^a ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- CUNHA, Rogério Sanches. 2020. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador : JusPodivm, 2020.
- GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis.** Leme (SP): Editora de Direito, p. 112. 1998.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5^a ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

PACELLI, Eugênio e Fischer, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>. Acesso em 12 de abril de 2022.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12^a ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

CAPÍTULO XI

ANÁLISE ACERCA DA NECESSIDADE DE EQUIPE ESPECIALIZADA PARA A OITIVA DE INCAPAZES NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-11

Guerrison Araújo Pereira de Andrade

(guerrisonpa@uol.com.br)

ORCID - 0000-0001-6989-5621

Professor Adjunto IV do CCJS/UFCG. Graduado em Direito pela UFPB

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA

Universidade Federal de Campina Grande

Edna Leandro da Cruz Poujeaux Gonçalves

(ednagoncalves92@outlook.com)

ORCID - 0000-0002-0673-8351

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal - UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Iane Maria Oliveira Gonçalves Silva

(iane_oliveira18@hotmail.com)

ORCID - 0000-0002-3599-3474

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal - UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Sonyara Benício do Nascimento

(sonyarabenicio.adv@gmail.com)

ORCID - 0000-0002-3935-3458

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal - UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Suanderson Borges Lopes

(suanderson.adv@hotmail.com)

ORCID 0000-0002-3903-8124

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal - UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

RESUMO

As provas no processo penal têm o condão de direcionar o julgador a encontrar com maior verossimilhança a realidade dos fatos. Nesse diapasão, uma das espécies probatórias mais controvertidas presente na instrução processual é a prova testemunhal, a qual por si somente, em algumas situações, consegue converter uma provável absolvição em condenação, bem como demonstrar a inocência do acusado. Desse modo, cabe trazer à discussão a relevância do testemunho de pessoas incapazes enquanto elemento probatório, como também questiona-se o modo mais salutar para que esta coleta de informações seja feita sem que ocorram prejuízos à testemunha. Tal análise justifica-se em razão da elucidação de diversos crimes restar prejudicada quando a única testemunha do crime é pessoa incapaz e não haver na maioria das comarcas do país uma estrutura apta para oitiva das mesmas sem que seu testemunho incorra em traumas e demais danos. Isto posto, o presente artigo tem como objetivo principal promover uma análise acerca da importância do testemunho dos incapazes como prova no processo penal e discutir a forma mais benéfica para que isso seja feito, e como objetivos específicos identificar na estrutura normativa pátria as normas e jurisprudência atinentes ao tema e demonstrar a necessidade de oitiva especializada, levando em conta à integridade física e mental das testemunhas mais frágeis. Para elaboração do artigo, utiliza-se o método dedutivo de abordagem, como técnica de pesquisa a bibliográfica, realizada através da pesquisa doutrinária, na qual foram utilizados jurisprudência, legislação e artigos científicos, além da apreciação do Código de Processo Penal e outros dados de relevância para o tema abordado. Assim, considerando-se que haja lucidez da testemunha, e que para cada modalidade de incapacidade existe uma compreensão diferente dos fatos, é indispensável que cada comarca promova oitivas especializadas, levando-se em consideração a cognição de cada testemunha, a fim de que os processos criminais sejam melhor instruídos e a verdade real dos fatos seja alcançada.

Palavras-chave: testemunha incapaz; prova; oitiva especializada.

1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a prova testemunhal foi aceita apenas como subsidiária em relação às demais apresentadas em face dos casos concretos, como forma de validar a prova pericial ou documental. Com os anos, sua importância foi robustecida, tendo atualmente, em algumas situações, maior relevância em detrimento das demais espécies probatórias, como ocorre em alguns processos que envolvem estupro, onde a palavra da vítima tem peso suficiente para gerar condenação. Isto ocorre, porque as testemunhas através de suas narrativas conseguem melhor imprimir os fatos descritos na mente do julgador, seja ele magistrado ou jurado, de forma a transportá-lo à cena do crime com maior proximidade e exatidão.

Embora as provas não sejam ordenadas hierarquicamente, a prova testemunhal é avaliada como uma prova frágil e fácil de ser desacreditada. Em se tratando da oitiva de testemunha incapaz, vislumbram-se os critérios de incapacidade considerados, não sendo proibido que os incapazes sejam ouvidos no processo criminal, bem como a legislação pátria assegura, mas é preciso que se demonstre que a testemunha é digna de fé.

Dessa forma, as provas testemunhais, a depender de cada caso, passam por um crivo legal antes de serem aceitas na instrução processual penal, haja vista que algumas testemunhas não são aceitas para depor em razão de enfermidade mental ou pelo critério etário. Ocorre que, em diversas situações, as provas existentes nos autos do processo são insuficientes para que se chegue à conclusão e elucidação do caso.

Assim, é comum acontecer de a única testemunha do fato, que pode ser ou não a vítima, se tratar de pessoa incapaz, situação que por si só tende a excluir a credibilidade de toda a narrativa, o que pode infaustamente gerar impunidade em diversos casos concretos.

Para tanto, questiona-se a necessidade de uma avaliação por profissionais habilitados, a fim de que haja inclusão da prova testemunhal produzida por pessoas incapazes na instrução dos processos criminais, especialmente diante de casos em que as provas já produzidas sejam insuficientes à constatação da autoria delitiva e materialidade dos crimes e a única testemunha fática seja deficiente mental ou

criança que, mesmo com pouco discernimento, consiga expressar alguma informação com utilidade à elucidação dos fatos.

Assim, a presente pesquisa justifica-se posto que se propõe a explorar a temática acerca do testemunho da pessoa incapaz, usualmente contraditada nos tribunais, como prova substancial ao processo penal, uma vez que, estabelecida uma comunicação na linguagem entendida pela testemunha, os profissionais habilitados para tal extraiam da mesma sua versão dos fatos de modo não invasivo a ponto de lhe ocasionar prejuízos.

Dessa forma, o presente trabalho terá como objetivo geral analisar a relevância da testemunha incapaz no processo penal e a importância de seu depoimento ser aceito como prova. E como objetivos específicos, identificar na legislação pátria os dispositivos que abordam a temática; verificar o posicionamento adotado pelos tribunais superiores; e demonstrar a necessidade da testemunha incapaz ser ouvida por profissionais especializados, em linguagem que a mesma compreenda, bem como que isto ocorra em ambiente adequado às suas necessidades, no intuito maior de que o depoimento não lhe traga danos.

Portanto, ao constatar-se a importância da temática, é imperioso que sejam desenvolvidas metodologias para que o incapaz, ao testemunhar, possa ser ouvido em um contexto onde seja levada em consideração a sua fragilidade e suas necessidades.

2. OS INCAPAZES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro atribui a todo ser humano uma personalidade jurídica, que surge com o nascimento com vida, salvo a exceção que a lei dispõe da concepção dos direitos do nascituro, conforme preceitua o artigo 2º do Código Civil. Assim, concede às pessoas direitos e deveres diante de suas obrigações, em razão de serem detentores de capacidade civil para assumir seus atos na ordem civil, com exceções dos incapazes que não apresentam aptidão para exercê-los na sua totalidade.

Caio Mario da Silva Pereira dispõe que:

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com este sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na

efetivação ou está apto a concretizar-se. Quem tem aptidão para adquirir direito deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição (PEREIRA, 2007, p. 263).

Assim, existem dois tipos de capacidade jurídica: a de direito e a de fato, a primeira caracteriza-se quando toda pessoa se torna apta a adquirir direitos e deveres na ordem cível, conforme expõe o artigo 1º do Código Civil. Para Bitencourt (2020), a pessoa detentora de personalidade possui capacidade de deter seus direitos. Já a capacidade de fato é quando o ser humano atingindo a maioridade e com a sua emancipação torna-se apto para exercer todos os atos da vida social. Insta expor que, os incapazes são exemplos de pessoas que não possuem esses tipos de exercício.

No entanto, conceituam-se os incapazes como sendo aqueles que não apresentam aptidão para exercer seus direitos e deveres de forma plena e integral, sendo apresentados como absolutamente e relativamente incapazes, conforme artigo 3º e 4º do Código Civil os absolutamente são os menores de dezesseis anos e os relativamente são os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os que não puderem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente e os pródigos. Assim, todos os incapazes não possuem o desenvolvimento mental para expressar e manifestar sua vontade, se enquadrando em uma predileção legislativa. Para João Manoel Scandiuzzi Oliveira de Resende:

Tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela intercorrência de um fator genérico como tempo (maioridade ou menoridade), de uma insuficiência somática (loucura, surdez-mudez). Aos que assim são tratados por lei, o direito denomina incapazes. Logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil, dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e sob o prisma jurídico, aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial (RESENHA, 2021, pg. 10/11).

Ressalta-se que os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos que podem exercer na sua integralidade os seus atos, desde que sejam assistidos por um representante legal, ou os pais ou os tutores, os artigos 1.690 e 1.747 do Código Civil que preceituam:

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados. Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles

recorrer ao juiz para a solução necessária. Art. 1.747. Compete mais ao tutor: I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte [...]

Assim, caso não seja obedecido o ditame legal imposto aos incapazes no ato do negócio jurídico o mesmo tornará nulo de direito, para Diniz (apud RODRIGUES, 2014, p. 190), leciona que o menor relativamente incapaz não poderá: “eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte ou se, no ato de obrigar-se, espontaneamente se declarou maior”, como estabelece o artigo 180 do Código Civil. Para Pereira (2007, p. 282) os relativamente incapazes não são “privados de ingerência ou participação na vida jurídica. Ao contrário, o exercício de seus direitos se realiza com a sua presença”.

O doutrinador Caio Mario da Silva Pereira leciona a capacidade como regra e a incapacidade como exceção:

Por isso mesmo se diz que a regra é a capacidade, e a incapacidade é exceção, ou, enunciado de outra maneira, afirma-se que toda pessoa tem a capacidade de direito ou de aquisição, e presume-se a capacidade de fato ou de ação; somente por exceção, e expressamente decorrente de lei, é que se recusa ao indivíduo a capacidade de fato. É por isso, também, que ninguém tem a faculdade de abdicar da sua capacidade, ou de se declarar incapaz, ou de reduzir a sua capacidade, seja de gozo, seja de ação (PEREIRA, 2007, p. 265).

O sistema dos incapazes abrange todas as disposições legais que diz respeito ao exercício do direito personalíssimo, seguindo o princípio de que a incapacidade é exceção e a capacidade a regra. Rodrigues (2002, p. 41) leciona que “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos direta e pessoalmente”.

Ao estabelecer normas especiais e diferenciadas que versam sobre a proteção dos incapazes, faz-se necessário uma maior atenção a esse instituto, tendo em vista que o estado da pessoa está relacionado com a ausência ou restrição na prática dos atos cíveis, posto a falta de cognição da pessoa natural, o Código Civil dispõe de alguns dispositivos que versam sobre a proteção dos incapazes, como: o artigo 198, I e 208 do Código Civil, lecionada que os absolutamente incapazes não poderá ocorrer decadência e prescrição no seus prazos, consoante ao artigo 1.691 do Código Civil expõe a impossibilidade dos genitores do incapaz alienarem ou gravarem com ônus real os imóveis dos mesmos, salvo com autorização judicial (BITENCOURT, 2020).

Pode-se ainda mencionar os artigos 814 e 181 do Código Civil que aborda a possibilidade de haver uma recobrança no valor pago a título de dívida de jogo ou aposta pelo incapaz, e por fim outra proteção aos incapazes diz respeito à partilha de bens que deverá ser judicializada, não podendo ser na base consensual e de que ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não prova que reverteu em proveito dele a importância paga (PEREIRA, 2007).

Para Caio Mario da Silva Pereira defende a ideia de que:

De fato, ainda hoje se considera que não há intermitências na incapacidade, sendo fulminados da mesma invalidade tantos os atos praticados nos momentos de crise psicopáticas quanto os celebrados nos intervalos de lucidez. A preocupação do legislador é estatuir a segurança social, e esta ficaria ameaçada se toda ação do indivíduo anormal se sujeitasse a uma verificação, a saber, se ocorreu quando estava mergulhado nas sombras da sua insanidade ou flutuava na superfície do discernimento (PEREIRA, 2007, p. 260).

Portanto, ressalta-se que a incapacidade é cessada quando deixarem de existir os motivos que a deflagraram, ou seja, quando a pessoa completar a maioridade ou quando desaparecer a enfermidade mental do indivíduo, Diniz (2014, p. 221) argumenta que “a incapacidade termina, em regra, ao desaparecerem as causas que a determinaram. Assim, p. ex., no caso da loucura [...], cessando a enfermidade físico-psíquica que as determinou”, sendo assim, resultará na plena capacidade jurídica de exercer seus atos na vida civil tornando apto a exercer todos os seus direitos e deveres.

3. AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Entende-se que a prova no âmbito do processo penal se caracteriza como um dos meios de reconstruir fatos passados em busca da verdade real dos fatos e acontecimentos, integrando, deste modo, um dos meios de construção de convencimento do julgador, o qual por aquela deverá ser influenciado para sua convicção e legitimação da sentença.

Inicialmente, deve-se elucidar que o vocábulo da palavra “prova” é originário do latim *probatio*, que consequentemente advém do verbo *probare*, que tem seu significado firmado em “demonstrar”, “reconhecer”, “formar juízo de”, sendo, desta forma, segundo Capez (2007), caracterizado como todo elemento que possa levar ao conhecimento de um determinado fato, ou de alguém.

Posteriormente, se faz necessário destacar que as provas estão pré-determinadas no ordenamento jurídico brasileiro no Código de Processo Penal, em seu título VII a partir do artigo 155, como se infere a seguir:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (art. 155, Decreto – lei nº 3.689/41).

Posto isto, pode-se declarar que, em uma análise mais significativa do tema, prova é a soma dos motivos geradores da certeza, sendo compreendidos em seus aspectos, conceitos subjetivos e objetivos. Neste mesmo linear, o doutrinador Lopes Junior (2017) ressalta que o processo penal e as provas integram os meios de construção do convencimento do julgador, sendo responsável por influenciar na sua decisão e legitimar sua sentença.

Sabe-se que as provas, geralmente, são produzidas durante a fase inicial do processo, pois, desta forma, abre-se a possibilidade de manifestação da outra parte, sendo respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa, como também, o direito de ser julgado de acordo com as provas produzidas, em contraditório e perante um juiz competente, sendo-lhe impostas todas as garantias necessárias. O acusado é presumido inocente, conforme preceitua o art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, logo, seguindo esta especificação, em regra, o juiz não pode condenar o suspeito cuja culpabilidade não tenha sido comprovada em sua totalidade, respeitando o *in dubio pro reo*¹.

Ademais, salienta-se que o próprio Código de Processo Penal traz em seu Título VII, a partir do supracitado artigo 155 ao 250, traz os meios de prova existentes. É de grande importância destacar que a doutrina organiza os tipos de provas existentes em diversas classificações, sob vários aspectos.

A prova pericial pode ser encontrada nos artigos 158 a 184 do Código de Processo Penal, e de acordo com Dias (2016) a mesma tem por finalidade obter informações singulares sobre a materialidade do fato, exemplificando, o juiz deverá se utilizar do exame pericial, utilizando-se de um profissional com conhecimentos técnicos que elabora o laudo pericial, descriminando o resultado desta análise.

¹ O princípio do “*in dubio pro reo*”, também conhecido como princípio do favor rei, implica em que havendo dúvida acerca do cometimento de alguma infração penal, esta dúvida deverá ser interpretada em favor do acusado. Isso porque a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado.

A partir do artigo 185 ao 196 do Código de Processo Penal têm-se o interrogatório, que segundo Tourinho Filho (2012), é o ato em que o acusado é ouvido sobre a imputação a ele dirigida. Vale destacar que o interrogatório tem dupla natureza jurídica, pois é caracterizado como meio de prova, visto que leva elementos de convicção ao julgador, mas também é meio de defesa, pois este é o momento crucial para que o acusado possa exercer sua autodefesa.

Ainda, se faz necessário destacar que de acordo com Vidal (2015), o interrogatório pode ser caracterizado como um ato personalíssimo, visto que somente a figura do acusado pode ser interrogado, entretanto, também é um ato privativo, pois, sabe-se que apenas o juiz pode interrogá-lo, conforme estabelece o art. 187 do Código de Processo Penal.

Posteriormente, tem-se a confissão, que de acordo com Tourinho Filho (2012), é o reconhecimento realizado em juízo, por uma das partes, a respeito da veracidade dos fatos que lhe são atribuídos e capazes de acarretar consequências jurídicas prejudiciais. Vale lembrar que a confissão, em regra, acontece no ato do interrogatório, mas nada impossibilita que seja realizada em outro momento no transcorrer do processo.

Entre as provas, têm-se a testemunhal, regulada entre os artigos 202 ao 225 do Código de Processo Penal. As testemunhas são responsáveis por narrarem os fatos de que tenham conhecimento, sobre o objeto da causa, sendo estranhas à relação jurídica processual. As características centrais da prova testemunhal são a oralidade e objetividade. Por fim, deve-se ressaltar que o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 202, estabelece que “toda pessoa poderá ser testemunha”. Assim, segundo Dias, (2016, s/p):

Na audiência, as testemunhas deverão ser ouvidas de *per si*, de modo que uma não ouça o depoimento da outra, para que não exista a possibilidade de influência. Fará ela a promessa de dizer a verdade sobre o que lhe for perguntado, sob pena de ser processada por crime de falso testemunho.

Mais adiante, a partir do artigo 226 ao 228 do Código de Processo Penal pode ser observada a figura do reconhecimento de pessoas e coisas como um tipo de prova, que pelo qual uma determinada pessoa afirmar e admite como certa a identidade de um terceiro ou a qualidade de uma coisa de acordo com Távora e Araújo (2013).

Neste mesmo linear, pode-se citar, também, como prova no processo penal a acareação, ressalvada nos artigos 229 e 230 do Código de Processo Penal, de acordo

com a interpretação de Tourinho Filho (2012), é caracterizada como o ato processual em que se colocam frente a frente duas ou mais pessoas que fizeram declarações conflitantes sobre um mesmo fato.

Posteriormente, caracterizado nos artigos 231 ao 238 do Código de Processo Penal, os documentos também figuram como prova. Conforme Dias (2016), considera-se documentos quaisquer escritos, papéis ou instrumentos², sejam eles públicos ou particulares.

Por fim, têm-se os indícios destacado no artigo 239 do Código de Processo Penal, sendo definidos legalmente como toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante a utilização de raciocínio lógico, chega-se a conclusão da existência de outro fato.

Nesta acepção, percebe-se que as provas compõem um dos aspectos decisivos durante a instauração do processo penal, sendo elementos indispensáveis na construção de uma decisão assertiva e justa, entretanto, sabe-se que muitas provas podem ser utilizadas de formas ilegais e induzir ao erro a decisão. Fazendo uma ponte entre as formas de utilização das provas e a legalidade, pode-se ressaltar que um dos grandes debates no âmbito do Direito Penal é a utilização das testemunhas caracterizadas legalmente como incapazes, essa argumentação cria uma grande divergência entre os doutrinadores e merece uma atenção especial.

4. O TESTEMUNHO DOS INCAPAZES COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Os princípios regentes do Processo Penal encontram-se colacionados na Lei Maior brasileira, a qual em sua supremacia impõe à lei penal seguir os ditames do devido processo legal, bem como estimar a dignidade da pessoa humana, independentemente do polo que os indivíduos ocupem na esfera processual.

Sopesar o modo como o *jus puniendi* é exercido, limitado pelas diretrizes do processo penal, é de grande valia para se verificar a efetividade e o aperfeiçoamento do poder-dever de punir do Estado. Isto se faz necessário para que, em respeito ao processo legal, haja a correta apuração e punição em face de fatos enunciados como tipos penais. À respeito, destaca Avena (2018, p. 52) que:

[...] se uma pessoa realizar determinada conduta descrita em um tipo penal incriminador, a consequência desta prática será o surgimento para

² Considera-se instrumento todo documento constituído especificamente para servir de prova para o ato ali representado, por exemplo, a procuração, que tem a finalidade de demonstrar a outorga de poderes.

o Estado do poder-dever de aplicar-lhe a sanção correspondente. Essa aplicação não poderá ocorrer à revelia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sendo necessária a existência de um instrumento que, voltado à busca da verdade real, possibilite ao imputado contrapor-se à pretensão estatal. Aqui surge, então, o processo penal, como instrumento destinado à realização do *jus puniendi* do Estado [...].

À vista disso, é indispensável a utilização de todos os meios legais para que a verdade por trás dos fatos seja polida e evidenciada no devido processo legal. Para isso, é preciso, além da tramitação da ação penal ocorrer em austera observância à lei, princípios e demais fontes do processo penal, que as partes forneçam provas para instrução do processo. Isto, no intuito de que, baseado nas provas carreadas, o magistrado através de seu livre convencimento possa conduzir o processo em busca da verdade fática.

Dentre as provas admitidas em lei, tem-se a prova testemunhal, consagrada nos artigos 202 à 225 do Código de Processo Penal. Ocorre que, o ordenamento jurídico brasileiro sempre encontrou dificuldades quanto à produção da prova testemunhal, em se tratando de testemunhas incapazes, uma vez que o testemunho destes pode acarretar diversos problemas, tanto à saúde mental da própria testemunha, quanto à verdade contida no depoimento em si.

O Código Civil brasileiro delimita as incapacidades absoluta e relativa em seus artigos 3º e 4º, tendo o rol relevância e razão de ser quando visto pelo prisma da esfera cível, uma vez que o incapaz necessita de representante para reger sua vida. Assim é o entendimento do legislador pátrio, no artigo 447, §1º e incisos do Código de Processo Civil (2015), *in verbis*:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

[...]

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer [...] (grifo nosso)

Todavia, o legislador não impôs tais regras quanto ao testemunho dos incapazes no processo criminal, uma vez que o Código de Processo Penal (1941), em seu artigo 202, estatui que “toda pessoa poderá ser testemunha”. Porém, no contexto dos incapazes, há uma ressalva constante no mesmo diploma, no artigo 208, segundo o qual “não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, [...]. O compromisso a que se refere o artigo supracitado, segundo entende Nucci (2016, p. 439):

[...] é vital para que o depoente possa responder pelo crime previsto no art. 342 do Código Penal. Embora a matéria não seja pacífica, ao contrário, é extremamente polêmica – alguns defendendo que somente com compromisso pode a testemunha responder pelo delito de falso testemunho e outros sustentando que o compromisso é *pro forma*, respondendo sempre pelo crime aquele que faltar com a verdade – cremos que o Código de Processo Penal foi bem claro ao estipular que há pessoas – denominadas testemunhas – que prestam compromisso e têm o dever de narrar tudo o que sabem, ainda que prejudiquem pessoas estimadas. Por outro lado, fixou o entendimento de que há outros indivíduos, ouvidos como meros informantes ou declarantes, sem compromisso, seja porque são parentes ou pessoas intimamente ligadas ao réu (art. 206 c/c art. 208, CPP), seja porque não são naturalmente confiáveis, como os menores de 14 anos, que têm a possibilidade de fantasiar o que viram e sabem (art. 208), seja, ainda, os deficientes e doentes mentais, que não têm o discernimento necessário para a validade exigida pelo compromisso (art. 208).

Acerca disto, vislumbram-se no processo penal os critérios de incapacidade considerados, quais sejam quanto à saúde mental e a faixa etária. Em relação aos doentes e deficientes mentais, há uma maior dificuldade em ouvi-los, uma vez que, é bem provável que haja uma distorção dos fatos na fala, e a depender da doença mental, alguns nem se comunicam, tornando em alguns casos, inviável a oitiva do incapaz.

A legislação pátria não proíbe que os incapazes sejam ouvidos no processo criminal, mas contra o testemunho destes pode pesar a contradita, que ao ser demonstrado que a testemunha é indigna de fé, esta poderá ser excluída da oitiva, conforme o artigo 214 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

Em conseguinte, a Recomendação nº 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça alvitra aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais,

dando origem posteriormente à Lei nº 13.431/2017, a qual estabelece um sistema de garantia de direitos, bem como implementa a Escuta Especializada e o Depoimento Especial ou Depoimento sem Dano, como forma de oitiva. Acerca disto, CORDEIRO (2019, p. 143) argumenta que:

Não há dúvidas de que o aparato técnico previsto no sistema de escuta especializada e depoimento especial constitui um avanço inigualável em relação aos sistemas tradicionais. Porém, o que se deve ter em mente, sempre, é a humanização no atendimento às pessoas que são ouvidas em Juízo, especialmente quando se tratar de criança ou adolescente.

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça (2015) entende favoravelmente:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. VALIDADE DO DEPOIMENTO SEM DANO NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE. Não configura nulidade por cerceamento de defesa o fato de o defensor e o acusado de crime sexual praticado contra criança ou adolescente não estarem presentes na oitiva da vítima devido à utilização do método de inquirição denominado “depoimento sem dano”, precluindo eventual possibilidade de arguição de vício diante da falta de alegação de prejuízo em momento oportuno e diante da aquiescência da defesa à realização do ato processual apenas com a presença do juiz, do assistente social e da servidora do Juízo. Em se tratando de crime sexual contra criança e adolescente, justifica-se a inquirição da vítima na modalidade do “depoimento sem dano”, em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento aceito no STJ, inclusive antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (HC 226.179-RS, Quinta Turma, DJe 16/10/2013). Ademais, o STJ tem entendido que a inéria da defesa, em situações semelhantes à presente, acarreta preclusão de eventual vício processual, mormente quando não demonstrado o prejuízo concreto ao réu, incidindo, na espécie, o art. 563 do CPP, que acolheu o princípio *pas de nullité sans grief* (HC 251.735-RS, Sexta Turma, DJe 14/4/2014). RHC45.589-MT, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 24/2/2015, DJe 3/3/2015.

Assim, quando se trata de incapazes, alguns juízes também costumam adotar a produção de prova antecipada, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, no intuito de se evitarem eventuais perdas na narração dos fatos, em face do tempo que se leva da fase inquisitorial à fase de instrução processual, bem como diminuir o desgaste provocado pela repetição constante dos fatos pela testemunha em todas as fases do processo.

Conforme se percebe, já existe uma pré-disposição do jurisdicionado a formar nas comarcas do país esse ambiente garantista, que se preocupa com o esclarecimento dos fatos, mas que também procura resguardar as testemunhas mais frágeis, fornecendo um aparato técnico e profissional para resguardar sua integridade física e emocional. Desta forma, cabe salientar a importância e a necessidade do incapaz na elucidação de crimes, aquém da natureza de agressão

testemunhada ou sofrida, podendo também testemunhar em casos de outros crimes, desde que seja vislumbrada sua lucidez para tal ato.

Nesse diapasão, é extremamente relevante que o incapaz, quando tenha meios para se expressar, seja partícipe do processo criminal como testemunha. Para tanto, necessária é a implantação da modalidade “Depoimento sem Dano” nas comarcas do país, tendo por objetivo ouvir a testemunha incapaz dentro de suas limitações, utilizando-se de profissionais capacitados – psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, dentre vários outros - para tal e métodos menos agressivos à sanidade da mesma, resguardando-se sempre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, tem-se que o livre convencimento motivado é a regra no Processo Penal, circunstância em que, pela inteligência do artigo 155 do diploma processual penal, a convicção do magistrado será concebida através da avaliação que fizer da prova produzida em contraditório judicial, abrindo-se a ressalva para a prova antecipada, no contexto em análise, podendo ser considerada como única fonte probatória.

Para tanto, por se verificar uma maior gravidade nos fatos trazidos à baila na esfera penal, quando comparada à cível, necessário é que além da verdade processual encontrada nas provas juntadas aos autos, haja sempre a busca da verdade real, que muitas vezes encontra-se fora dos laudos e pareceres técnicos. Infelizmente, muitos processos não chegam a um deslinde justo em virtude da ausência de testemunhas, e quando existem, em razão da incapacidade, podem ser desconsideradas para depor, gerando completa impunidade ao autor do fato ilícito. Assim, nos moldes apresentados, o magistrado de acordo com o livre convencimento motivado, tem a percepção do juízo de valor que deseja ofertar no depoimento do incapaz que for testemunha em processo criminal, isto no intuito de se chegar à verdade real almejada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se as questões dissertadas ao longo do presente artigo, conclui-se que, ainda que existam obstáculos significativos à aceitação nos tribunais brasileiros no que diz respeito ao valor do testemunho dos incapazes enquanto

prova no processo penal, pouco a pouco o entendimento geral caminha em direção à aquiescência na forma da apreciação do aludido elemento instrutório.

É salutar compreender que a prova testemunhal tem como propósito primordial levar informações aos autos de um processo criminal, como também dados provenientes da compreensão e do grau de lembrança que determinado indivíduo tenha de um episódio vivenciado por ele.

Ocorre que nem toda memória é absolutamente incorruptível. Mesmo os indivíduos com capacidade absoluta estão sujeitos à possibilidade de apresentar falhas no campo das recordações, seja por um processo íntimo ou por alguma informação sugerida falsamente pela mente que possa vir a distorcer a autenticidade da recordação desejada.

Assim, há que se considerar que tanto existe possibilidade de erro proveniente da narrativa da testemunha absolutamente capaz como da incapaz, sendo ao incapaz crucial que sua oitiva ocorra de forma diferenciada, totalmente elaborada de acordo com seu grau cognitivo e aceitação emocional, sendo resultado disto a extração do que ocorreu de fato sem que a testemunha passe por sofrimento durante e depois da oitiva.

Dessa forma, entende-se que o juiz deve dar ao incapaz a oportunidade de compor o rol de testemunhas e com isso, analisar se o depoimento encontra coerência com as demais provas do processo e se a testemunha, sendo ela incapaz ou não, permaneceu estável em seus relatos, não manifestando dúvidas sobre o que foi indagado, e caso haja qualquer dúvida os julgadores devem desconsiderar essa prova.

Para tanto, faz-se indispensável ao Poder Judiciário buscar medidas alternativas para oitiva de testemunhas incapazes aquém da comumente utilizada, que acontece com maior frequência na própria sala de audiências, sendo o incapaz friamente inquirido por magistrados, promotores e advogados, muitas vezes defronte ao acusado, inexistindo qualquer sensibilidade às suas singularidades, as quais imperiosamente devem ser respeitadas.

Isto deve ser observado tanto para que haja um resultado útil do processo com a final condenação ou absolvição, motivadas pela comprovação dos fatos, como em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual foi reconhecido e normatizado pelo Estado brasileiro, mas pouco efetivado.

É salutar que essa efêmera reflexão consumida ao longo deste artigo possa estimular maiores estudos, pesquisas, conclusões e discussões por estudiosos atuais que se curvam sobre o tema da fragilidade da prova testemunhal, esclarecendo também a necessidade real de os magistrados se sensibilizarem e privilegiarem a condição humana e sua possibilidade de falha, no intuito de ponderar testemunhas e vítimas e em contrapartida jamais deixar de reconhecer o grande valor da memória humana do incapaz, seu funcionamento e sua contribuição para esclarecimento dos fatos.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – **Coleção Tratado de direito penal** volume 1 - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 02 Fev. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 Fev. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/lei/l13105.htm> Acesso em 02 Fev. 2021.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva.
- CORDEIRO, Cristiana de Faria. **Aprendendo a ouvir. In: PÖTTER, Luciane (Org.). A escuta protegida de crianças e adolescentes: os desafios da implantação da lei nº 13.431/2017**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13 ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, volume 1. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RESENHA, Manoel Scandiuzzi Oliveira. **Da pessoa natural: procedimentos e efeitos da interdição de incapazes**. Monografia. Curso de direito. Núcleo de Trabalho de Conclusão de curso da Unievangélica. Anápolis. 2021.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: parte geral**, volume 1. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STJ. Recurso de Habeas Corpus: RHC 45.589-MT. Relator Ministro Gurgel de Faria. DJ: 03/03/2015. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/04/em-que-consiste-o-depoimento-sem-dano.html>> Acesso em 05/02/2021.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Direito Processual Penal**. 2^a ed. revisada e atualizada - Niterói, RJ: ed, Impetus, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8^a ed. revisada e atualizada - São Paulo: ed Saraiva, 2006.

VIDAL, Larissa Aparecida. **Interrogatório: Como meio de prova ou como meio de defesa?** 2015. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

CAPÍTULO XII

BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E ENCARCERAMENTO EM MASSA: A FETICHISSAÇÃO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-12

Débora Monique D'Angelo Lopes

(monique_dangelo@hotmail.com)

ORCID - 0000-0002-3557-7374

Mestre em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos – UNIFIP

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

Guilherme Alves de Moura Mendes

(guimouram11@gmail.com)

ORCID - 0000-0002-1189-4113

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Graduado em Direito pela UEPB

Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

José Felipe Marques

(marquesfelipeadv@hotmail.com)

ORCID - 0000-0003-1445-2596

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal

Mestrando em Direitos Humanos pela UFPE

Graduado em Direito pela UNIFIP

Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

Larissa Taianny Ramalho de Melo Macedo

(larissa.ramalho@msn.com)

ORCID - 0000-0003-3468-2786

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal

Graduada em Direito pela UEPB

Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

Carla Pedrosa de Figueiredo

(profacarapedrosa@gmail.com)

ORCID - 0000-0001-5883-3126

Professora Assistente II – Curso de Direito do CCJS/UFCG, Mestre e Especialista pela UFCG

Doutoranda em Administração pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS

Universidade Federal de Campina Grande

RESUMO

A história da pena e da prisão, ao longo dos anos, passou por diversas mudanças, tanto no que diz respeito à perspectiva corporal, ao seu aspecto físico, quanto em se tratando dos seus efeitos nas searas psíquica e emocional. O encarceramento, visto como forma humanizada de punir, representou grande avanço no âmbito do Sistema Penal, justamente por tratar-se de uma forma mais branda de punição, no entanto, tem carregado consigo graves consequências ao se relacionar com os seus alvos mais rotineiros, fomentando estigmas e delineando marcadores sociais. Considerando o avanço no regramento dispensado a esse tipo de segregação, principalmente após os ideais pós-ditadura militar, encerrados na Constituição Federal de 1988, uma situação paradoxal se impõe: a prisão, em especial a preventiva, ponto nevrálgico deste artigo, caracteriza-se por sua excepcionalidade, consagrando a liberdade como regra, porém, de forma contrária, tem sido utilizada para encarcerar indivíduos no Brasil. Dessa forma, por meio do estudo da legislação pertinente, bem como tendo por base obras sociológicas, filosóficas e dados secundários, procedeu-se à tentativa de identificar os atores decisivos para o encarceramento em massa e analisar quais razões legitimam tais decisões. Constatou-se que o Poder Judiciário e o Ministério Público, enquanto órgãos componentes da mão repressora do Estado corroboram com políticas públicas não declaradas de exclusão social.

Palavras-chave: prisão preventiva; Poder Judiciário; encarceramento em massa.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo central analisar o encarceramento em massa, atualmente intensificado no Brasil, em razão da decretação da prisão preventiva de forma deliberada e em desconformidade com a legislação vigente. Ademais, será pertinente o destaque histórico do cárcere no país, bem como perquirir sobre a concorrência de órgãos estatais para o aumento da desigualdade das populações corriqueiramente atingidas, em especial pessoas negras e jovens. Contempla ainda objetivos mais específicos, tais como: compreender as possibilidades da prisão preventiva; analisar aspectos da legislação brasileira; identificar os condicionamentos sociais que contribuem para o cárcere e analisar o cenário atual brasileiro a partir dos deveres inerentes ao Judiciário e Ministério Público.

O estudo sobre a prisão preventiva e a ligação com o aumento do encarceramento possibilita a análise jurídica e social sobre os iminentes problemas causados pelo excesso de segregação na vida pública e privada dos indivíduos. São assuntos que envolvem grupos estigmatizados, principalmente pertencentes à população negra, com um forte desrespeito aos direitos humanos.

Nesse sentido, dentro de um contexto conservador, seja legislativo ou social, é preciso, ainda mais, discutir o punitivismo exacerbado, que fortalece decisões paliativas em nome da ordem pública, mas que ignora o ser humano em detrimento de uma resposta rápida à sociedade. Assim, entender a importância da vinculação da atuação do judiciário à Lei, mesmo nos casos que causam maior clamor social, é uma resistência ao retrocesso.

Esse artigo se justifica, portanto, diante da importância e da atualidade do tema, bem como para assegurar debates que questionem a hierarquia presente na prática cotidiana do judiciário, e que busquem entender essa naturalização e procurem oferecer alternativas e soluções. Logo, é preciso fortalecer as estratégias, de forma articulada, para o enfrentamento às ofensivas de retirada dos direitos das pessoas que aguardam julgamento no cárcere.

Assim, este trabalho foi estruturado em três partes. A primeira, intitulada “*A prisão como meio de exclusão dos indesejados do convívio social*”, analisa o encarceramento a partir da perspectiva histórica e expõe sua faceta de exclusão social aos indesejados. Na segunda parte, intitulada “*Prisão preventiva e o seu caráter*

“excepcional”, apresenta uma explicação conceitual e legislativa da prisão preventiva, especificando de forma crítica as hipóteses e requisitos para decretação no caso concreto. A terceira parte, intitulado *“A garantia da ordem pública e o pacto opressor das agências repressivas do Estado”*, trata sobre a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público enquanto agentes responsáveis pelo encarceramento em massa.

Dessa forma, ao considerar o formato da prisão preventiva no atual contexto do Brasil, questiona-se, então: Por que grande parte da população carcerária do país é formada por presos preventivos mesmo com uma legislação que garante uma excepcionalidade neste tipo de prisão?

Para responder esse quesito, levanta-se a seguinte hipótese: considerando vivermos numa sociedade extremamente punitivista, que busca respostas imediatas da justiça, tem o Poder Judiciário agido como agente de segurança pública, confundindo o seu papel dentro do processo criminal, agindo de forma parcial, para atender aos clamores sociais.

O tema possui grande relevância científica, pois a discussão que envolve os direitos das pessoas no cárcere necessita ainda de muito amparo legislativo, de forma mais específica e com objetivo de superar as lacunas existentes. Ademais, o tema demonstra relevância social, uma vez que ainda existe resistência da sociedade para discutir os aspectos do encarceramento, ao considerar essa população impossível de ressocialização e culpada mesmo antes do julgamento. É preciso buscar atitudes fundamentais para evitar os abusos das decisões destituídas de fundamentos legislativos reais, assim como assegurar a organização em defesa dos direitos, a partir de políticas públicas.

Quanto à metodologia empregada neste artigo, fez-se uso do método dedutivo, por meio do qual, realizou-se uma pesquisa descritiva a partir de um levantamento bibliográfico e documental, sistematizado com base em material publicado em bibliografias, legislações e dados secundários.

2. A PRISÃO COMO MEIO DE EXCLUSÃO DOS INDESEJADOS DO CONVÍVIO SOCIAL

Antes de partir para a análise da prisão preventiva como uma das responsáveis pelo alto índice de encarceramento no Brasil, torna-se necessário

compreender o que veio antes da prisão como se conhece hoje, empregada pelo Sistema Penal como um meio de punição por excelência. Como se infere a seguir:

Por volta dos séculos XVII e XVIII o suplício era utilizado como a forma principal de punição em diversos países da Europa, a exemplo da França e da Inglaterra. Em finais do século XVIII e em meados do século XIX, tal regime de punição começa a perder forças e deixa de ser o principal meio punitivo utilizado pelo poder coercitivo do Estado. Nos suplícios, os corpos dos/as condenados/as eram usados como objetos, meios que possibilitavam a punição pelos crimes cometidos, sendo uma espécie de espetáculo, em que as pessoas supliciadas passavam pelos tormentos da pena imposta, à vista de toda a população. (FOUCAULT *apud* D'ANGELO, 2021, p. 40)

Nas palavras de Foucault (2014, p. 13) era o “[...] corpo o principal alvo da repressão penal”, em outras palavras, era ele o elemento constitutivo da pena. Para a teórica Davis (2019a), antes de os suplícios deixarem de existir e darem lugar ao processo de aprisionamento, o seu maior objetivo não eram as torturas suportadas pelos supliciados, mas os efeitos causados nos espectadores por meio do espetáculo que trazia em sua essência.

Posteriormente, com o passar dos anos, o suplício cede espaço para outro tipo de punição. Esta nova maneira de punir, por sua vez, “[...] deixa de ter no corpo seu elemento constitutivo, fazendo com que este passe a ter uma posição intermediária, instrumental.”. (D'ANGELO, 2021, p. 41)

Neste diapasão, o encarceramento começa a ser visto como meio mais humano de punir se comparado ao que ocorria na Inglaterra e na França dos séculos XVII e XVIII. No entanto, é preciso que façamos uma ressalva a respeito dessa ideia de que o aprisionamento não atinge o corpo do apenado de forma a torná-lo parte constitutiva da pena, como ocorria nos suplícios. Na realidade, embora mais humano, o aprisionamento – de maneiras outras – tripudia sobre os corpos dos sujeitos encarcerados, atingindo-os veementemente. Portanto, estar-se-ia pensando nestes corpos não a partir de uma perspectiva somente física, mas também psíquica, social e cultural.

O corpo deixa de ser um instrumento constitutivo da pena, no entanto, não cessa de ser atingido pelo “novo” modo de punir utilizado pelo Estado. Ele sofre, por exemplo, com a superlotação carcerária, com a falta de infraestrutura, com a não satisfação de necessidades básicas de quem está sob sua custódia, com a ausência de um trabalho que possibilite a progressão de regime e a ressocialização do apenado, e, principalmente, com o estigma de criminoso que permanece marcando o indivíduo, mesmo após o cumprimento da pena que lhe foi imposta. (D'ANGELO, 2021, p. 42-43)

Em outra ponta, vale sublinhar que o processo de aprisionamento como forma de punição começa a dar os seus primeiros passos na França do século XIX, por meio da criação da *Lettres de cachet*, as quais serviam para aprisionar, sem julgamento prévio, as pessoas que viessem a incomodar os membros da sociedade. Portanto, este instrumento era utilizado de baixo pra cima, por “[...] maridos ultrajados por suas esposas, pais de família descontentes com seus filhos, famílias que queriam se livrar de um indivíduo, comunidades religiosas perturbadas por alguém, etc.” (FOUCAULT, 2002, p. 96). Deste modo, eram enviados pedidos ao intendente do Rei, o qual avaliava a importância deste, e, se fosse relevante o que fora tratado no pedido, este era encaminhado ao ministro responsável, para que então fosse criada a *Lettre de cachet*, mandando para a prisão, sem julgamento prévio, a pessoa que ensejou o reclame social.

Como é sabido, o Direito Penal, da maneira como se conhece hoje, objetiva a manutenção da ordem hegemônica vigente e persegue tal finalidade através do controle social, o qual é efetivado por meio do aparato coercitivo e sancionador utilizado pelo Estado, tendo, como ponto de partida a criminalização primária e secundária. A criminalização primária se caracteriza pela jurisdicionalização penal, colocada em prática por meio da função legiferante, no que diz respeito ao processo de produção das leis, as quais, caso sejam descumpridas, acarretarão sanções. Já a criminalização secundária diz respeito à atuação dos agentes institucionalizados do controle penal, quais sejam, polícia, Judiciário, Ministério Público e afins, quando houver o descumprimento das leis ou o cometimento das condutas tipificadas como crimes previstas a partir da criminalização primária.

Fala-se, ainda, na criminalização terciária, que segundo Vera Regina de Andrade, criminóloga, diz respeito à estigmatização, neste caso, ao status de criminoso dado a determinadas pessoas, tendo elas cometido crime ou não. (ANDRADE, p. 80, 2005). Voltando ao que foi abordado sobre a punição realizada através das *Lettres de Cachet*, é imperioso constatar que, embora aquela não dissesse respeito à punição propriamente dita, utilizada pelo Estado, como o suplício, era uma maneira de excluir, de tirar do convívio social as pessoas que estivessem incomodando e estigmatizá-las, agora, pelo aprisionamento.

Em relação ao processo de penalização/criminalização em decorrência da expansão do capitalismo contemporâneo, Alessandro De Giorgi (2006, p.36) esclarece que “tanto as afirmações históricas de determinadas práticas na sociedade

contemporânea devem ser reportadas às relações de produção dominantes às relações econômicas entre os sujeitos e às formas hegemônicas de organização do trabalho”.

Analizando os efeitos sociais do encarceramento dentro de um contexto sociológico sobre a punição, o Rafael Godoi (2011) explica que os estudos sobre os efeitos do encarceramento ganharam uma maior relevância na primeira metade do século XX, onde se chegou à conclusão de que os efeitos do encarceramento guardam relação com os conflitos de classe e as relações de poder, com efeitos devastadores dentro e fora da prisão.

Para o De Giorgi (2006), a história da pena guarda relação direta com o aparelho repressivo que regula as relações entre as classes. Nesse contexto, o supracitado autor defende que as classes menos favorecidas “constituem o objetivo principal das instituições penais” (GIORGI, 2006, p. 39).

Retornando, novamente, a ideia da *Lettres de Cachet*, utilizada para banir pessoas, vemos uma similaridade entre o que acontece por meio da criminalização terciária, que garante o aprisionamento de pessoas sem um julgamento prévio, como ocorre no caso da prisão preventiva, decretada quando o sujeito ainda está na posição de investigado, ou seja, quando ainda estão sendo colhidas provas que possam confirmar que, de fato, o indivíduo preventivamente detido, é autor do crime sob investigação.

Foucault (2002, p. 85) apresenta uma ideia de periculosidade, que se encaixa, perfeitamente, na forma como se apresenta a criminalização terciária, para a qual “o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam”. Entremes, a criminalização terciária bane as pessoas a partir do que aparentemente elas podem ter cometido, fato que corrobora com a banalização do uso da prisão preventiva no Brasil, que deixou de ser excepcional e tornou-se regra.

Vendo a questão da criminalização de determinadas pessoas por essa ótica, retomo ao entendimento que já trouxe anteriormente, o de que mesmo que o corpo não seja mais o instrumento principal da punição, ele continua sendo atingido, seja pelo controle, pelo disciplinamento e pela vigilância -- quando do encarceramento, bem como através do uso da tornozeleira eletrônica -- seja pela seletividade e perseguição ante as quais se defrontam algumas pessoas, em decorrência dos atributos estigmatizantes que carregam consigo. Em outras palavras, algumas pessoas continuam sendo atingidas pelo que são ou aparentam ser, não pelo que fizeram. Fato que demonstra, no mais das vezes, a face de um

sistema de justiça criminal mais interessado na pessoa do criminoso ou pretenso criminoso -- neste caso a depender dos estigmas que ele carregue -- do que propriamente no crime cometido. (D'ANGELO, 2021, p. 46-47)

Como diria Goffman (2008), os estigmas são criações que justificam exclusões que, certamente, impossibilitarão a aceitação social plena de quem traz, em si, atributos estigmatizantes. O autor entende que existem dois tipos de estigmas, o do tipo *desacreditado* – que é percebido de pronto, a exemplo da “raça”, do gênero – e o do tipo *desacreditável* – o qual necessita de um contato maior, mais aprofundado, para ser desvendado, a exemplo do estigma decorrente do encarceramento. São estes processos estigmatizantes que são, diuturnamente, fomentados pelo Poder Judiciário.

3. PRISÃO PREVENTIVA E O SEU CARÁTER EXCEPCIONAL

Decorrente de mandamentos constitucionais expressos (art. 5º, LVII e LXI, CRFB/88), bem como inspiradas em codificações internacionais, as prisões cautelares no ordenamento jurídico pátrio devem ocupar posição de excepcionalidade, *ultima ratio*, vez que por demais gravosa à presunção de inocência e ao acusado, enfatizando-se a necessidade de análise da adequação e suficiência das demais medidas de natureza cautelar.

Nesse contexto, o que se espera de um sistema democrático – no qual a dignidade da pessoa humana e a liberdade destacam-se como bens jurídicos de extrema relevância no patrimônio jurídico de qualquer indivíduo –, é que o processo penal seja um instrumento garantidor de direitos e não que esteja alinhado a um processo de banalização no uso das prisões, em especial aquelas em que não há a formação da culpa.

É nesse sentido que torna-se extremamente paradoxal que o Brasil, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, venha passando por um encarceramento em massa, com a reclusão de milhares de pessoas em condições desumanas, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecido que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional", com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos.

Ocorre que a naturalização do encarceramento como forma de aplacar “os clamores sociais”, não surte efeitos benéficos, não garante a diminuição da

criminalidade ou a ressocialização do indivíduo. Nesse sentido, Guilherme Nucci destaca:

[...] a vulgarização da prisão cautelar tem sido notada, cada vez mais, no Brasil. Parcada considerável da sociedade, especialmente os leigos em Direito, acredita que a prisão preventiva é indispensável para *acabar com a impunidade* e para *fazer justiça*. Enganam-se e, pior, são enganados por operadores do Direito que trabalham bem com o radicalismo, estabelecido em cultura prisional. (NUCCI, 2020, p. 989).

Dessa forma, para entender seu caráter jurídico excepcional, extremamente desvirtuado, têm-se que a prisão preventiva é uma forma de aprisionamento provisório, antes de uma sentença com trânsito em julgado, nas hipóteses admitidas na legislação, aplicada excepcionalmente.

Calamandrei *apud* Lopes Júnior (2020, p. 1010), ao tratar sobre os procedimentos cautelares sob a ótica do processo penal, apregoa que a finalidade imediata não é a aplicação do direito material, mas assegurar a eficácia do procedimento definitivo. Nesse sentido, destaca Avena:

Embora sua decretação deva ser excepcional, justificando-se apenas em hipóteses nas quais a permanência do indivíduo em liberdade possa, efetivamente, dificultar a realização da prestação jurisdicional, a prisão preventiva não importa em violação à garantia constitucional da presunção de inocência. Afinal, não se trata de pena, mas de uma segregação com objetivos nitidamente processuais. (AVENA, 2020, p. 1890)

Dessa forma, o que se evidencia é que as medidas cautelares visam garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo penal de conhecimento, sendo definidas por sua instrumentalidade a serviço do processo. Portanto, não se destinam a “fazer justiça” e não se confundem com a pena (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1011).

Consagrado, a nível infraconstitucional, no art. 282, § 6º do Código de Processo Penal (CPP), a decretação da prisão preventiva encontra óbice no esgotamento das possibilidades de substituição pelas demais medidas cautelares, não podendo tal impossibilidade ser presumida, mas exigem uma fundamentação “idônea, com fulcro em elementos presentes no caso concreto e de forma individualizada”.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...) § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Corroborando com o exposto está o disposto no art. 310, II, do CPP, que afirma que a prisão em flagrante poderá ser convertida em prisão preventiva “quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.

Dessa forma, partindo da excepcionalidade da medida, o esgotamento das outras possibilidades, pode o julgador, desde que constante os requisitos autorizadores do art. 312 do CPP, determinar a prisão preventiva.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Destarte, para ser possível o manejo da medida de tutela processual elencada no art. 312 do CPP, faz-se necessário a conjugação de dois pressupostos: o *fumus commissi delicti*, enquanto provas da existência do crime e indícios de autoria, e o *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

Ainda, conforme Nucci (2020, p. 996), a prisão preventiva deve seguir no mínimo três requisitos; a prova da existência do crime (materialidade), mais o indício suficiente de autoria; mais uma das situações descritas no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Nesse sentido, percebe-se que o tratamento constitucional das prisões, bem como o regramento infraconstitucional, não deixa margem para a subversão da prisão preventiva, não podendo esta passar a ser regra por ser demais gravosa e mais uma forma de manutenção de desigualdades, situação piorada pela ausência de previsão legal quanto à sua duração.

4. A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O PACTO OPPRESSOR DAS AGÊNCIAS REPRESSIVAS DO ESTADO

Lopes Júnior (2020), ao tratar dos sistemas processuais e da necessidade da constitucionalização do processo penal, apregoa que é lugar comum na doutrina processual, pelo menos até o advento do Pacote Anticrime, classificar o sistema brasileiro como misto: o inquérito enquanto inquisitório e o processo como

acusatório, vez que, em uma análise rasa, a distinção inicial entre acusador e julgador seria suficiente para caracterizá-lo de tal forma.

Dessa forma, sustenta o autor supracitado que, até advento da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o sistema processual brasileiro era, na verdade, inquisitório ou neoinquisitório, vez que a fase processual não era acusatória, pois a gestão da prova estava nas mãos do juiz.

A Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime, em consonância com o processo penal constitucional de caráter acusatório, passou a prever expressamente a estrutura acusatória no art. 3-A do CPP, vedando iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Esse dispositivo, apesar de suspenso, *sine die*, pela concessão de liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX, reconhece um problema histórico brasileiro, presente em vários dispositivos do CPP:

[...] de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória, determine de ofício a coleta de provas (v.g. art. 156), decrete de ofício a prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público (problemática do art. 385). (LOPES JÚNIOR, 2020)

A iniciativa e gestão da prova por parte do julgador atenta contra o postulado supremo que deve direcionar a atuação jurisdicional: a imparcialidade, vez que quem vai atrás da prova passa a estar contaminado e não pode julgar, “pois ele primeiro decide (quebra da imparcialidade) e depois vai atrás da prova necessária para justificar a decisão já tomada”. (LOPES JÚNIOR, 2020)

Em consonância com o exposto, é de fácil percepção que a sistemática processual brasileira, a todo instante, dá suporte ao erro psicológico e quebra da imparcialidade do juiz, vez que aglutina, por diversas vezes, em suas mãos, além a função de julgar, as antagônicas funções de investigar e acusar, com a permissão da decretação a prisão preventiva de ofício e iniciativa probatória.

É nesse sentido que se percebe que há uma aproximação entre o Poder Judiciário e o órgão acusador por excelência, o Ministério Público, que, para os fins aqui adotados, repudiamos a premissa de que possua imparcialidade no processo penal.

Enquanto órgãos que são, ou dotados de parcialidade pela condição de parte, ou que podem ter sua imparcialidade afetada pelo princípio inquisitório, é notório

que circunstâncias externas, alheias ao regramento constitucional de suas funções, possam afetar suas atividades. Nesse sentido, Caetano (2018) esclarece:

Estado e violência formam conceitos que no caso brasileiro são inseparáveis. Se teoricamente o uso da violência, segundo regras legalmente definidas, é um monopólio do Estado, temos no Brasil o uso abusivo, banalizado e brutal, às vezes bárbaro, da violência pelas diversas agências do aparato repressivo. E não cabe aqui limitar a quebra de limites unicamente pelas polícias, o que seria uma grande injustiça. O quadro de violações que temos hoje decorre da ação, concatenada ou não, embora eventualmente dissimulada por certas agências, da polícia sim, mas também e notadamente do **Ministério Público e do Poder Judiciário**. O resultado das ações, omissões, ou mesmo de manifesta cumplicidade, que culmina com o extermínio praticado nas ruas pela violência policial, ou **com o encarceramento indiscriminado de adultos, sejam mulheres ou homens, como de adolescentes e de loucos**, em condições as mais deploráveis e inimagináveis, é produto dessa máquina de triturar pessoas, máquina que se compõe das diversas agências do aparato repressivo do Estado. (grifos nosso).

Dessa forma, o encarceramento em massa se apresenta:

[...] **como políticas públicas não declaradas e que contam com o apoio de boa parte da população**, indignada em face da violência crescente e que não raro vê em ações repressivas abusivas respostas adequadas ao enfrentamento do crime e dos criminosos, na violência visível das ruas das cidades (CAETANO, 2018).

É nesse sentido que a garantia da ordem pública, enquanto uma das situações autorizadoras da decretação da prisão preventiva, se alinha a uma política pública de encarceramento em massa, que conta com o apoio de parte da população, legitimando as agências repressoras do Estado.

Como já mencionado, a prisão preventiva, por ser aplicada antes da prolação de sentença ou do seu trânsito em julgado, deve se recobrir de extrema excepcionalidade, assegurando seu caráter instrumental, devendo o julgador, inclusive, fundamentar a razão pela qual as outras medidas cautelares não são aplicáveis no caso concreto, sob pena de nulidade por falta de fundamentação.

Deste modo, ao tratar deste requisito para decretação da prisão preventiva, é necessária cautela, consoante o que dizem autores Prado e Santos:

[...] sua aplicação concreta não deve ser mais aberta e sim mais rígida, mais conectada com a Constituição Federal e suas garantias, sob pena de se tornar (na verdade, continuar sendo) uma expressão jurídica que consegue atacar simultaneamente uma série de modelos teóricos, de garantias processuais e direitos da pessoa processada para satisfazer o povo. (2018, p. 158)

Assim, quando a prisão cautelar, medida mais gravosa em um sistema que visa sua excepcionalidade, é baseada no restabelecimento da confiança dos cidadãos no aparelho repressor do Estado, o que ocorre é o afastamento da instrumentalidade

da medida, introduzindo elementos estranhos à sua natureza cautelar. Nesse sentido, com muita eloquência, opina Sanguiné (2003):

[...] quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. **Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza** (grifos nossos)

Assim, o que se percebe é que na maioria dos casos a prisão preventiva não cumpre sua finalidade, servindo como mais um meio segregação, acentuação das disparidades sociais, higienização e reafirmação de marcadores sociais e estigmatizações.

Dessa forma, analisando tudo o que foi posto até então, o mito do direito penal como igual por excelência cai por terra, demonstrando sua afinidade com ramos do direito burguês, sendo, ao contrário, desigual por excelência:

As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa”, aparecem, de fato, concentrados nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído. (BARATTA, 2002, P. 165).

Nesse diapasão, é imprescindível mencionar que as prisões são espaços hierarquizados por excelência e, por tal razão, exprime hierarquias e diferenças sociais, sendo espaços quase que exclusivamente destinados àqueles que carregam consigo o *status* de criminoso. Nesse sentido, menciona-se o vista defendido pelo sociólogo Pierre Bourdieu (2008, p. 160 *et seq*):

Em uma sociedade hierarquizada, não existe espaço que não seja hierarquizado e que não exprima as hierarquias e as diferenças sociais de um modo deformado (mais ou menos) e, sobretudo, mascarado pelo efeito de naturalização acarretado pela inscrição durável das realidades sociais no mundo físico: diferenças produzidas pela lógica social podem, assim, parecer emergidas da natureza das coisas (basta pensar na ideia de “fronteira natural”). (BOURDIEU, 2008, p. 160)

Como prova da banalização e do pacto punitivista, chancelado por parte da sociedade, podem ser citadas as informações presentes no relatório “*Prisão como*

regra: Ilegalidades e desafios das audiências de custódia no Rio de Janeiro”, elaborado pela Justiça Global, o IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa) e o OBSAC-UFRJ (Observatório das Audiências de Custódia da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ).

De acordo com o relatório, houve prioridade dada à decisão de prisão preventiva em 392 audiências de custódia, entre setembro e dezembro de 2018. Desses pessoas, quase 70% eram suspeitas de crimes sem violência ou grave ameaça, como furto, tráfico de entorpecentes e receptação. Quanto à justificativa do magistrado, destaca-se que a garantia da ordem pública foi utilizada em 95,0% dos casos.

Cumpre também destacar que 34% relataram violência, com 64,7% destes informando que os maus-tratos começaram ainda na rua, no local da abordagem. Mesmo assim, não houve qualquer encaminhamento para apuração das denúncias por parte do Ministério Público ou de defensores em mais da metade (61%) dos casos de violência.

Convém ressaltar, ainda, que os dados do sistema prisional relativo ao ano de 2017, elaborado e publicado em 2019, pelo Sistema de Informações e Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro (Infopen), demonstram que em 1.507 unidades prisionais, no período observado, há 726.354 pessoas privadas de liberdade no Brasil, das quais 706.619 pessoas são mantidas em unidades administradas pelas secretarias Estaduais (INFOOPEN, 2019). Desse montante, constatou-se que 33% das vagas existentes no sistema prisional são destinadas a presos sem condenação. Entre estes, 29,9% possuem entre 18 a 24 anos, seguido de 24,1% entre 25 a 29 anos e 19,4 % entre 35 a 45 anos (INFOOPEN, 2019). Frisa-se que, somados, o total de presos até 29 anos de idade totalizam 54% da população carcerária.

No que se refere aos dados sobre a cor ou etnia da população carcerária, 46,2% das pessoas privadas de liberdade no Brasil são de cor/etnia parda, seguindo de 35,4% da população carcerária de cor/etnia branca e 17,3% de cor/etnia preta. Somados, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional (INFOOPEN, 2019).

Ante exposto, o que se percebe a banalização da prisão preventiva, por representar uma atuação “necessária” do Poder Judiciário juntamente com MP, a qual tem o condão de reafirmar um pacto punitivista e um terrorismo através da violência, chancelado pela máquina repressora estatal, que se espalha por todo

corpo social. As consequências disto são muito graves, causando um descompasso entre a ordem internacional, – da qual o Brasil é signatário – e as noções de dignidade da pessoa humana e seus corolários, tão vivos na CRFB/88. A solução para este enorme problema, no entanto, não pode ser alcançada sem a atuação positiva do detentor do *jus puniendi*, que, na maioria das vezes, apenas mostra sua face mais repressora.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme evidenciado durante todo o trabalho, o Estado utiliza a pena de prisão como forma de equilíbrio social em resposta aos eventuais atos de lesões aos bens juridicamente tutelados. Nesse contexto, é importante assinalar que, a pena de prisão e os seus efeitos na prática, fora dos conceitos dogmáticos, vem gerando inúmeras discussões em relação às consequências sociológicas ocasionadas pelo cárcere, sendo crucial aproveitar o atual momento de crise do Sistema Prisional para repensar a punição em massa de milhares de pessoas em decorrência das inúmeras prisões preventivas.

Desta maneira, é iminente o problema gerado pelo excesso de segregação por meio da prisão preventiva, a qual tornou-se regra no Poder Judiciário brasileiro, apesar da sua excepcionalidade. Restou demonstrado, pelos dados secundários trazidos, que a prisão preventiva tem sido responsável por sobrecarregar as já lotadas prisões brasileiras, bem como a sua evidente afronta aos direitos humanos dos investigados.

Ante todo o exposto, é premente a necessidade de um posicionamento contrário ao que está posto, primeiro, pela quase sempre visível violação à excepcionalidade da prisão preventiva, bem como pela falta de fundamentação para embasar as decisões que determinam tal prisão que, no mais das vezes, se fundamentam na ideia abstrata de “ordem pública”, sem contar os efeitos sociais e psicológicos que tais condutas ensejam na vida das pessoas que são alvos das suas consequências.

Portanto, diante do tema proposto, espera-se uma contribuição incisiva no que diz respeito ao tratamento constitucional das prisões, bem como a análise do regramento infraconstitucional, que não deixa margem para a subversão da prisão preventiva, não podendo esta passar a ser regra, pois no direito penal e no processo

penal, é urgente uma maior humanização das medidas prisionais, visando promover o desencarceramento em massa, que é um grave problema no Brasil, o qual atinge pessoas muito bem definidas, demonstrando sua faceta política, que é excluir e garantir a hegemonia dominante, colonizadora, que define quem são os inaceitáveis, os excedentes humanos, sendo o Poder Judiciário, um dos meios utilizados para garantir esta dominação, por meio da exclusão.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 71-102, jan. 2005. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>>. Acesso em: 02 jun. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.
- AVENA, Noberto. **Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2020.
- BRASIL. DEPEN. **Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 5 de fevereiro de 2021.
- BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 5 de fevereiro de 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 07 fev. 2021
- BOURDIEU, Pierre. **A miséria do Mundo**. Contribuições de A. Accardo ... I et. ai. 17. ed.- Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3^a Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- CAETANO, Haroldo. Terrorismo de Estado e Privação da Liberdade: a guerra do estado brasileiro contra seu próprio povo. In: PÚBLICO, Conselho Nacional

do Ministério. **A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional brasileiro.** Brasília: Cnmp, 2018. p. 97-110.

D'ANGELO, Monique. **As grades além do cárcere:** dificuldades enfrentadas por mulheres negras e pardas em cumprimento de pena em regime fechado na cidade de Patos/PB (2020). 2021. 211 f. Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais e Humanas, Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Mossoró-RN.

DEFESA, Iddd (Instituto de Defesa do Direito de. Relatório aponta abusos e ilegalidades em audiências de custódia no Rio de Janeiro. 2020. Disponível em: <https://iddd.org.br/relatorio-aponta-abusos-e-ilegalidades-em-audiencias-de-custodia-no-rio-de-janeiro/>. Acesso em: 09 fev. 2021.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019a.

DAVIS, Angela. **A democracia da abolição:** para além dos impérios da prisão e da tortura. 2. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019b.

DE GIORGI, A. **A miséria governada através do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2006. (Coleção Pensamento Criminológico).

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: NAU editora, 2002.

GODOI, Rafael. **Para uma reflexão sobre os efeitos sociais do encarceramento.** Revista Brasileira de Segurança Pública. São Paulo, 2011.

GOFFMAN, Erving. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** São Paulo: Perspectiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2020.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão preventiva: a contramão da modernidade.** Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2018.

CAPÍTULO XIII

O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS (INQ 4.781): A MITIGAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-13

Guerrison Araújo Pereira de Andrade

(guerrisonpa@uol.com.br)

ORCID – 0000-0001-6989-5621

Professor Adjunto IV do CCJS/UFCG. Graduado em Direito pela UFPB

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA

Universidade Federal de Campina Grande

Amanda Clemente de Sousa

(s.clemente.a@gmail.com)

ORCID 0000-0003-3073-0701

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

Ítalo José Estevão Freires

(italo_s_@hotmail.com)

ORCID 0000-0003-0695-3833

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

Jaianny Saionara Macena de Araújo

(jaiannysaionara@gmail.com)

ORCID 0000-0001-7023-197X

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Pedro Edberg Castro do Nascimento Vieira

(pedroedberg@gmail.com)

ORCID 0000-0003-4744-6416

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal – UFCG

Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

RESUMO

Este artigo se propõe a analisar o Inquérito 4.781, popularmente chamado pela mídia brasileira de “inquérito das *fake news*”, sob a perspectiva do sistema acusatório brasileiro implementado pela Constituição Federal de 1988. Desse modo, para o alcance do referido objetivo geral analisamos o sistema acusatório delineado pela Carta Magna de 1988, assim como discriminamos a separação de funções na persecução penal. Diante disso, questionamos o modo de instauração do Inquérito 4.781 pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a descobrirmos se a sua instauração ocasionou mitigação à garantia de imparcialidade do juízo. Ressalta-se que, por se tratar de assunto recente, com o alcance dos objetivos propostos, haverá contribuição relevante para futuras pesquisas a serem desenvolvidas com a temática em tela, pois serão levantadas bases teóricas que permitirão discussões acadêmicas sobre a matéria, transpondo-se, assim, a discussão do âmbito midiático para o ambiente científico. Parte-se, assim, da problematização sobre a possível mitigação da garantia de imparcialidade do órgão julgador, correspondendo a uma pesquisa de cunho documental, pois recorre a documentos presentes em fonte primária, o próprio Inquérito 4.781, a partir dos quais se tem uma relação direta com os fatos a serem analisados. Após o estudo, constatou-se que a instauração de ofício de um inquérito penal pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para apurar infrações cometidas contra a própria Corte, evidencia verdadeira mitigação à garantia de imparcialidade do órgão julgador, uma vez que o referido inquérito, além de afrontar a separação de funções na *persecutio criminis*, foi utilizado como instrumento de defesa pelo próprio Prettório Excelso.

Palavras-chave: inquérito; sistema acusatório; imparcialidade.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar a instauração de ofício do Inquérito 4.781 perante o sistema acusatório constitucional, a partir da problematização sobre a possível mitigação da garantia de imparcialidade do órgão julgador. Corresponde, assim, a uma pesquisa de objetivo exploratório, pois procura fornecer uma visão geral acerca de um fato pouco explorado, buscando a formulação de problemas mais precisos, de procedimento documental, pois a atividade básica será a investigação em fonte primária sobre o assunto, de abordagem indutiva e processo qualitativo, pois os dados serão interpretados com maior interferência de subjetividade, em abordagem reflexiva.

Assim, nos últimos anos, a Suprema Corte do Brasil e seus integrantes vêm sendo objetos de graves ataques por meio das redes sociais, os quais, segundo o ex-Ministro Celso de Mello, são perpetrados por uma “máquina de notícias fraudulentas” que se assemelharia às organizações criminosas, mas com o propósito de coagir a instituição máxima do Poder Judiciário.

Diante desse quadro de hostilidade, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, por meio da Portaria 69/2019, em 14 de março de 2019, com fundamento no art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, determinou a instauração de inquérito *ex officio* para apurar os achaques virtuais, tais como notícias fraudulentas (*fake news*), denunciações caluniosas e ameaças contra a própria Corte, seus ministros e familiares.

Com estes contornos nasceu o Inquérito 4.781, cuja relatoria foi designada especificamente ao Ministro Alexandre de Moraes.

Desta feita, a abertura do inquérito originou debates acerca de uma excessiva concentração do poder conferida ao judiciário, precisamente ao maior escalão do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, bem como sua suposta intervenção nas atribuições típicas destinadas aos demais órgãos e Poderes dotados de caráter decisório e formadores de opinião, um suposto ativismo judicial.

No tocante ao ativismo judicial, é de grande valia destacar que trata-se de uma temática de certo modo nova, contemporânea, oriundo da redemocratização, sendo correto afirmar que não existe uma posição firmada acerca do assunto, havendo um conflito dos estudiosos do direito em relação ao tema.

No que diz respeito a ativismo judicial, entende-se ser o exercício das atribuições jurisdicionais que extrapolam as barreiras elencadas pelo próprio ordenamento competente, normatizador, fazendo o Poder Judiciário atuar de maneira diversa daquela estipulada, resolvendo impasses e controvérsias jurídicas, culminando em uma descaracterização dos encargos típicos do Poder Judiciário, com perspectiva enganosa sobre o foco principal das funções constitucionalmente destinadas a outros Poderes (RAMOS, 2010).

Todos esses aspectos contribuíram, demasiadamente, para a propagação e grande repercussão do notável Inquérito das *Fakes News*, por ser um assunto que levanta inúmeros questionamentos acerca da formalidade e legalidade desse perante o sistema acusatório, que é o adotado pelo direito brasileiro.

A título de exemplo, em 16 de abril de 2019, a então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, requereu o arquivamento do Inquérito 4.781, com fundamento nos princípios do devido processo legal e do sistema acusatório. Além do mais, o Partido Rede Sustentabilidade propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 572), cujo objeto era a Portaria 69/2019 da Presidência do STF, que determinou a instauração de ofício do inquérito em questão.

À vista disso, no dia 18 de junho de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal, por dez votos a um, seguiu o entendimento do relator, Ministro Edson Fachin, decidindo que a ADPF 572 era improcedente, ou seja, a Portaria 69/2019, que determinou a instauração do inquérito, foi considerada constitucional pela Corte.

Entretanto, o mencionado ativismo judicial não pode ser entendido como uma maneira mais interativa do julgador de conceder uma hermenêutica irrestrita à determinadas normas, com intuito de enaltecer e garantir direitos. Ao contrário, ativismo é qualquer decisão judicial motivada em concepções pessoais, clamor por justiça do intérprete em face da legalidade vigente, sob pena de ferir o sistema acusatório vigente no país, não seguindo as diretrizes de um dos principais princípios do ordenamento jurídico pátrio, que é a imparcialidade (PENNA, 2016).

Pelo exposto, indaga-se se foi aberto um perigoso precedente no Brasil, já que o modo de instauração do Inquérito 4.781 e sua condução poderia mitigar e minorar o sistema acusatório instaurado pela Carta Magna de 1988, em especial, a garantia de imparcialidade do órgão julgador.

2. INQUÉRITO: FUNÇÕES DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Existem diversas maneiras de se proceder a uma investigação, com o fim de proporcionar a construção de um conjunto probatório prévio, que embase a ação penal, que proporcione a segurança mínima necessária a fim de que a atividade estatal persecutória contra alguém no campo criminal seja legítima. Grande parte deles tem fundamento direto na previsão constitucional – que, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, pretende estabelecer um Estado Democrático de Direito em todas as áreas, principalmente em Direito Penal e Processual Penal, áreas que lidam com direitos tão sensíveis à existência humana, razão pela qual não se pode invadir o indivíduo, apurando sua vida privada, protegida pelo direito à intimidade, além de agir em juízo contra o sujeito sem um mínimo contundente de provas que instruam e sustentem tanto a materialidade, que é a prova da existência da infração penal, como os indícios suficientes de autoria, ou seja, prova razoável de que o sujeito é autor do crime ou da contravenção penal.

Pode e deve punir o Estado o autor da infração penal, promovendo com isso a estabilidade e a segurança coletiva, tal como idealizado no próprio texto constitucional (art. 5.º, caput, CRFB/88), ao mesmo tempo em que é natural e lógico exigir-se uma atuação controlada e regrada pela mais absoluta legalidade e transparência. Nesse contexto, várias normas oportunizam que os órgãos estatais investiguem e procurem encontrar ilícitos penais ou extrapenais. Um dos principais instrumentos investigatórios na seara penal, cuja finalidade principal é estruturar, fundamentar e dar justa causa à ação penal é o inquérito policial (NUCCI, 2016).

A atividade investigatória da polícia judiciária, federal e estadual, também tem fundamento na Carta Maior - art. 144, § 1.º, IV, e § 4.º, CRFB/88. E, apesar de lhe ser anterior, o Código de Processo Penal também dedica um capítulo específico a essa forma de investigação, ainda que não seja a única possível a dar alicerce à ação penal, reitera-se, pois pode essa ser fundada em sindicâncias, processos administrativos, inquéritos militares, inquéritos parlamentares, incidentes processuais –, bem como pela possibilidade, ainda que rara, conforme preleciona Nucci (2016), de se conseguir ajuizar a demanda simplesmente tendo em mãos documentos legalmente constituídos.

O sistema acusatório constitucional é marcado pela notória divisão entre o órgão acusador e o julgador; existe a predominância da liberdade de defesa e a

isonomia entre as partes no processo; a publicidade do procedimento vigora; o contraditório se faz presente; pode haver a participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. Esse sistema era preponderante na Romana Antiga e se pode encontrá-lo vigente na legislação atual de vários países. Não é uma criação inédita do Iluminismo, sequer um sistema isento de falhas. Mesmo os ordenamentos jurídicos mais modernos, que adotam a prática acusatória como regra, terminam por adotar alguns aspectos do inquisitivo, pelo menos para a primeira fase da colheita da prova, já que mais eficiente e célere (NUCCI, 2016).

Já o inquérito, procedimento de cunho administrativo, é, por sua própria natureza, inquisitivo. Em outros termos, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, dentre outros atos processuais que, como regra, possui durante a instrução judicial. O inquérito destina-se, essencialmente, ao órgão acusatório, para formar a sua convicção sobre a materialidade e a autoria da infração penal, motivo pelo qual não necessita garantir o contraditório e a ampla garantia de defesa eficiente. Esta se desenvolverá, posteriormente, se for o caso, em juízo (PACELLI, 2017).

Não raro muitos magistrados valem-se do inquérito para calcar suas decisões, como se fosse instrumento produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Utilizar somente e simplesmente o inquérito para sustentar a condenação do acusado é, nitidamente, inconstitucional.

Apesar disso, a vantagem e a praticidade de ser o inquérito inquisitivo ficam latentes na agilidade que o Estado detém para investigar o crime e descobrir a autoria. Fosse contraditório, tal como o processo, poderia não apresentar resultado útil, já que a máquina estatal acabaria por fazer as mesmas diligências duas vezes, sem mencionar o prejuízo à celeridade. Por conseguinte, deve-se almejar a exata medida para considerar o inquérito inquisitivo, embora sem que possua caráter determinante ao magistrado no momento da sentença, consoante leciona Pacceli (2017).

A Carta Magna determinou como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I), deixando explícita a preferência pelo modelo acusatório, que tem como característica fundamental a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferindo-as a órgãos distintos, caracterizando-se, como ensina Lima (2019), em legítimo *actum trium personarum*, em verdadeiro contraponto ao sistema inquisitório, no qual todas as funções encontravam-se

depositadas em um único agente, ao qual se dava ampla discricionariedade para a condução do feito.

Ademais, segundo Ferrajoli (2006), são características do sistema acusatório, reafirma-se, a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento. Nesse sistema a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garantidor das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais.

Logo, é perceptível que em virtude da separação das funções na *persecutio criminis*, o sistema adotado pela Carta Política impede que o órgão julgador tome iniciativas que não se alinhem com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Desse modo, emerge a exigência indeclinável do Estado Democrático de Direito pela atuação de um juiz imparcial na causa, que cumpra a Constituição vigente e observe todo o ordenamento jurídico, não possuindo vínculos subjetivos ou interesses que possam interferir no julgamento legal e justo da lide.

Vale mencionar que tal garantia também se encontra expressamente assegurada pelo Pacto de São José da Costa Rica, vigente em nosso país desde 1992, que no seu art. 8, 1, prevê que toda pessoa terá o direito de ser ouvida por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela.

Portanto, é assim que segundo Lima (2019) deve o magistrado abster-se de promover atos de ofício, inclusive na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público, verdadeiro *dominus litis* da ação penal. E é nesses termos que Távora e Alencar (2015) afirmam que o Código de Processo Penal, de nítida índole fascista e inquisitorial, deve ser interpretado e aplicado à luz da Constituição Federal de 1988.

Os doutrinadores supracitados também afirmam que a persecução penal no Brasil comporta duas fases bem delineadas. A primeira, preliminar e inquisitiva seria o inquérito criminal, já a segunda, submissa às garantias processuais, ocorreria somente na fase processual perante o juízo.

Assim sendo, a inquisitoriedade se apresenta como uma das características do inquérito, permitindo agilidade nas investigações e otimizando a atuação da autoridade que o conduz. Tal particularidade da fase investigatória pode ser visualizada no art. 156, I, do CPP, ao permitir ao juiz de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Apesar disso, as alterações sofridas pelo Código de Processo Penal, principalmente pelas mudanças introduzidas recentemente pela Lei nº 13.964 de 2019, popularmente chamada de Pacote Anticrime, tendem a abrandar a função inquisitiva do inquérito, como se extrai do art. 3º-A: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Portanto, percebe-se um esforço legislativo do Congresso Nacional para impedir a atuação na investigação criminal daquele que irá julgar posteriormente a ação penal, de modo a repudiar o juiz inquisidor, exigindo-se a estrita separação das funções de investigar, acusar e julgar, objetivando-se, assim, a imparcialidade do órgão julgador.

Como consequência do referido esforço, também por meio do “Pacote Anticrime”, foi introduzido no Código de Processo Penal a figura do Juiz das Garantias, art. 3º-B, o qual será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal.

Desse modo, o Direito pátrio adotou e vem reforçando a escolha pelo sistema acusatório, notadamente pela imparcialidade do juízo, rechaçando os laivos de inquisitoriedade ainda presentes em parte da legislação brasileira.

3. O INQUÉRITO 4.781: QUEBRA DA IMPARCIALIDADE DO JUÍZO?

A imparcialidade – denominada por alguns de “alheabilidade” – é entendida como característica essencial do perfil do juiz, consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção.

Entretanto, apesar da pretendida imparcialidade no processo penal, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, por meio da Portaria 69/2019 da Presidência do STF, instaurou, de ofício, inquérito com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denunciações caluniosas e ameaças contra a própria Corte, seus ministros e familiares.

Para contextualizar a motivação da instauração do referido inquérito, deve-se entender a cultura do “cancelamento”, termo usual em canais eletrônicos e redes sociais, que elucidando de forma simples, é o poder de julgamento ao clique de alguns caracteres, por assim dizer, uma linha tênue entre a liberdade de expressão

e a disseminação de ódio, em casos mais extremos configurando crimes virtuais. Foi nesse cenário que o Supremo se sentiu acuado, ameaçado por tuítes, caluniado por matérias, que feriam diretamente a idoneidade moral dos membros da Corte.

Para tanto, fundamentou-se no art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ato normativo pretérito à Constituição de 1988, que dispõe que:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

Portanto, evidencia-se, preliminarmente, a instrumentalização de um inquérito criminal como forma de escudo e contra-ataque às críticas, achaques e *fake news* proferidas em redes sociais, que objetivam denegrir e aviltar a Corte e seus integrantes.

Logo, poderia se dizer que o Supremo Tribunal Federal adotou a tática de *lawfare*, utilizando-se do Direito posto, contra seus opositores.

Assim, o entendimento de que o Inquérito 4.781 ofenderia a imparcialidade judicial foi defendido e sustentado pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, em pedido de arquivamento dirigido ao Supremo Tribunal Federal:

Nesta perspectiva constitucional, de garantia do regime democrático, do devido processo legal e do sistema acusatório, a decisão que determinou de ofício a instauração deste inquérito, designou seu relator sem observar o princípio da livre distribuição e deu-lhe poderes instrutórios quebrou a garantia da imparcialidade judicial na atuação criminal, além de obstar acesso do titular da ação penal à investigação.

Do mesmo modo, o Partido Verde Sustentabilidade propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 572) visando aferir a constitucionalidade da Portaria 69/2019.

Isto posto, quando do julgamento de mérito da ADPF 572, ao chamá-lo de “inquérito do fim do mundo, sem limites”, assim votou o Ministro Marco Aurélio pela inconstitucionalidade do Inquérito 4.781, argumentando a ofensa à garantia de imparcialidade no processo penal, pois “Se o órgão que acusa é o mesmo que julga, não há garantia de imparcialidade, e haverá tendência em condenar o acusado, o que estabelece a posição de desvantagem do acusado na partida da ação penal”.

Por outro lado, o Ministro Dias Toffoli, então presidente do Supremo Tribunal Federal e autor da Portaria 69/2019, argumentou que a instauração de ofício de inquérito está abarcada pela interpretação extensiva do art. 43 do Regimento Interno do STF, como instrumento de autodefesa da Corte.

Entretanto, frise-se que, consoante voto do Ministro Marco Aurélio, em “havendo a Constituição Federal de 1988 consagrado o sistema acusatório, esse artigo não foi recepcionado”. Logo, a interpretação extensiva do referido dispositivo regimental afastou-se do sistema acusatório constitucional, com o objetivo expresso de municiar o Pretório Excelso contra as investidas de seus detratores.

Já para o Ministro Celso de Mello, para quem o inquérito penal caracteriza-se como procedimento administrativo pré-processual, não seria alcançado, portanto, pelo sistema acusatório.

Todavia, o caráter inquisitivo do inquérito não pode abrigar parcialidade da autoridade que o instaura ou o conduz, sobretudo quando está se configura nas posições de vítima, inquisidor e julgador, sob pena de se macular todo o procedimento.

Contudo, no dia 18 de junho de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal, por dez votos a um, seguiu o entendimento do relator, Ministro Edson Fachin, julgando pela improcedência da ADPF 572, ou seja, a Portaria 69/2019 foi considerada constitucional pela Corte, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio Mello, como se extrai do voto do Ministro Relator:

Ante o exposto, nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, julgo totalmente improcedente o pedido nos termos expressos em que foi formulado ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas.

Portanto, o plenário do Supremo Tribunal declarou a constitucionalidade do dispositivo regimental que autorizou a instauração de ofício de inquérito pela própria vítima, STF, cuja condução foi designada especificadamente a outra vítima, o Ministro Alexandre de Moraes, decisão que permitirá e incentivará a abertura de outros inquéritos de ofício sempre que o Poder Judiciário se sentir e julgar ameaçado, como já o fez, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se expressamente do precedente posto pelo Pretório Excelso, para apurar a suposta tentativa de intimidação e investigação ilegal de ministros da

corte – hipóteses levantadas após a divulgação de mensagens trocadas entre procuradores ligados à Operação Lava Jato e apreendidas no âmbito da Operação *Spoofing*, uma vez que o artigo 58 do Regimento do STJ tem redação idêntica ao artigo 43 do Regimento Interno do STF.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o presente artigo permitiu a conclusão de que, no âmbito da persecução penal, a Carta Magna de 1988, rompendo com o sistema inquisitivo que a antecedeu, optou pelo sistema acusatório, pretendendo, assim, estabelecer a separação das funções penais de investigar, acusar e punir.

Logo, percebeu-se que a cisão das funções passa longe de ser apenas uma mera distribuição de competência entre órgãos públicos, sendo certo que um dos seus objetivos foi o de garantir ao acusado um julgamento justo oriundo de um juiz imparcial e equidistante.

Do mesmo modo, o Código de Processo Penal do Brasil, de nítida índole fascista, sofreu diversas alterações ao longo do tempo para adequar-se aos ditames constitucionais: notadamente pela recente Lei nº 13.964 de 2019, que expressamente afirmou ter o processo penal estrutura acusatória, assim como vedando a iniciativa do juiz na fase de investigação.

Entretanto, apesar da evolução garantista do processo penal brasileiro, constatou-se que a instauração de ofício de um inquérito penal pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para apurar infrações cometidas contra a própria Corte e seus ministros, com a designação específica de um ministro do próprio Tribunal para conduzi-lo, assim como pela posterior declaração de constitucionalidade de sua fundamentação legal, evidenciam verdadeira mitigação à garantia de imparcialidade do órgão julgador, uma vez que o referido inquérito, além de afrontar a separação de funções na *persecutio criminis*, foi deliberadamente utilizado como instrumento de defesa pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o qual se acredita e espera ser o guardião da Constituição e por consequência do próprio sistema constitucional acusatório.

Por fim, a declaração de constitucionalidade do art. 43 do Regimento Interno do STF, no bojo da ADPF 572, fundamentação legal do Inq. 4.781, além de minar a imparcialidade proposta pelo sistema acusatório, consubstancia precedente e

incentivo para as demais cortes pátrias também agirem de ofício no âmbito penal quando vergastadas, como já se vê, inclusive, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de junho de 2020.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 de junho de 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, Brasília, DF, dez 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 25 de junho de 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 572/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Plenário. 18 de junho de 2020. Data de publicação DJE 13/11/2020.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 25 de junho de 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2- ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2016.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2017.
- PENNA, Bernardo Schmidt. Ativismo judicial à brasileira: “papel criador do intérprete” x “papel criativo do intérprete” — dois casos paradigmáticos do supremo tribunal federal. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.70.03.PDF. Acesso em: 02/02/2021.

Presidente do STJ instaura inquérito para apurar tentativa de intimidação na independência jurisdicional dos ministros da corte. **STJ**. Brasília, 19 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19022021-Presidente-do-STJ-determina-instauracao-de-inquerito-para-apurar-tentativa-de-intimidacao-na-independencia.aspx>>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CAPÍTULO XIV

PROCESSO PENAL E AS FALSAS MEMÓRIAS: UMA ANÁLISE DA PROVA TESTEMUNHAL NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-14

Davi Dantas Alves

(davipb70@gmail.com)

ORCID – 0000-0003-3324-9075

Especialista em Gestão e Direito Administrativo pela UNIFIP

Mestrando em Sistemas Agroindustriais pela UFCG. Mestrando em Ciências Sociais pela UFRN

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Francisco Assis de Oliveira Neto

(oassisneto@gmail.com)

ORCID – 0000-0002-3047-0543

Especialista em Direito Público pela LEGALE

Mestrando em Sistemas Agroindustriais pela UFCG

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Priscilla Késsia Alves Cabral

(priscillacabral82@gmail.com)

ORCID – 0000-0002-5872-7902

Graduada em Direito pela UNIFACISA

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Thamilles Lopes Alves Silvestre Linhares

(thamillesilvestre@yahoo.com.br)

ORCID – 0000-0002-2525-7967

Especialista em Direito Público pela LEGALE. Advogada

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo CCJS/UFCG

Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo analisar a ocorrência das “Falsas Memórias” e seus entraves para o Processo Penal brasileiro, no que se refere ao crime de estupro de vulnerável, disposto no artigo 217-A do Código Penal, quando só existe como meio de prova o depoimento da vítima. Nesse sentido, busca-se analisar a incidência das “falsas memórias” e as consequências da mesma na relação entre vítima e acusado. A prova testemunhal apresenta-se para o processo penal brasileiro como uma espécie probatória por excelência, apesar do seu alto grau de fragilidade. Mesmo sendo aceita com desconfiança, ela tem atravessado séculos e se impõe nos mais variados tipos de procedimentos. Como objetivo geral a pesquisa visa analisar, de forma crítica, como o Direito Processual Penal pode dirimir o surgimento das falsas memórias na prova testemunhal nos crimes de estupro de vulnerável. Esse estudo tem como escopo a seguinte problemática: De que forma o Direito Processual Penal pode reduzir a incidência das falsas memórias quando se tem por base o depoimento exclusivo da vítima como meio de comprovação do crime de estupro de vulnerável? Quanto à metodologia empregada, registra-se que será utilizado o Método de Abordagem Dedutivo, aquele que procede do geral para o particular. O método de pesquisa bibliográfico também se fará presente, tendo em vista a necessidade de vasta pesquisa em acervo literário sobre estupro de vulnerável, falsas memórias, provas no processo penal.

Palavras-chave: processo penal; prova testemunhal; estupro de vulnerável.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo analisar a ocorrência das “Falsas Memórias” na prova testemunhal e seus entraves para o Processo Penal brasileiro, no que se refere ao crime de estupro de vulnerável, disposto no artigo 217-A do Código Penal. Nesse sentido, as vítimas e as testemunhas, velem-se essencialmente da retrospectiva das lembranças para relatarem os acontecimentos ocorridos no dia do delito.

A memória tem papel fundamental na reconstrução do crime e no reconhecimento do autor. Nesse contexto, o processo penal depende da recordação da vítima para construção do ato delituoso e é exatamente nesse intervalo que as falsas memórias podem surgir.

Estudos realizados pela Psicologia Cognitiva e do Testemunho apontam que o processo mnemônico é composto por uma rede de relações que compreendem o fato, o contexto, o estado de espírito e o conhecimento do observador. Mesmo assim, pode por vezes, não serem fidedignas a realidade e suscetíveis de falhas, podendo comprometer a correta aquisição, retenção e recuperação das informações.

Observada, portanto, a falibilidade da memória humana, torna-se necessário o estudo das falsas memórias no âmbito do processo penal, no intuito de dirimir danos nocivos ao processo.

Nesse interregno, o processo penal estabelece três meios de provas para consubstanciar a concretude de um ato ilícito, são elas: as provas documentais, as periciais e a testemunhal. Assim sendo, nos processos de crimes sexuais contra vulneráveis, em que não existem provas suficientes e os depoimentos se tornam o meio principal para se alcançar a verdade dos fatos, o julgador pode ter uma dificuldade ainda maior em relação à verdade real desses fatos. Isso pode ser comprovando quando existem várias testemunhas sobre o mesmo fato, cada uma delas poderá apresentar versões distintas, há probabilidade de existirem interferências fantasiosas que prejudicariam o desencadeamento dos fatos.

Diante de tais apontamentos, questiona-se: de que forma o Direito Processual Penal pode reduzir a incidência das falsas memórias quando se tem por base o depoimento exclusivo da vítima como meio de comprovação do crime de estupro de vulnerável?

Averiguada, portanto, a possibilidade de falhas na memória humana, tronase prescindível o estudo a cerca desse instituto, que consiste na recordação de eventos que ocorreram ou não, ocasionando a junção de recordações verdadeiras e conteúdos advindos de sugestões externas.

Inúmeros fatores podem comprometer o armazenamento da memória humana, no caso do depoimento, a lembrança do fato pode ser eivada de questionamentos tendenciosos e sugestivos capazes de contribuir para o surgimento das falsas memórias.

Nesse lume, sob uma perspectiva interdisciplinar, esta pesquisa tende a abordar a falsa lembrança decorrente da sugestiva interrogação do operador do direito durante a colheita da prova oral. Diante dos possíveis equívocos cometidos em razão de depoimentos e reconhecimentos falsos e da possível fragilidade do depoimento do ofendido, o Poder Judiciário deve formular mecanismos próprios e distintos para dirimir tal incidência.

A prova constitui o elemento mais valoroso no sistema penal, sendo imprescindível para a comprovação de culpa ou inocência do réu. É a partir dele que o Juiz vai formar seu convencimento diante o caso. Por isso, diz-se que “o juiz é por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através das provas”. Dessa forma, é importante que o depoimento da vítima de estupro de vulnerável que tenha deficiência intelectual não seja a única prova para imputar o crime a um determinado agente.

Em razão da questionabilidade, esse meio de prova deve ser analisado com cautela, visto a fragilidade emocional e as falsas memórias do fato que podem interferir negativamente na resolução do caso concreto, uma vez sendo corrompido, pode não levar justiça às vitimas e, por conseguinte, causar danos à vida do possível autor do delito.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

O Código Penal promulgado em 1940 apresenta peculiaridades da época em que a sociedade começava a se desenvolver, exprimindo características consideradas conservadoras, através da transmissão dos costumes. Com o advento da Lei 12.015/09 o código penal passou por alterações no tocante aos crimes sexuais, a começar pela própria nomenclatura no Título desses delitos, crimes

contra a dignidade sexual, espécies do gênero dignidade da pessoa humana. Desta forma, o código se ateve a observância da dignidade humana e a liberdade sexual, independente dos padrões morais adotados por pessoas alheias à agressão vivenciada pela vítima.

A Lei Federal 12.015 de 2009, por sua vez, englobou entre as vítimas do tipo, os indivíduos com deficiência intelectual que não possuem o necessário discernimento para a prática do ato e, desta forma, foi imputado ao agressor que tiver conjunção carnal ou praticar ato libidinoso, pena privativa de liberdade em razão da conduta tipificada.

A pesquisa não se propõe a invalidar o depoimento da vítima de estupro de vulnerável, mas sim questionar o aparato jurídico utilizado para solucionar esses casos, levando em consideração a falta de uma equipe multidisciplinar do próprio órgão julgador e de instrumentos que possibilitem abordagens consubstanciais sobre o fato. Impedindo assim, que agressores não fiquem impunes e que vítimas não sejam injustiçadas.

Neste interregno, os debates que envolvam a sexualidade humana, devem ser realizados com seriedade e respeitabilidade, tendo como base a liberdade do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, que, a partir de 2015, passou a integrar os direitos das pessoas com deficiência. As mudanças ocorridas após a vigência do Estatuto da Pessoa com deficiência provocaram alterações na teoria das incapacidades civis, visto que atribuiu capacidade plena para exercer os atos da vida civil, tornando-os autônomos de suas escolhas.

A sexualidade deve ser pensada dentro da pessoa humana, sendo separada dos parâmetros éticos e morais, assim, com a nova denominação, se torna explícito que se busca garantir além da dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha de parceiros dentro da relação sexual, a salvo de exploração, a intangibilidade ou indenidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo (ESTEFAM, 2009, p. 16-19).

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) a deficiência intelectual é classificada em quatro níveis, levando em consideração os testes de quociente de inteligência (QI) e a capacidade funcional da pessoa. São estes: Retardo mental leve (QI entre 50-69); Retardo mental moderado (QI entre 35-49); Retardo mental grave (QI entre 20-40) e Retardo mental profundo (QI abaixo de 20).

Entretanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não provocou alterações no Direito Penal, pois, de acordo com o código o individuo com deficiência intelectual não possui o necessário discernimento para a prática de atos sexuais, integrando o rol das vítimas do crime de estupro de vulnerável.

O depoimento da vítima de estupro é consubstancial para o Processo Penal, é a partir dele que se vislumbra o fato típico e se reconhece o possível autor do delito. Quando a vítima do delito tem deficiência intelectual o depoimento pode apresentar inconsistências ou lacunas e é nesse percurso que pode ocorrer o surgimento das falsas memórias.

Neste lume, as “falsas memórias” podem interferir na apuração do crime de estupro de vulnerável, quando só existe como meio de prova o depoimento do individuo com deficiência intelectual. O estado emocional da vítima, a maneira como é feita o depoimento, as perguntas sugestivas e o local do depoimento podem contribuir para o surgimento das falsas memórias que por vezes impedem que a lembrança do ocorrido seja relatada de forma lucida e verídica, mesmo que essa não seja a intenção da criança.

Segundo NEUFELD, BRUST e STEIN (2010, p, 37-38):

As falsas memórias são hoje reconhecidas como um fenômeno que se materializa no dia a dia das pessoas e que têm sua base no funcionamento saudável da memória; não são a expressão de patologia ou distúrbio. Pensando nisso, os estudos têm avançado no sentido de explicar as bases cognitivas e neurofuncionais desse fenômeno. Não obstante, ainda há um longo caminho a ser percorrido, pois alguns mecanismos das falsas memórias permanecem como um campo a ser explorado. O fenômeno das Falsas Memórias tem provocado o interesse da comunidade científica desde o séculopassado. A trajetória dessas pesquisas foi sendo ampliada para dar conta da realidade de suas implicações nas mais diversas áreas da psicologia, como a Jurídica e a Clínica, bem como em outras disciplinas das áreas humanas e da saúde.

Em razão da reprovabilidade, esse meio de prova deve ser analisado com cautela, visto a fragilidade emocional e as falsas memórias do fato que podem interferir negativamente na resolução do caso concreto, uma vez sendo corrompido, pode não levar justiça às vitimas e, por conseguinte, causar danos à vida do possível autor do delito.

Segundo LOFTUS (1997, p. 72) os principais fatores que contribuem para o surgimento das Falsas Memórias ocorrem em razão da percepção de autoridade e de confiança na fonte da informação. Assim:

Um juiz, um policial, os pais, os professores, os especialistas e os meios de comunicação funcionam em geral como fontes de informação creditáveis

e uma sugestão falsa destes, induzida intencional ou accidentalmente, pode levar à formação de uma memória falsa.

Nas palavras de STEIN (2010, p. 36), as falsas memórias não se confundem com mentiras, veja:

As falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas; elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológicas. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas, no todo ou em parte, por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. É fenômeno fruto do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.

Neste lume, o surgimento das falsas memórias pode facilmente se confundir com a realidade dos fatos e afetar diretamente a construção de lembranças, as pessoas trocam informações, se confundem sobre determinados acontecimentos, e podem até mesmo lembrar-se de coisas que não aconteceram, isso no dia a dia não faz diferença, mas no âmbito do processo penal, o impacto das falsas memórias podem causar consequências graves no transcurso do processo.

No tocante ao Processo Penal, Di Gesu (2010, p. 127), aduz:

O enfoque especial, quando se trata de prova penal e de falsas memórias, é justamente a prova oral. [...] em que pese a necessidade de a prova no processo criminal ser muito mais robusta do que a do cível, a prova testemunhal, muitas vezes, é a única a embasar não só a acusação, como também a condenação, diante da ausência de outros elementos.

A prova é tudo aquilo a ser utilizado para a formação do convencimento do órgão julgador, e esta pode ser entendida como o ato de provar, o meio de provar, e o resultado da análise do material probatório (NUCCI, 2016, p.307).

O artigo 217-A do Código Penal apresenta o caráter hediondo do crime de estupro de vulnerável mesmo quando não existe emprego de violência ou grave ameaça, a lei pacificou esse entendimento, em que mesmo que não haja violência ou grave ameaça é considerado crime hediondo, veja:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º In corre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Em 2016 o Estatuto da Pessoa com Deficiência começou a vigorar no Brasil, esse instrumento normativo estabeleceu importantes diretrizes no tocante a direitos essenciais para o gozo e exercício de vida plena desse grupo vulnerável. Ocorre que o instrumento ora citado, ao garantir plena capacidade para o exercício de atos civis, não atentou para as peculiaridades do Código Penal de 1940, gerando assim grandes incongruências.

Neste sentido, a depender do nível do retardamento mental da vítima de abuso sexual pode fantasiar fatos relativos à ocorrência do abuso, e o abalo emocional pode colocar o testemunho em situação de questionamento por parte dos julgadores quanto à veracidade da narração.

Não raras situações, a criança é forçada a lembrar de algo importante relacionado ao fato, devido à sua imaturidade e à falta de informação pode complementar os dados com fantasia e imaginação, inventando. É nesse ponto que devemos nos debruçar, justamente pela dificuldade com que o infante tem de lidar com a noção de tempo e espaço, que o juiz deve lançar mão de comparações adultas, e fazer questionamentos referentes ao horário da própria criança como o momento em que almoça, janta, brinca, vai para a cama. Assim, por ser altamente sugestionável, jamais deverá o magistrado completar lhe frases, com “sim” ou “não”, porque a criança para agradar quem a ouve, certamente terminará concordando com o almejado pelo interrogante (ARAUJO, 2017, p. 55).

A indução ou sugestionamento das falsas memórias pode acontecer tanto na oitiva das vítimas e na inquirição das testemunhas, através de questionamentos com viés eminentemente acusatório, como também através da mídia, a qual procura sempre fazer do crime um espetáculo (GESU, 2014, p.155).

O despreparo do poder judiciário e a ausência de um ambiente adequado para a oitiva das vítimas pode prejudicar toda a condução procedural. Isto acontece em virtude de abordagens impróprias, no que se refere à sua condição de sujeito em desenvolvimento. Outro fator que pode corroborar com esse

acontecimento é o próprio lapso temporal entre uma inquirição e outra, com entrevistas e perguntas repetidas várias vezes, por diferentes pessoas, comprometem a qualidade dos relatos e contribuem para as falsas memórias (WELTER; FEIX, 2010, p. 180).

Portanto, informações enganosas podem consubstanciar uma memória falsa, afetar uma recordação mesmo quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos e assistimos a diversas notícias sobre um fato ou evento de que tenhamos participado ou experimentado (LOPES, 2019, p. 479).

Segundo LOPES (2019, p.481), em 1992 a psicóloga Elizabeth Loftus ajudou Beth Rutherford, então com 22 anos, a “recordar” que entre 7 e os 14 anos havia sido violentada com regularidade pelo pai, com ajuda de sua mãe. Ocorre que exames médicos demonstraram que a jovem era virgem e que nunca tinha sido abusada. Esse fato demonstra a falibilidade das recordações humanas. Entretanto, na maioria dos delitos sexuais, não existe uma prova material para comprovar a violência sexual possibilitando o lapso de falsas memórias.

Sabe-se que quando as pessoas incapazes relacionam-se sexualmente podem não compreender a seriedade do ato. É por esse motivo que o legislador incluiu nessa classificação do estupro de vulnerável os menores de catorze anos, aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para aprática do ato, ou aqueles que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.

Embora a deficiência intelectual necessite de cuidados especiais, não há como suprimir de suas vidas a sexualidade. Ao contrário, é bem nestas pessoas que pode ser a florada com mais intensidade pelo fato de haver dificuldade em controlá-la. Além disso, pessoas nessas condições necessitam de acompanhamento de pessoas em que confiam (família e amigos) em vista à garantia de segurança.

Já se o deficiente intelectual não puder discernir sobre o ato sexual a que é conduzido, mesmo com a intervenção de leis civis, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, este não deixa de ser pessoa vulnerável à luz do direito penal.

O deficiente intelectual ao comunicar o estupro de vulnerável às autoridades deverá prestar depoimento, através da análise desse discurso que o sistema criminal aplica os meios necessários para checar a veracidade do ocorrido.

Geralmente nos crimes sexuais os atos são cometidos às ocultas, em lugar ermo e sem testemunhas presenciais, a palavra da vítima pode então ganhar uma valoração ainda maior, mesmo assim, não se pode concluir que o seu teor seja absoluto.

Contudo, a falta de discernimento não elimina a preocupação quanto à realização de exame pericial com vistas a punir somente os agentes que agiram de má-fé e conheciam a vulnerabilidade da vítima. Porém, deve-se levar em consideração que o tipo penal disposto no 217-A ora em análise, pode não necessariamente prescindir de conjunção carnal, ejaculação, penetração total ou parcial, ato libidinoso em si ou no agressor, com consentimento ou não.

Nesse sentido, quando as provas não são suficientes para comprovação do ato e o testemunho da vítima se torna a única prova, essa deve ser analisada minuciosamente para a não incidência das falsas memórias e possíveis acusações inverossímeis.

Ávila e Gauer (2010, p. 84-93) acrescentam:

Assentado, ainda, sob uma base cartesiana, o Direito encontra dificuldades para lidar com a realidade contemporânea. As aporias que surgem do descompasso dos frangalhos do Direito positivo com as características de um fato social mais intrincado e mais complexo do que qualquer legislador jamais poderia prever, aponta para um imprescindível processo de redefinição. Nesse sentido, a interdisciplinaridade deve ser uma característica intrínseca às práticas judiciais, para além das perspectivas teóricas, deve encontrar sua realização empírica, sem a qual se encontra esvaziada de sentido. Não é só o aparato judiciário que deve cuidar dos problemas. Uma junta de profissionais de outras áreas, como psicólogos, assistentes sociais, médicos e outros, quando necessário seria bem-vinda. Desta forma, a participação efetiva destes profissionais na fase de coleta de depoimentos e testemunhos, tantodurante o Inquérito Policial, quanto no Processo, seria de extrema valia.

Nesse diapasão, a oitiva da vítima no Processo Penal deve ser analisado por uma equipe multidisciplinar própria do órgão, para que não ocorram divergências em laudos periciais. Em muitos casos os laudos periciais tendem a ser divergentes, visto que, os tribunais solicitam profissionais de diversos órgãos de âmbito municipal e estadual para a construção do mesmo, esse tipo de situação pode por vezes corroborar com a elaboração de laudos inconsistentes e, por consequência, influenciar nas falsas memórias.

Por conta desse alto grau de incongruências, que esse meio de prova é analisado com cautela, visto que existe uma fragilidade emocional e falsas memórias relacionadas às lembranças do fato que podem interferir negativamente na

resolução do caso concreto, que uma vez corrompido, jamais levará justiças as vítimas e poderá causar danos irreparáveis na vida do suposto autor do delito.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os delitos sexuais são os crimes que tendem a gerar repercussão social. Portanto, ocorrendo uma suspeita de abuso sexual que envolve criança com deficiência intelectual, os indivíduos que compõem os laços afetivos da vítima, se sensibilizam com o fato e procuram tentar “ajudar” no colhimento de informações. As autoridades são acionadas e inicia-se uma investigação rapidamente, fazendo a colheita de provas, na tentativa de encontrar o autor com o intuito de prendê-lo e de dar uma resposta para a indignação da sociedade.

Ao se iniciar o procedimento legal, os órgãos se empenham na busca da autoria e da materialidade para fundamentar a denúncia e uma futura condenação penal. Entretanto, no percurso desse caminho está a vítima que geralmente é submetida a vários depoimentos, no âmbito do Poder Judiciário, no seio familiar e nos demais órgãos públicos que são solicitados pela justiça, para a construção dos laudos periciais.

Em sucessão de depoimentos da vítima pode contribuir para o surgimento das falsas memórias e consequentemente para incongruências no processo penal. Ocorre, que em muitas das vezes a falta de aparato do Estado-Juiz também pode contribuir para erros consubstanciais durante o processo. Em muitos casos para a construção dos laudos médicos a justiça solicita profissionais de diversos órgãos, e por vezes esses laudos podem ser incongruentes e ocasionar dubiedades sobre os fatos.

Nesta senda, quando o depoimento do deficiente intelectual se torna a fonte principal para apurar a conduta do agente, esse depoimento pode padecer das falsas memórias. Mesmo presente na realidade processual, as falsas memórias ainda não são observadas pelos operadores do direito como um fenômeno que precise ser controlado.

Portanto, sendo a prova testemunhal o único meio de prova e o possível escopo de reconstruir de forma aproximada o fato delitivo, no presente, um acontecimento do passado, a probabilidade de contaminação por Falsas Memórias pode comprometer o processo penal.

Dessa forma, é necessária cautela quanto às memórias dos indivíduos, principalmente quando estes apresentam indícios de deficiência intelectual para que não se produza injustiças, tanto para a vítima ou para o suposto autor do fato, minimizando os erros do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Marina Saavedra. **A credibilidade da prova testemunhal: Análise objetiva no crime de Estupro de Vulnerável, art. 217-A, CP.** 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. Falsas Memórias no Processo Penal: (RE)discutindo o papel da testemunha. In: Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação, 2010, Porto Alegre. **Anais da V Mostra de Pesquisa de Pós-Graduação.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 84-93.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituição.htm. Acesso em: 1 fev. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 6.949/09. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Portal da Legislação.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-/2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 5 fev. 2021.
- BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias.** Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.
- DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias.** 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- ESTEFAM, André. **Crimes sexuais: comentários à Lei 12.015/2009.** São Paulo: Saraiva, 2009
- FOUCAULT, M. **A Arqueologia do saber.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- LOFTUS, Elizabeth. Criando Falsas Memórias. **Revista Scientific American**, ano 3, n.277, set. 1997, p. 70-74.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 16º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2018.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. PortoAlegre: Artmed, 2010, p. 21-41.

NEUFELD, Carmem Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreensão da Memória segundo diferentes perspectivas teóricas. **Revista de Estudos de Psicologia**, ano 2, n.18, 2001, p.50-63.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado** – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. **Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil**. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. PortoAlegre: Artmed, 2010.

CAPÍTULO XV

PARA ALÉM DO CÁRCERE: OS REFLEXOS DO RACISMO ESTRUTURAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-15

Esley Porto

(esleyporto1@hotmail.com)

ORCID - 0000-0002-9246-8166

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG
Mestrando em Direito pela UFPB e em Ciências Políticas pela UFCG
Graduado em Direito pela UEPB - Advogado
Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Rafael Vieira Formiga

(rafaelformiga.una@gmail.com)

ORCID - 0000-0003-2933-3717

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal – UFCG
Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade CERS e Graduado em Direito pela UFCG
Universidade Federal de Campina Grande – UFCG

Francivaldo Gomes Moura

(fgomesmoura@hotmail.com)

ORCID – 0000-0002-9905-3545

Professor Adjunto II do CCJS/UFCG. Graduado em Direito pela UFPB
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA
Universidade Federal de Campina Grande

RESUMO

Em um contexto de ampla discussão acerca do encarceramento em massa da população negra no Brasil, este artigo tem como finalidade analisar o liame existente entre o aumento da população negra nos presídios e o racismo que estrutura a sociedade civil. Atualmente entende-se que, no Brasil, vigora o “mito da democracia racial”, que hora são utilizados por discursos que negam a existência do racismo no Brasil, e que também são utilizados como justificativa da não existência de uma ideologia racista fundamentada da ideia de que “somos todos iguais perante a lei”. Nesse sentido, é que se faz evidente que o presente artigo tem como objetivo analisar as raízes históricas do racismo no Brasil, e questionar o quanto a questão racial acaba interferindo na decisão punitiva do Estado. A metodologia quanto a consecução dos objetivos propostos pelo trabalho é descritiva, ao passo em que, através da pesquisa bibliográfica, foram coletadas informações que possibilitem o desenvolvimento de uma descrição acerca da temática, apresentando fundamentação ao temário que inclui o debate sobre Gênero, Racismo, Feminismo, Direito Constitucional, Penal e Processo Penal. Não obstante, adotou-se a pesquisa documental, que possibilitou a fomentação de um caráter valorativo acerca do tema estudado, a partir da elaboração de um quadro comparativo entre teoria e realidade. Por fim, esse trabalho se justifica pela ausência de produções científicas sobre essa temática dentro dos cursos de Direito, além da necessária e importante discussão da temática, pautando os debates na realidade que vivenciamos. Da investigação realizada, percebe-se que o racismo tem papel direto no encarceramento em massa que constitui a realidade do sistema prisional brasileiro, o que demanda uma atuação conjunta entre os atores estatais envolvidos e a sociedade civil, de modo a discutir e erradicar essa realidade ainda marcante.

Palavras-chave: Racismo Estrutural. Sistema Penitenciário. Encarceramento.

1. INTRODUÇÃO

O racismo e o sistema presidiário nacional são temas altamente relevantes que embasam a conjectura social e jurídica do país, representando um problema histórico que afeta a segurança interna e que se prolonga no decorrer do tempo. Dessa forma, a presente pesquisa buscará averiguar os percursos socioculturais e estatais que acarretaram no racismo dentro das penitenciárias. Para tanto, se faz necessário traçar ligações entre o passado e o presente com o intuito de elucidar o surgimento do racismo e como ele atua dentro do sistema carcerário.

A escravidão dos negros africanos no Brasil teve início no Período Colonial e se estendeu por longos anos, nos quais eles eram trazidos forçadamente para o continente americano, sendo transportados em condições sub-humanas como uma mercadoria qualquer e com todos os seus direitos ceifados, com o único objetivo de satisfazer os interesses sociais e econômicos dos senhores brancos da época. Hodieramente, tal fato ainda é o precursor de inúmeras consequências para a população negra, que mesmo após 132 anos da abolição da escravatura ainda passam por dificuldades para exercerem seu papel de cidadãos de forma igualitária e de se imporem perante a sociedade como seres detentores de direitos.

Diante de tantas consequências promovidas pelo ciclo de injustiças raciais no Brasil, tornou-se indispensável à elaboração de uma proposta de pesquisa que abordasse o tema, mais especificamente no que diz respeito ao aspecto judicial, isto é, tomando como base o número significativo da população carcerária composta por indivíduos negros.

Partindo desse pressuposto, o presente trabalho tem a finalidade de incentivar o debate nas academias, principalmente no que tange a área do Direito, bem como fomentar o raciocínio crítico do corpo discente, tendo em vista que no transcorrer das profissões do âmbito jurídico e como operadores da área, lidarão com assuntos relativos a essa temática, sendo também de suma importância para o conhecimento da sociedade em geral, a exposição do comportamento da justiça brasileira perante a população negra.

Nesse sentido, o referido artigo se propõe a discutir sobre as raízes históricas do racismo, a violência e o preconceito racial que atinge os negros brasileiros, bem como a inter-relação dos fatores socioeconômicos que influenciaram na vulnerabilidade desses indivíduos com o comportamento do sistema punitivo

brasileiro diante de tanta disparidade que os aflige, seja no âmbito social, econômico ou jurídico. Como problemática discorrer-se-á acerca do percentual de pessoas negras presas no território nacional, os motivos e o perfil desses encarcerados com o escopo de entender por que a maioria dos presidiários no Brasil são pessoas negras.

No que tange ao caminho metodológico traçado para a construção do presente estudo e a fim de alcançar os referidos objetivos propostos, buscou-se uma metodologia pautada na pesquisa teórico-bibliográfica e documental. Importante salientar, também, que a temática é de importante discussão no âmbito do Processo Penal, estando diretamente ligada à linha 5 – das partes no Processo Penal, focalizando na ideia de refletir acerca da figura do réu.

2. RAÍZES HISTÓRICAS DO RACISMO NO BRASIL

Segundo Gonzales (1988) prevalece no Brasil o “mito da democracia racial”, consagrado principalmente no período do pós-abolição advindo com a assinatura da Lei Aurea (1888), mas também como consequência da propagação de uma ideologia por parte de uma elite de pensadores brasileiros na segunda metade do século XX, a exemplo do sociólogo Gilberto Freyre, que defendia a tese de que não haveria desigualdade entre os povos de diferentes raças no Brasil pelo fato de sermos um povo miscigenado.

Pensando as estruturas do racismo, preleciona Sakamoto (2017) afirmando que o racismo surge no Brasil a partir do adentramento dos primeiros navios negreiros no território brasileiro, e que mesmo passados mais de 130 anos da assinatura da Lei Áurea, dados oficiais dos mais variados setores da sociedade constatam que os direitos não chegam a todos de forma igual, mas que ainda existe um longo caminho a ser percorrido para obtenção dessa ideia de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” consagrada na Constituição Federal (1988), esta, em vigor no Brasil.

Importante lembrar ainda, que os povos negros africanos foram vítimas do comércio de escravos que se desenvolveu nas Américas, tendo se tornado uma mercadoria viva, pois não eram considerados cidadãos. Esse período, que ficou conhecido como o período da “escravidão” no Brasil, foi decorrente de um sistema colonial imposto pelas grandes potências europeias daquela época, que,

fundamentados em teóricas racistas por parte de cientistas do denominado Velho Mundo, conseguiram desenvolver uma série de mecanismos que resultaram na escravização do povo originário do continente chamado África. Tornando-se uma parcela importante da população para execução dos trabalhos pesados sem nenhum prestígio ou status social. (BOTOSO, 2012).

A Constituição do Império de 1824 não previu nenhum direito ao povo escravizado, e nem mesmo algumas leis da época conseguiam beneficia-los. Como foi o caso da Lei de Terras de 1850, que extinguiu a apropriação de terras com base na ocupação, mas permitia a compra de terras mediante altas quantias de dinheiro, o que não era a realidade dos ex-escravos. A Lei Rio Branco, ou Lei do Ventre Livre de 1871 concedeu às crianças nascidas naquela época à liberdade, mas também não trouxe grandes mudanças para estas. Além destas, existiu também a Lei Saraiva-Cotegipe ou Lei dos Sexagenários, que previa a libertação de escravos com mais de 60 anos, o que não fazia sentido, pois a realidade dos escravos era de morte precoce, pois tinham expectativa de vida baixa, devido aos trabalhos pesados.

O processo de abolição da escravatura no Brasil perpassou um logo caminho, tendo sido o Brasil, o último país da América Latina a abolir esse período que perdurou por mais de quatro séculos. Entretanto, mesmo após a assinatura da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, não houve grandes mudanças nas vidas dos agora “ex-escravos”. Para Botosso (2012) a assinatura daquela lei, não trouxe nenhuma mudança positiva para o país, sob o aspecto estrutural da sociedade, haja vista ter ocorrido apenas a troca dos senhores de escravos pelos grandes fazendeiros de café, pois mesmo com o trabalho agora sendo livre, os indivíduos antes escravos não tiveram qualquer suporte para sua introdução no mercado de trabalho.

Assim, mesmo com Leis voltadas para a libertação dos povos escravizados, não houve um engajamento por parte do governo imperial para criar políticas públicas para inserir os libertos na sociedade, diferente do que ocorreu com imigrantes europeus que vieram para o Brasil, estes, receberam apoio do governo e tiveram terra e oportunidades de trabalhos. Segundo o historiador Clovis Moura “entraram mais imigrantes italianos nos 30 anos de Lei Áurea do que escravos que foram beneficiados com a libertação” (NASCIMENTO, 2019, p.43). O resultado disso foi à exclusão e marginalização de todos aqueles que foram libertados, pois não havia postos de trabalho para essa população “recém liberta”, além de não haver

acesso à moradia e todos os outros direitos que eram garantidos à sociedade brasileira branca.

Com a desagregação do regime escravocrata para o sistema de trabalho livre, não foram cercados os escravos de garantias e assistência que os protegessem da transição de um regime de trabalho para o outro. Assim, nos quadros de uma economia competitiva o liberto passou a ser senhor de si mesmo, responsável por si e seus dependentes, mesmo não dispondendo de meios materiais para tanto. O Estado, a Igreja ou qualquer outra instituição não assumiram o encargo de preparar o recém liberto para a organização da vida e do trabalho. Os senhores foram eximidos de qualquer responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos. A abolição se converteu em caráter atroz, uma espoliação extrema e cruel (FERNANDES, 2008). Mesmo com a abolição, pessoas negras continuaram expostas à violência e à inferiorização, uma vez que, a dinâmica social, no tocante ao domínio político e econômico continuaram sendo exercidos por grupos dominantes (SOUZA e JUNIOR, 2019).

Segundo Pereira (2012), o período pós-escravocrata no Brasil passou a tecer uma falsa ideia de que existia uma relação isonômica entre brancos e negros, no entanto, o que de fato ocorria era uma supremacia de uma ideologia que persistia em maltratá-los através de novas formas de violência física, moral ou psicológica. Neste contexto, percebe-se que o período pós-abolicionista passou por uma evolução, não no sentido de colocar fim ao preconceito de raça/cor, mas de se adequar aos tempos atuais, impedindo que o negro derrube o muro da invisibilidade diante a sociedade brasileira contemporânea.

3. RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL

Segundo a filósofa brasileira Djamila Ribeiro (2019) “falar sobre racismo no Brasil é, sobretudo, fazer um debate estrutural” (RIBEIRO, 2019, p.9). Por isso, foi necessário iniciar todo esse debate epistêmico partindo dos marcos da historiografia brasileira acerca do período da escravidão no Brasil; especialmente da história “apagada”, aquela que não é ensinada no ensino básico brasileiro devido a toda uma estrutura racista que prevalece desde o período colonial, e continua sendo maquiada pelo capitalismo. Indo nessa contramão, é imprescindível fomentar o debate acerca de perspectivas históricas que enxergam os povos africanos e os

povos da sua diáspora como seres humanos que foram escravizados, ao invés de apenas retratá-los dentro dessa velha historiografia, que simplesmente taxou-os como escravos, como sendo uma condição inerente do povo negro.

Segundo Borges (2019), em 1891 foram queimados todos os documentos referentes ao comércio de escravos do período da escravização no Brasil a mando do então Ministro das Finanças, Rui Barbosa, o que geraram sérias consequências para a construção da historiografia do povo vindo de África. Além disso, teorias racistas como a do médico eugenista Raimundo Nina Rodrigues, defendia que o tratamento entre diferenciado entre raças, pois em sua visão racista, negros e indígenas eram “raças inferiores”.

Nesse diapasão, para entendermos como o racismo se movimenta por todas as estruturas da nossa sociedade contemporânea, é preciso antes de tudo compreender que houve uma tentativa de “enbranquecimento” da sociedade brasileira. Esse termo é utilizado pelo pensador Abdias no Nascimento (2019) para denunciar as tentativas de apagamento por parte do Estado brasileiro, no sentido de apagar a cultura afro e afrodescendente da história do país. É preciso ter conhecimento que houve políticas públicas de crescimento da nação que de um lado favoreceram povos imigrantes brancos com oportunidades de emprego e moradia, e que por outro lado foi omissa e negligente com os povos negros que já residiam no Brasil.

De acordo com Almeida (2018) as individualidades biológicas e étnico-culturais foram responsáveis por caracterizar a capacidade intelectual dos indivíduos e consequentemente hierarquizá-los. A prática da discriminação racial tem fundamento nas relações estruturais mantidas por determinados grupos detentores de vantagens e privilégios que se manifestam sob os aspectos econômicos, políticos e institucionais específicos. Tais relações são produzidas com base em princípios discriminatórios no que tange a raça, criando regras culturais e de vivência social que transformam em única a hegemonia desses grupos específicos.

Segundo discorre Oliveira e Racy (2010) a localização hierárquica na qual se encontra a maioria da população negra atualmente, é consequência da implantação e manutenção de relações socioculturais e econômico-financeiras em que há o sacrifício de uns em detrimento da obtenção de vantagens por outros. Certamente, o sistema escravocrata no Brasil, durante o período colonial, é o embasamento

primordial para que se mantenham ao longo do tempo as diferenças sociais, enraizadas na discriminação de raça e julgamento de sua cultura (ALMEIDA, 2018).

Por conseguinte, para Oliveira (2018) o racismo tem uma estrutura baseada no deslinde histórico que torna o capitalismo selvagem uma forma das classes mais abastadas se manterem no poder, podendo ser corroborado pelos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontando que em 2018 dos 10% da população brasileira com menores rendimentos, 75,2% são negros (pretos/pardos) contra 24,8% de brancos.

Nesse contexto, vale destacar o importante papel dos Direitos Humanos hoje, que é de reverter ou amenizar a exclusão e o encarceramento seletivo, daqueles considerados invisíveis. Segundo Oscar Villena (2008) são as desigualdades sociais “que causam a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados”, minando assim o próprio Estado de Direito e a observância das leis (VIEIRA, 2008, p. 207).

A ofensa à dignidade dos invisíveis é igualmente invisível, porque não gera reação política ou social. Muitos ainda acabam sendo vistos como perigosos quando tentam superar a sua condição de invisíveis, excluindo assim sua condição de cidadãos protegidos pela lei. Além disso, a concepção de dignidade da pessoa humana parece ser afastada dos rotulados como criminosos e bandidos, a hipótese é a de que a própria concepção de dignidade está vinculada às práticas do indivíduo e não à sua condição inerente de ser humano (BARCELLOS, 2010, p. 52).

Não obstante, tem-se ainda o discurso falacioso da meritocracia, que defende que o indivíduo, negro, conquistará, caso se esforce, espaços sociais. Tal discurso incute no sujeito negro uma falsa esperança, uma vez que, se exige deste uma postura heroica. As portas se abrem com mais facilidade para aqueles de pele e olhos claros (OLIVEIRA; CARVALHO, 2017).

Outro ponto de extrema relevância em todo esse debate acerca da estruturação do racismo, diz respeito ao racismo institucional, que de um lado privilegia os sujeitos brancos e por outro coloca pessoas negras em desvantagens dentro de todas as instituições públicas e privadas. Segundo o jurista Silvio Almeida isto está diretamente relacionado ao racismo reproduzido pela sociedade, pois “as instituições são racistas porque a sociedade é racista” (ALMEIDA, 2019, p.47), e isso reflete diretamente da quantidade da população negra que não consegue acessar os

mais altos cargos em todos os setores da sociedade, mesmo sendo a população negra a grande maioria no Brasil, mas que, em contrapartida, constituem a maior parcela da população encarcerada.

4. O RACISMO NO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

De acordo com o levantamento nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2019), atualizado até o mês de junho de 2017, a população carcerária brasileira já havia ultrapassado a marca das 720 mil pessoas com a liberdade cerceada, sendo a terceira maior população carcerária do planeta, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Dentre desse quantitativo, importante destacar que 63,6% são compostas por pessoas negras e apenas 17,3% pessoas brancas. Com esses dados é possível traçar o perfil dos apenados aqui no Brasil, o que torna a realidade bruta e contrária aos vários discursos de isonomia e paridade na sociedade brasileira.

Segundo esses mesmos dados (INFOPEN, 2019), 33,29% são presos provisórios, ou seja, sem condenação; 43,57% são presos sentenciados em regime fechado; 16,72% são presos condenados em regime semiaberto; 6,02% em regime aberto; 0,34 estão internados em regime de medida de segurança e 0,06 em tratamento ambulatório. Dentre os crimes mais praticados por homens privados de liberdade estão os delitos de roubo (31,88), tráfico de drogas (29,26%), furto (14,15%) e homicídio (12,19%); já entre as mulheres os crimes mais praticados são os de tráfico de drogas (64,48%), roubo (15,72%), homicídio (8,47%) e furto (4,96%).

Para a pesquisadora Juliana Borges (2019), a lei nº 11.343 de 2006 foi a principal protagonista para o aumento gradativo do encarceramento da população negra no Brasil, visto que, antes da entrada em vigor da denominada Lei de Drogas, a população carcerária do país era pouco mais de 90 mil pessoas, e após 2006, o sistema penitenciário, segundo dados do próprio INFOPEN (2019), houve um aumento de mais de 300 mil pessoas. Hoje, segundo os últimos dados fornecidos pela mesma instituição, o total da população prisional era de 726.354 pessoas. Embora seja um dos crimes mais cometidos pelos encarcerados, importante destacar que são as mulheres quem mais foram sentenciadas por esse delito.

Segundo Flauzina (2008) o sistema penal brasileiro está associado ao racismo e é utilizado na sua forma ostensiva com o intuito de manter o controle da população negra. Nesse sentido ela aduz que:

[...] o Sistema Penal está vinculado ao racismo desde seu nascedouro [...]. A apropriação simbólica peculiar da questão racial pelas elites nacionais, convertendo esse território da barbárie no paraíso terrestre do convívio entre as raças nunca abriu mão do uso ostensivo do sistema penal no controle da população negra. Assim, a relação estabelecida de entre racismo e sistema penal no Brasil se dá de uma maneira íntima e enviesada, apesar de todo o esforço em se construir uma imagem em sentido oposto. Passamos então a nos ocupar desse relacionamento tão frutífero quanto incestuoso em que se transformou a convivência entre racismo e sistema penal nessa “amostra terrestre do paraíso” chamada Brasil (FLAUZINA, 2008, P.44).

Conforme Wacquant (2001), a discriminação racial ocorre não apenas na seara do Judiciário, mas também no que diz respeito à atuação da polícia, acarretando um tratamento desigual por parte desses dois órgãos no que se refere aos indivíduos negros. Para ele:

O recorte da hierarquia de classes e da estratificação etnoracial e a discriminação baseada na cor, edênica nas burocracias policial e judiciária. Sabe-se, por exemplo, em São Paulo, como nas outras grandes cidades, os indiciados de cor “se beneficiam” de uma vigilância particular por parte da polícia, têm mais dificuldade de acesso a ajuda jurídica e, por um crime igual, são punidos com penas mais pesadas que seus comparsas brancos. E uma vez atrás das grades, são ainda submetidos às condições de detenção mais duras e sofrem violências mais graves. Penalizar a miséria significa aqui “tornar invisível” o problema negro e assentar a dominação racial dando-lhe um aval de Estado (WACQUANT, 2001, p. 11).

Para a advogada Winnie Buento, o debate acerca da seletividade penal é um assunto pouco debatido pelas instituições jurídicas no Brasil. Segundo ela:

A abordagem sobre seletividade penal passa, muitas vezes, em branco (literal e metaforicamente), consequência da força do mito da democracia racial brasileira e dos discursos universalistas de classe. Há um senso comum que aponta que as violências e índices de criminalização indevida estão mais relacionados com fatores sociais do que com racismo. Porém, o que se verifica, na realidade, são relatos e experiências de jovens negros e negras que convivem desde a tenra idade com a sabedoria do medo. O medo da polícia. Medo esse que é plenamente justificado (BORGES, 2019, p.73).

Consoante expõe Ramos; Musumeci (2005), a maneira em que a abordagem policial é realizada quando se trata de pessoas negras, são mais violentas e humilhantes, refletindo que o discurso acerca da inexistência da seletividade pelo perfil racial não passa de uma grande falácia, já que o comportamento da instituição vai de encontro ao que é apregoado. Tal comportamento está baseado em justificativas rasas argumentando-se que o dispêndio de maior atenção a esses

sujeitos, se dá devido a um elevado índice de violência em regiões compostas de população majoritariamente negra ou que a situação de pobreza é um fator criminológico que explica o maior controle policial (BARROS, 2008).

Além dessas graves injustiças, a própria justiça criminal não debate as consequências do racismo em suas instituições. Para se ter uma ideia, 57,6% dos acusados nas varas criminais são negros, enquanto em juizados especiais, onde a pena é mais branca, a maioria dos acusados são brancos, cerca de 52,6%. Importante destacar também, que a grande maioria dos servidores públicos que compõem o sistema criminal, ou seja, juízes, promotores, defensores públicos etc. são em sua grande maioria pessoas brancas; o que só reforça o caráter institucional e estrutural do racismo (BORGES, 2019).

Faz-se mister pontuar, também, que a maioria dos crimes são cometidos em regiões periféricas dos grandes centros urbanos – ou seja, áreas pobres em que, em sua maioria, se concentram populações predominantemente negras. Tem-se, portanto, devido a falta de oportunidade e ao esquecimento dos poderes públicos, que falham no planejamento e execução de políticas públicas, uma maior chance dessa camada específica da população delinquirem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Humanos, garantidos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e recepcionados pela Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais, se traduzem em garantias jurídicas universais aplicáveis a todo e qualquer ser humano, independente de qualquer nomenclatura social, seja de raça, gênero, classe etc. E, pensando o sistema prisional brasileiro, os direitos humanos não podem ser ignorados pelo sistema prisional, conforme previsão na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988.

Entretanto, por meio da análise dos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2019), citado alhures, nota-se que existe uma significativa discrepância entre o número de negros e brancos apenados, já que mais da metade da população carcerária é composta de pessoas negras, inferindo-se que há no país um crescente cenário fatídico de aprisionamento desses indivíduos, colocando o Brasil entre os países que mais encarceram no mundo.

Vale salientar, que as penitenciárias brasileiras demandam condições melhores para que consigam alcançar a sua finalidade de ressocialização do preso, uma vez que se tornaram locais onde ocorrem diversas violações aos direitos humanos. Insta lembrar, que a maior parte dos sujeitos que estão submetidos a tais tratamentos degradantes são pessoas negras, invisíveis perante a sociedade, que superlotam os presídios e estão adstritos à alimentação precária, transmissões de doenças, más condições de higiene pessoal bem como ao péssimo estado das celas carcerárias, tendo o próprio Supremo Tribunal Federal “reconhecido o estado de coisas inconstitucional”, no momento do julgamento de medida cautelar da ADPF 347-DF, por concordar que o sistema prisional brasileiro viola drasticamente os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

Isto posto, é perceptível que todo esse cenário de desumanidades e omissões por parte do Estado e de seus agentes, está diretamente relacionado ao racismo que estrutura a forma de formação e organização da sociedade brasileira. Pois no Brasil vigora o “mito da democracia racial”, formulada na ideia de que “todos somos iguais perante a lei”, mas que na prática, quando são acessados os dados das diversas instituições da sociedade é observado que o número de pessoas negras que possuem acesso a direitos básicos, como saúde, educação, trabalho, saneamento básico etc., são a minoria, o que foge completamente da proporcionalidade de pessoas negras no país, estes que compõem maior parte da população.

Diante disso, é necessário pautar as discussões na realidade que vivenciamos. A cada dia que passa mais gente negra é assassinada, discriminada e marginalizada e a nossa sociedade, bem como o próprio Estado, tem ignorado os diversos casos que aparecem e evidenciam o racismo estrutural que está impregnando na história da nação, seja nas relações interpessoais ou nas instituições. Precisamos de legislações efetivas e deixar o “negacionismo” de lado, precisamos repudiar quando representantes dos poderes da república afirmam reproduzem discursos como “no Brasil não existe racismo”, tão reproduzido pelo atual governo executivo. Não podemos mais permitir que um jovem negro perca sua vida a cada 23 minutos no Brasil (ONU BRASIL, 2017). Ao Estado cabe rever as políticas públicas de combate ao racismo e à sociedade cabe o estudo, os debates e as análises de consciência para findar o preconceito e as desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/>. Acesso em: 17 de novembro de 2020.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. 2010. Acesso em: 17 de novembro de 2020.
- BARROS, Geová da Silva. **Racismo institucional: a cor da pele como principal fator de suspeição**. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Recife, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Pernambuco, 2006.
- BERTULIO, Dora Lucia de Lima. Racismo, Violência e Direitos Humanos: Considerações sobre a Discriminação de Raça e Gênero na sociedade Brasileira. Disponível em: <http://200.18.45.28/sites/afirme/docs/Artigos/dora02.pdf>. Acesso em: 24 maio 2019. discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. Acesso em: 17 de junho de 2020.
- BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- BOTOSO, Tatiana. **Racismo no Brasil**. São Paulo, 2012.
- DEPEN. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 17 de junho de 2020.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Brasília: Contraponto, 2006.
- FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes: o legado da "raça branca"**. 5^a. ed. São Paulo: Globo, 2008. v. 1.
- GONZALEZ, Lélia A. **A categoria político-cultural da ameficanidade**. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, n. 92/93, jan. /jun., p. 69-82, 1988.
- NASCIMENTO, Abdias do. **O quilombismo: documentos de uma militância pan-africanista**. São Paulo: Editora Perspectiva; Rio de Janeiro: Ipeafro, 2019.
- OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de. Negros são 78% entre os mais pobres e somente 25% entre os mais ricos. Fundação Perseu Abramo, 2018. Disponível em:

<https://fpabramo.org.br/2018/11/30/negros-sao-78-entre-os-mais-pobres-e-somente-25-entre-os-mais-ricos/>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

OLIVEIRA, A. S; CARVALHO, Acelino Rodrigues. A desigualdade racial do Brasil: O racismo estrutural e o determinismo social. **Rev. Jurídica de Direito, Sociedade e Justiça**. v. 5, nº 1, p.228-230, Dez, 2017.

OLIVEIRA, R. S; RACY, José Caio. O negro na realidade socioeconômica brasileira: um estudo da participação do negro no mercado de trabalho. **Jovens Pesquisadores**, v.2, p. 1-17, 2010. Disponível em: <https://jornalgn.com.br/sites/default/files/documentos/3.4.12.pdf> Acesso em: 17 de junho 2020.

PEREIRA, Olga. A dor da cor: reflexões sobre o papel do negro no brasil. João Pessoa, 2012.

RAMOS, Silvia; MASUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito**: abordagem policial ediscriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SAKAMOTO, Leonardo. Raízes da intolerância: escravos de um racismo disfarçado e cruel. 2017. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/raizes-da-intolerancia-escravos-de-um-racismo-disfarcado-e-cruel/> Acesso em: 17 de junho de 2020.

SOUZA, M. F; JUNIOR, Francisco Vieira de Souza. Racismo Estrutural e a Violência contra a juventude negra no Brasil. **Rev. Transgressões: Ciências Criminais em Debate**. V.7, nº. 2, p.55-68, Dez, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. P. 191 – 216. In: Sarmento, Daniel. Ikawa, Daniela. Piovesan, Flávia (orgs). Igualdade, Diferença e Direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

SOBRE OS ORGANIZADORES

CARLA PEDROSA DE FIGUEIREDO



Professora Assistente II do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da UFCG. Co-coordenadora do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal do CCJS. Mestre em Sistemas Agroindustriais - Linha Gestão e Tecnologia Ambiental pela UFCG. Doutoranda em Administração pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul - USCS. Especialista em Direito Processual Civil pela UFCG. Graduada em Direito pela UFCG.

ISABEL LAUSANNE FONTGALLAND



Possui graduação em Curso de Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Ceará (1992); Mestrado em Economia pela Universidade Federal da Paraíba (1995); Doutorado em Economia Industrial - Université de Sciences Sociales de Toulouse 1 (1999) - França (LIRHE) e Pós- Doutorado em Economia pela Ohio University (2012) - Athens - Ohio - EUA. É professora do Ensino Superior desde 1994. Atualmente é Professora Titular da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG e coordenadora do LEARA/CNPq.

FRANCISCO CÉSAR MARTINS DE OLIVEIRA



Doutorando em Gestão de Recursos Naturais (UFCG - PPGEGRN/CTRN), Mestre em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG-PPGSA). Especialista em MBA em Gestão de Negócios pela Universidade Potiguar (UNP). Especializando em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Presidente do Sindicato do Comércio de Bens e Serviços de Sousa-PB. Diretor da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo da Paraíba. Tutor do Programa Negócio a Negócio do SEBRAE Paraíba.



9 786553 810310