

# CONSTRUTO, ARTICULAÇÃO E CONHECIMENTO:

Diversidade de estudos produzidos no curso de Direito

2023/1

## VOLUME II

Organizadores:

**Débora Teixeira Da Cruz**

**João Paulo Calves**

**Lindomar Tiago Rodrigues**

**Maysa Brum**

 **Pedro & João**  
editores

**CONSTRUTO, ARTICULAÇÃO E  
CONHECIMENTO: DIVERSIDADE DE  
ESTUDOS PRODUZIDOS NO  
CURSO DE DIREITO  
2023/1**

**VOLUME II**



**Pedro & João**  
editores



**DÉBORA TEIXEIRA DA CRUZ  
JOÃO PAULO CALVES  
LINDOMAR TIAGO RODRIGUES  
MAYSA DE OLIVEIRA BRUM BUENO  
(ORGANIZADORES)**



**CONSTRUTO, ARTICULAÇÃO E  
CONHECIMENTO: DIVERSIDADE DE  
ESTUDOS PRODUZIDOS NO  
CURSO DE DIREITO  
2023/1**

**VOLUME II**

  
**Pedro & João**  
editores

**Copyright © Autoras e autores**

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos das autoras e dos autores.

---

**Débora Teixeira da Cruz; João Paulo Calves; Lindomar Tiago Rodrigues; Maysa de Oliveira Brum Bueno [Orgs.]**

**Construto, articulação e conhecimento: diversidade de estudos produzidos no curso de Direito 2023/1. Vol. II.** São Carlos: Pedro & João Editores, 2023. 482p. 16 x 23 cm.

**ISBN: 978-65-265-0650-9 [Digital]**

1. Direito penal. 2. Processo penal. 3. Direito. I. Título.

CDD – 340/370

---

**Capa:** Petricor Design

**Ficha Catalográfica:** Hélio Márcio Pajeú – CRB - 8-8828

**Diagramação:** Diany Akiko Lee

**Editores:** Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

**Conselho Científico da Pedro & João Editores:**

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil); Hélio Márcio Pajeú (UFPE/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil); Ana Cláudia Bortolozzi (UNESP/Bauru/Brasil); Mariangela Lima de Almeida (UFES/Brasil); José Kuiava (UNIOESTE/Brasil); Marisol Barenco de Mello (UFF/Brasil); Camila Caracelli Scherma (UFFS/Brasil); Luís Fernando Soares Zuin (USP/Brasil).



**Pedro & João Editores**

[www.pedroejoaoeditores.com.br](http://www.pedroejoaoeditores.com.br)

13568-878 – São Carlos – SP

2023

A instituição de Ensino busca fazer do aprendiz um pensador,  
Mas o curso de Direito proporciona o aprofundamento  
e aplicabilidade do conhecimento adquirido.

**Débora Teixeira**



## AGRADECIMENTOS

Ao Centro Universitário Unigran Capital em nome do nosso Pró-Reitor Prof Me. Vinícius de Oliveira.

A secretária do Curso de Direito, Janaína Ferreira, por toda colaboração dedicada.

À colaboração dos alunos do curso Direito entre eles - Karlos Cesar Dias Mortari.

Aos professores (as), orientadores (as) e avaliadores (as) do Curso de Direito da Unigran Capital, que não mediram esforços em colaborar para essa produção.

Ao estagiário do Nexitemper - Leonardo Ferreira dos Santos.

À querida Diany e Pedro da editora que sempre atende às nossas solicitações de forma sensível

Ao Dr Jodascil Gonçalves Lopes, que aceitou de prontidão prefaciá-lo o 2º E-book do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

Aos Diretores Prof José Alexandre e Prof Lindomar Rodrigues.

Ao Prof Me. João Paulo Calves, pelo cuidado, seriedade e humanização na Coordenação do Curso de Direito.

Enfim, a todos o nosso muito obrigado!!!!



## APRESENTAÇÃO

A solução dos diversos conflitos que surge na sociedade, independente de quaisquer situações é sempre aclamado pelo Direito, este tem como parâmetro tutelar e equilibrar as condições de sobrevivência do ser humano pautado sempre na dignidade e direitos humanos. Neste contexto, que professores e alunos do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital durante o 2º semestre de 2022 e 1º semestre de 2023 produziram trabalhos com relevância sobre o Direito penal e direito Processual Penal deixando como um marco no desenvolvimento acadêmicos e profissional.

Neste sentido, convidamos os leitores aproveitar material descrito de fácil entendimento que destaca sobre a constitucionalidade do cumprimento de pena após a condenação no tribunal do júri, bem como análise da jurisprudência sobre inconstitucionalidade na execução antecipada da pena pós condenação. Trata-se de conhecer as atribuições do Juiz de garantias. Trata das questões das questões do tráfico de pessoas e exploração sexual das mulheres. Passando ainda pela insuficiência investigativa nos crimes organizados, seletividade penal da Lei antidrogas. A prova testemunhal das falsas memórias e reconhecimento de pessoas no ordenamento jurídico. Ainda contém resultados imprescindíveis sobre a maternidade no cárcere, bem como o crime de infanticídio. Persecução penal para o tratamento das pessoas surdas. E por fim sobre os regimes: aberto e semiaberto, bem como a sua harmonização.

Neste contexto, os organizadores afirmam que a leitura poderá contribuir tanto no âmbito acadêmico como âmbito social, onde os autores buscaram elencar os assuntos de forma clara e explícita deixando como parâmetro referências teóricas que ainda o leitor poderá fazer buscas para escrever outros trabalhos ou até mesmo ter noção mínima de como entender um conflito na qual possa estar

envolvido, sabendo que a sociedade nunca está livre de passar por situações embaraçosas.

Boa leitura!!!!

## PREFÁCIO

É uma alegria e uma honra apresentar à comunidade acadêmica e à comunidade jurídica do nosso belo Brasil, esta coletânea de textos redigidos por professores e alunos da muito amada Unigran Capital, que é a instituição na qual tenho o prazer de lecionar desde o primeiro ano de instalação do curso de Direito. De tal, boa, sorte, me enche de orgulho poder dizer que conheço cada um dos autores que me ladeiam nos capítulos desta fabulosa obra, os quais são queridos amigos e colegas de magistério com quem troco experiência e aprendo muito acerca do nosso ofício, e, ainda mais queridos e com quem mais aprendo, os notáveis acadêmicos, os quais, na data deste escrito, já se avizinham de suas colações de grau. Nesta obra, estes últimos, experimentam importante encontro com a pesquisa científica.

Aliás, é por estar muito atenta ao tripé que forma um curso de graduação – ensino, extensão e pesquisa - que a instituição de ensino superior Unigran Capital, personificada no seu substrato humano (acadêmicos, professores e servidores) eiva seus maiores esforços com a presente publicação e torna pública parte das pesquisas realizadas nas dependências desta jovem escola de direito. Com isso, se projeta como um curso comprometido não apenas em transmitir conhecimentos, mas com a produção da ciência, arte ou técnica, jurídica.

Os textos ora apresentados refletem a preocupação social dos graduandos e mestres, e se respaldam na extensão e ensino realizados em nossa Universidade. No que tange à extensão, merece ser lembrado o projeto REMISSÃO PELA LEITURA citado na apresentação do trabalho sobre O tratamento das pessoas surdas e com deficiência auditiva no curso da persecução penal... (10), e os trabalhos A seletividade penal da lei antidrogas (6), O maternar no cárcere... (9), Regime semiaberto harmonizado (13) e Saída

temporária... (14), os quais se iniciaram a partir das experiências vivenciadas no NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA, durante os atendimentos às pessoas carentes, seja nas ações de natureza civil ou penal, sempre no afã de garantir a elas o direito que, muitas vezes, é negado. Aqui o curso de direito encontra sua maior vocação: fazer justiça aos que não podem, sozinhos, encontrá-la.

No ensino, as proposições críticas dos professores – capazes de conduzir os alunos para além da repetição de uma “engenharia do direito” e formar uma reflexão sobre a “ciência do direito” - foi manjedoura de temas como: A constitucionalidade do cumprimento antecipado da pena do júri (1) ou sua inconstitucionalidade (11), A (des)necessidade da implementação do juiz de garantias... (2), A (in)eficácia da legislação nacional no combate ao crime de tráfico de pessoas... (3), A insuficiência investigativa criminal frente ao crime organizado (4), o Reconhecimento de pessoas no Ordenamento jurídico brasileiro (12) e (...) uma análise sobre o risco das falsas memórias e o Erro Honesto no processo penal (5), O crime de infanticídio: (im)possibilidade de reconhecimento da inimputabilidade por enfermidade mental da mulher parturiente(7).

Por fim, este segundo volume, que trata de temas de Direito Penal e de Processo Penal, vem brindar os trabalhos realizados nestas áreas, num período próximo ao quinto natalício do nosso curso, avizinhandose, também, da data da colação de grau da primeira turma de nossa debutante academia. Entusiasmado, portanto, convido ao leitor - para como quem lê aforismos – escolher os títulos de forma livre e não necessariamente sequencial, na certeza de uma boa leitura e excelente estudo.

Jodascil Gonçalves Lopes.  
Inverno, de 2023, Rio de Janeiro.

## SUMÁRIO

<b>1 - A CONSTITUCIONALIDADE DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA APÓS CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI</b>	<b>17</b>
João Lucas Figueiredo de Carvalho João Paulo Calves Jeferson Borges dos Santos Júnior Jodascil Gonçalves Lopes	
<b>2 - A (DES) NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO</b>	<b>39</b>
Caio Boaventura da Silva João Paulo Calves Jeferson Borges dos Santos Júnior Jodascil Gonçalves Lopes Lindomar Tiago Rodrigues	
<b>3 - A (IN) EFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO NACIONAL NO COMBATE AO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS DESTINADO A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES</b>	<b>65</b>
Mariana Duarte Lima Jeferson Borges dos Santos Júnior Marianny Alves	
<b>4 - A INSUFICIÊNCIA INVESTIGATIVA CRIMINAL FRENTE AO CRIME ORGANIZADO</b>	<b>95</b>
Gustavo Corsaletti Gregório Jodascil Gonçalves Lopes João Paulo Calves Jeferson Borges dos Santos Júnior	
<b>5 - A PROVA TESTEMUNHAL: UMA ANÁLISE SOBRE OS RISCOS DAS FALSAS MEMÓRIAS E DO ERRO HONESTO NO PROCESSO PENAL</b>	<b>129</b>
Fernanda Almeida Fernandes Tiago Bunning Mendes João Paulo Calves Jeferson Borges dos Santos Júnior	

<b>6 - A SELETIVIDADE PENAL NA LEI ANTIDROGAS</b>	<b>185</b>
Igor dos Anjos Granville Jodascil Gonçalves Lopes João Paulo Calves Marianny Alves	
<b>7 - O CRIME DE INFANTICÍDIO: (IM) POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA INIMPUTABILIDADE POR ENFERMIDADE MENTAL DA MULHER PARTURIENTE</b>	<b>227</b>
Maria Eduarda Borges Xavier João Paulo Calves Jodascil Gonçalves Lopes Lindomar Tiago Rodrigues Marianny Alves	
<b>8 - O ESTATUTO DO DESARMAMENTO BRASILEIRO: ANÁLISE DA CONCESSÃO DE REGISTRO PARA CAÇADOR, ATIRADOR E COLECIONADOR</b>	<b>255</b>
Pâmela Beatriz Maia de Souza João Paulo Calves Tiago Running Mendes Jeferson Borges dos Santos Júnior	
<b>9 - O MATERNAR NO CÁRCERE: UM ESTUDO SOBRE VIOLAÇÕES DE DIREITOS E A APLICAÇÃO DO HC 143.641/SP</b>	<b>281</b>
Ana Vitória Silva de Menezes Marianny Alves Jodascil Gonçalves Lopes João Paulo Calves	
<b>10 - O TRATAMENTO DAS PESSOAS SURDAS E COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA NO CURSO DA PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE DA RECOMENDAÇÃO Nº81/2020 DO CNJ</b>	<b>317</b>
Danielle de Rezende Gimenes João Paulo Calves Jeferson Borges dos Santos Júnior Jodascil Gonçalves Lopes	

<b>11 - PROCEDIMENTO ESPECIAL DO TRIBUNAL DO JÚRI: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU</b>	<b>351</b>
Mariana Nogueira Moraes João Paulo Calves Jodascil Gonçalves Lopes Marianny Alves	
<b>12 - RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 608.756/SP</b>	<b>375</b>
Débora de Souza Widmer de Deus João Paulo Calves Tiago Bunning Mendes Jeferson Borges dos Santos Júnior	
<b>13 - REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO</b>	<b>405</b>
Brenda de Souza Kunzler João Paulo Calves Jeferson Borges dos Santos Júnior Jodascil Gonçalves Lopes	
<b>14 - SAÍDA TEMPORÁRIA: UMA ANÁLISE AO PROJETO DE LEI N. 6.579/2013</b>	<b>449</b>
Patrícia Noia Schultz João Paulo Calves Jodascil Gonçalves Lopes Marianny Alves	
<b>SOBRE AS ORGANIZADORAS E OS ORGANIZADORES</b>	<b>475</b>
<b>SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES</b>	<b>481</b>



# A CONSTITUCIONALIDADE DO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA APÓS CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

João Lucas Figueiredo de Carvalho  
João Paulo Calves  
Jeferson Borges dos Santos Júnior  
Jodascil Gonçalves Lopes

## INTRODUÇÃO

O cumprimento de pena antecipada após condenação no Tribunal do Júri no Brasil é um tema controverso do ponto de vista constitucional. A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, enquanto houver a possibilidade de recursos.

Entretanto, o presente trabalho busca elucidar as questões que envolvem o tema, de modo a demonstrar que existem bases constitucionais que fundamentam a hipótese do cumprimento de pena pelo réu que recebe a condenação proferida pelo conselho de sentença do Júri Popular, de modo a sanar a questão primordial abordada: É constitucional o cumprimento de pena antecipado, ainda que caiba recurso de apelação contra a decisão proferida pelo conselho de sentença?

Conforme demonstrou, a referida reprimenda pode ser aplicada ao condenado, uma vez que a constituição prevê que a decisão formada pelos jurados é soberana, de modo que nenhum juiz togado ou órgão jurisdicional colegiado tem o poder de alterar a aludida condenação.

A soberania está prevista no princípio constitucional visando, acima de tudo, a manutenção da segurança jurídica que envolve nosso ordenamento no que diz respeito ao rito especial do Tribunal do Júri.

Para isso, a pesquisa, utilizando-se do método Hipotético Dedutivo analisou a base histórica deste órgão colegiado, passando a examinar as mudanças que nossa legislação sofreu recentemente com a aprovação do Pacote Anti-crime investigando também o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e, por fim, ponderando a relação entre o princípio da presunção de inocência e o cumprimento de pena antecipada baseada no princípio da soberania dos veredictos.

## **A HISTÓRIA DO TRIBUNAL DO JÚRI E SEUS PROCEDIMENTOS**

O Conselho de Sentença popularmente conhecido como Tribunal do Júri, para que a partir de então, possamos analisar e delimitar seus princípios e bases jurídicas, a fim de expor a constitucionalidade que fundamenta o cumprimento de sentença após o veredicto condenatório proferido ao final da sessão de julgamento do referido colegiado.

De acordo com Carvalho (2010) o Tribunal do Júri, e júri popular, é uma instituição que tem sua origem na Inglaterra medieval, onde as disputas entre os habitantes eram resolvidas por meio de julgamentos públicos. O júri popular foi introduzido no Brasil pela primeira vez em 1822, através de um decreto do então imperador D. Pedro I. Desde então, o Tribunal do Júri tem sido um importante instrumento de justiça em todo o país, garantindo que as pessoas sejam julgadas por seus pares e não apenas por um juiz.

Este é um órgão colegiado formado por sete pessoas, escolhidas entre a população comum e que são encarregadas de julgar os crimes dolosos contra a vida (homicídio, infanticídio, aborto, entre outros). Desta forma, o júri é considerado o julgamento mais democrático e popular, onde os jurados têm a possibilidade de decidir a culpa ou inocência do acusado, independentemente do que o juiz de direito pensa.

No Brasil, o Tribunal do Júri tem uma longa história e passou por várias mudanças ao longo do tempo. Na época do Império, por exemplo, o júri era formado por doze jurados e as sessões eram públicas. Já com a Proclamação da República, em 1889, o júri passou a ser um julgamento secreto, ou seja, as decisões eram tomadas a portas fechadas (CARVALHO, 2010).

Ademais, conforme elucida Cunha (2023), durante a Era Vargas, na década de 1930, o Tribunal do Júri foi duramente criticado pelos movimentos sociais e pelos advogados progressistas, que viam nele um instrumento de opressão contra os pobres e os trabalhadores. Em resposta a essas críticas, o Tribunal do Júri passou por uma reforma em 1936, que incluiu a ampliação do número de jurados para 21 e a eliminação do voto de qualidade do presidente do júri.

Observou-se que na década de 1960, com o golpe militar, o Tribunal do Júri voltou a ser criticado por setores progressistas da sociedade, que viam nele uma instância manipulada pelo Estado e pelos interesses das elites. Durante os anos de chumbo, o Tribunal do Júri foi utilizado como instrumento de repressão política, com julgamentos sumários e condenações sem provas.

No entanto, mesmo com as críticas e as mudanças políticas ao longo dos anos, o Tribunal do Júri continua sendo uma importante instância da Justiça brasileira. É através dele que se garante o direito à defesa e à ampla discussão das provas, permitindo que a sociedade participe do processo de julgamento e que as decisões sejam tomadas de forma mais justa e democrática.

Atualmente, o júri popular tem sido utilizado para julgar não só os crimes dolosos contra a vida, mas também outros tipos de crimes, desde que haja conexões entre estes e a prática de crimes dolosos contra a vida. Ainda assim, o júri continua sendo uma instituição polêmica e muito debatida, com defensores e críticos que discordam sobre sua eficácia e sua justiça.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, estabelece que é reconhecida a instituição do júri, com a

organização que lhe der a lei. Dessa forma, a Constituição Federal deixa claro que o Tribunal do Júri é uma instituição reconhecida e assegurada pela lei, tendo como principal objetivo garantir a plenitude de defesa e a soberania dos veredictos, bem como o sigilo das votações.

Além disso, a Constituição estabelece que o júri é competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, ou seja, aqueles que envolvem a intenção de matar a vítima. Vale ressaltar que a Constituição Federal deixa a cargo da lei a organização do júri, ou seja, é responsabilidade do legislador estabelecer as regras e procedimentos para a realização dos julgamentos pelo Tribunal do Júri.

Isso significa que o funcionamento do júri pode variar de acordo com a legislação em vigor em cada país ou estado, mas sempre respeitando os princípios constitucionais, que segundo Avena (2021, s/p) são:

1. Princípio do juiz natural: o Tribunal do Júri é composto por um juiz togado, que preside o julgamento, e por um júri popular, composto por cidadãos escolhidos aleatoriamente. Esse princípio garante que o réu seja julgado por um juiz imparcial e independente, evitando interferências políticas ou econômicas no julgamento.
2. Princípio da soberania dos veredictos: esse princípio estabelece que a decisão do júri é soberana e definitiva, e não pode ser modificada por qualquer instância superior, nem mesmo pelo juiz que preside o julgamento. Essa soberania dos veredictos é decorrente da ideia de que os jurados são representantes da sociedade, e, portanto, são os únicos capazes de avaliar as provas e decidir se o réu é culpado ou inocente.
3. Princípio da imparcialidade dos jurados: os jurados devem ser imparciais e isentos, e não podem ter qualquer interesse pessoal ou vínculo com o processo ou com as partes envolvidas. Esse princípio visa garantir a imparcialidade do julgamento e a igualdade entre as partes.
4. Princípio da ampla defesa: o réu tem o direito de ser assistido por um advogado, de apresentar suas teses e argumentos de defesa, de produzir provas e de ser confrontado com as acusações que lhe são imputadas. Esse princípio visa garantir que o réu tenha todas as oportunidades para se defender e para provar a sua inocência.
5. Princípio da oralidade: o julgamento no Tribunal do Júri é predominantemente oral, ou seja, as provas são apresentadas em audiência

pública, com a possibilidade de debate entre as partes e de intervenção do juiz e dos jurados. Esse princípio visa garantir a transparência e a publicidade do julgamento, além de permitir uma avaliação mais adequada das provas e dos argumentos apresentados.

Ainda, o procedimento do Tribunal do Júri no Brasil é dividido em várias etapas, que devem ser seguidas de forma rigorosa para garantir um julgamento justo e imparcial.

## **PROCEDIMENTO ESPECIAL DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – 1ª FASE**

O procedimento tem início com uma portaria, ou com auto de prisão em flagrante onde a Autoridade Policial dará início a fase investigatória, ou inquisitória, como alguns autores preferem chamar.

Durante esta fase, o inquérito irá tramitar entre o distrito policial e o poder judiciário, de modo que será possível a concessão de dilação de prazo pelo membro do *parquet*, sempre respeitando a previsão do artigo 16 do Código de Processo Penal que preceitua: “O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”.

Após esgotadas as confecções de elementos informativos os quais irão compor o caderno investigatório, o representante do Ministério Público passará a análise deste para proferir sua *opinio delicti*.

Desta forma, existem três possibilidades para findar a fase inquisitória. O representante ministerial pode arquivar o feito, caso não haja elementos suficientes de autoria ou materialidade de crime, bem como pode declinar a competência para alguma outra vara criminal, uma vez que seja constatado que os fatos apurados naquele Inquérito Policial não se trata de um crime contra a vida.

Por fim, tratando-se de crime contra vida, com indícios suficientes de autoria e prova de sua materialidade, o(a) Promotor(a)

de Justiça ira proceder com a Denúncia, dando início assim à primeira fase judicial do procedimento especial do Tribunal do Júri.

Após realizada a Denúncia, o juiz presidente irá analisar de modo a receber ou rejeitar a inicial acusatória, conforme lecionam os artigos 406 e s/s. Em sendo o caso de recebimento da exordial, o magistrado procederá com a citação do réu. E após citado, o acusado tem o prazo de dez dias para juntamente ao seu defensor constituído, apresentar resposta à acusação, oportunidade em que poderão ser arguidas teses de preliminares e absolvição sumária. Caso o seja feito, o magistrado abrirá vistas novamente ao membro do *parquet* para apresentar suas contrarrazões.

É válido lembrar, que, caso o denunciado não seja encontrado, o representante ministerial poderá requerer a citação por edital, com base no artigo 361 do Código de Processo Penal, momento em que, após publicado, passará a correr o prazo de 15 dias para o réu se manifesta e, caso não o faça, poderá ser requerido também, de acordo com o artigo 366 do mesmo diploma legal, a produção antecipada de prova. Oportunidade em que o juiz nomeara um defensor público e designará a audiência de instrução e julgamento sem prejuízo algum ao contraditório e à ampla defesa.

Não sendo este o caso, o feito seguirá seu procedimento regular e, após as contrarrazões do Ministério Público, o juiz, em não verificando a existência de nenhuma preliminar ou caos de absolvição sumária, designará a realização de audiência para produção de prova e oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, bem como da vítima, em se tratando do crime de tentativa de homicídio, e por fim procedendo com o interrogatório do denunciado.

Neste sentido, poderão ser realizadas alegações finais orais pelas partes ainda em audiência, ou com base no artigo 403, §3º do Código de Processo Penal: “O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais.”.

Assim, o magistrado prosseguirá proferindo a sentença de pronúncia, em sendo o caso de constatada a existências de lastros probatórios substanciais a indicarem a autoria do réu no crime ora analisado, de modo que este seja levado a julgamento perante o conselho de sentença. Por outro lado, caso o juiz *a quo* não verifique a existência dos referidos indícios, ele proferirá a sentença de impronúncia de modo a encerrar aquele processo.

É válido lembrar que também poderá haver decisão de absolvição, bem como de desclassificação para outro delito que não um doloso contra vida, caso seja constatado pelo magistrado que o autor não possuía *animus necandi*, abrindo-se então novas vistas sequenciais as partes para novas alegações finais e posterior decisão resolutória.

Neste contexto, conforme prevê o *codex* retromencionado, caberá recurso de apelação da decisão de impronúncia e absolvição, bem como recurso em sentido estrito das decisões de pronúncia e desclassificação.

Desta forma, após transitado em julgado os eventuais recursos e em se mantendo a decisão do juiz *a quo*, findada a primeira fase do procedimento especial do Tribunal do Júri. Adiante, em sendo o caso de confirmação a decisão de pronúncia do réu, passará então a realização do que prevê o artigo 422 do CPP, o qual destaca que:

Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.”

Assim, cumprido o dispositivo retro, será designada a sessão de julgamento e se dará o início da segunda fase do procedimento ora analisado.

## PROCEDIMENTO ESPECIAL DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – 2ª FASE

Nesta segunda fase, passa-se a organização para a realização da sessão plenária, iniciando-se pelo corpo de jurados, os quais, todo mês são sorteados do banco de dados do cartório responsável pela vara do Tribunal do Júri, em torno de trinta jurados para comparecerem a todas as sessões de julgamento daquele mês.

E, no dia do julgamento, são sorteados sete nomes, dos jurados presentes, para compor o conselho de sentença. Lembrando que durante o sorteio as partes poderão realizar dispensa do jurado ora sorteado, limitando-se a três dispensas por cada parte.

Deste modo, após formado o conselho de sentença, o juiz presidente irá prosseguir com o juramento dos convocados os quais deverão jurar “examinar com imparcialidade a causa, proferindo a decisão de acordo com a própria consciência e os ditames da justiça.”.

Uma vez realizado o juramento, será dado início ao procedimento chamado de “instrução plenária”. Oportunidade em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes e, ao fim, realizar-se-á o interrogatório do acusado.

É válido ressaltar que, conforme previsão expressa em nossa constituição em seu artigo 5º, bem como artigo 186 do Código de Processo Penal, o acusado, desde a fase inquisitorial possui o direito, se assim quiser, de permanecer em silêncio em todos os seus interrogatórios.

Ademais, findada a instrução plenária, serão realizados os debates entre as partes, iniciando-se pela sustentação do membro do Ministério Público, a qual durará o prazo máximo de uma hora e meia, sendo o caso de apenas um réu, ou duas horas e meia, caso o julgamento possua mais de um acusado.

Em se encerrando a fala ministerial, passara ao momento de fala da banca defensiva, que também terá o mesmo tempo de fala disponibilizado ao *parquet*.

Outrossim, é arbitrado ao órgão ministerial proferir sua réplica, tendo direito a mais uma hora ou uma hora e meia de fala, de acordo com a quantidade de réus retromencionada. Se assim o fizer, os defensores do acusado gozarão do mesmo tempo para fazer o uso da palavra na tréplica.

Ao fim, encerrados os debates, os jurados devem proferir a sua decisão por maioria de votos e, diferentemente do juiz togado, estes não precisarão justificar efundamentara respectiva decisão, apenas responderão a quesitos previamente definidos, de acordo com as teses apresentadas pelas partes.

Essas são as principais etapas do procedimento do Tribunal do Júri no Brasil. É importante ressaltar que esse procedimento é regido por princípios constitucionais e legais, que devem ser observados para garantir um julgamento justo e imparcial.

## **ALTERAÇÕES PROVOCAS PELA LEI 13.964/2019 NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Na contemporaneidade, o Tribunal do Júri continua sendo uma importante instituição no Brasil. Embora a Justiça brasileira tenha passado por diversas mudanças ao longo dos anos, com a criação de novas leis e procedimentos judiciais, o Tribunal do Júri permaneceu praticamente inalterado em sua essência.

Diante disto, neste capítulo analisaremos algumas alterações que foram implementadas pelo pacote anticrime (Lei 13.964/2019), bem como as temáticas que vem sendo discutidas quanto ao cumprimento de pena após condenação proferida pelo conselho de sentença no júri popular.

### **AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.964/2019**

Além das inúmeras alterações propiciadas pelo Pacote Anticrime na sistemática penal e processual penal, a Lei nº 13.964/2019 também impôs novidades quanto ao Tribunal do Júri,

especificamente com o objetivo de prever expressamente a execução provisória da pena nos crimes dolosos contra a vida e conexos.

Conforme sabido, a temática da execução “provisória” da pena vem sendo, há tempos, fruto de acirradas discussões no campo doutrinário e jurisprudencial, sendo fartos os argumentos que amparam as teses contrapostas.

É importante destacar que, é de conhecimento as teses e entendimentos que sustentam a inconstitucionalidade do referido cumprimento de pena, contudo, conforme mencionado anteriormente, fundamenta-se neste que tais entendimentos não podem superar a soberania dos veredictos e nem prejudicar a efetividade do sistema jurídico que alicerça o Tribunal do Júri.

Em célebre julgamento realizado ainda no ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal, revendo entendimento anterior, fincou posicionamento pela impossibilidade de início do cumprimento da pena em tempo anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória (ADCs 43, 44 e 54).

Tal entendimento gerou inúmeras críticas da sociedade e da comunidade política e jurídica, fator que impulsionou o legislador encarregado do Pacote Anticrime a incluir previsão expressa acerca da possibilidade de início imediato da execução da pena em determinadas hipóteses.

Assim, expos clara configuração de efeito *backlash*, conceituado pelo ilustre Bruno Ávila Fontoura Kronka (2021, p.38/39) como:

sinônimo das manifestações de organizações da sociedade civil e dos próprios políticos que discordam com veemência das decisões judiciais que interpretam a Constituição, principalmente no âmbito de conflitos políticos ou morais, e buscam formas de não as cumprir – seja por meio de atos de desobediência civil coletiva, ou pela alteração da legislação invalidada para contemplar os interesses prejudicados pelo Judiciário

Fato é que, a par dos fundamentos que abrigam ou rechaçam a execução provisória da pena, a Lei nº 13.964/2019 alterou substancialmente o artigo 492 do Código de Processo Penal com o escopo de prever expressamente que, sob a sistemática

procedimental do Tribunal do Júri, em eventual condenação proferida em plenário a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) impõe automática prisão do recém condenado para início da execução provisória da pena, senão vejamos:

Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

(...) e mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, **no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (...)**

Por certo, houve pronta reação à aludida inovação legislativa, ao passo que a questão certamente terá novos capítulos no campo jurisprudencial, uma vez que já tramitam ações e recursos no âmbito do Supremo Tribunal Federal requestando a sua inconstitucionalidade.

Mas até que sobrevenha eventual declaração de inconstitucionalidade da norma recém ingressada em nosso ordenamento jurídico, afigura-se indispensável a obediência aos parâmetros legais impostos pelo Pacote Anticrime, daí exurgindo a indispensável intervenção do Promotor de Justiça ainda em plenário no sentido de requerer a prisão imediata do agente para execução da pena, no caso de condenação que iguale ou supere a 15 (quinze) anos de reclusão, hipótese que ganha relevo evidente nos casos em que o agente tenha respondido ao processo em liberdade.

Com efeito, necessário também considerar, o que diz Walfredo Cunha Campos (2021, p.692/693):

A pena de 15 anos ou mais poderá ser alcançada pela prática de um só delito, como, por exemplo, do crime de homicídio qualificado, ou do somatório ou majoração de penas em concurso de crimes de homicídio e delitos conexos, como, por exemplo, crime de homicídio, estupro e destruição de cadáver. Dessa forma, somadas ou exasperadas as penas de todos os delitos, atingindo-se o patamar igual ou superior a 15 anos, mesmo que a sanção do homicídio seja inferior, isoladamente considerada, a esse quantum, se autoriza a execução provisória da pena.

Abre-se aqui parênteses para registrar que a execução provisória da pena não impede a já consagrada possibilidade conferida ao juiz togado de decretar ou manter a prisão preventiva do acusado, com a peculiaridade da necessidade de requerimento ministerial no caso de decretação da segregação cautelar.

## OS ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A questão sobre a possibilidade de execução imediata da condenação no processo do Tribunal do Júri ainda está em debate no referido tribunal, tendo como base o RE nº 1235340 (Tema 1.068). Atualmente, há dois votos favoráveis (dos ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli) e um contrário (do ministro Gilmar Mendes). Portanto, a tese de julgamento vigente, por enquanto, é a seguinte: "A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada".

Por outro ponto de vista, a tese apresentada pelo ministro Gilmar Mendes está em conformidade com o que foi decidido no julgamento das ADCs 43, 44 e 45, e busca declarar a inconstitucionalidade da nova redação do artigo 492, I, "e", do CPP. Vejamos que:

A Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (artigo 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (artigo 8.2.h), vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do artigo 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados.

No entanto, a importante questão permanece pendente de julgamento no STF, visto que, em 25/4/2020, o ministro Ricardo Lewandowski solicitou mais tempo para análise do processo, e o tema ainda não foi submetido a votação, gerando significativa incerteza jurídica. Nesse momento, as seguintes questões precisam

ser esclarecidas: 1) a decisão tomada nas ADCs 43, 44 e 45 se aplica ao Tribunal do Júri? 2) A disposição da alínea "e" do inciso I do artigo 492 do CPP está em conformidade com o princípio da presunção de inocência? Em outras palavras, considerando a soberania dos veredictos, toda sentença condenatória com pena igual ou superior a 15 anos deve ser executada imediatamente?

Enquanto o STF não soluciona a questão de maneira definitiva, o STJ já estabeleceu, por meio de ambas as turmas, que não é permitida a execução imediata de uma condenação pelo Tribunal do Júri, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Observa-se:

1-AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. (AgRg no TP 2.998/RS, relator ministro Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1ª Região), 6ª Turma, julgado em 21/9/2021, DJe 27/09/2021).

2-AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. EXECUÇÃO IMEDIATA OU PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA A PRISÃO PROVISÓRIA. ARTIGO 492, I, "E", DO CPP. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CONFORME. DESNECESSIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. (AgRg no RHC 130.301/MG, relator ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021).

O argumento apresentado no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 é baseado em duas premissas mencionadas pelo ministro Gilmar Mendes durante o julgamento do ED-HC nº 163814/MG.

Primeira premissa: "Ninguém pode ser punido sem ser considerado culpado; ninguém pode ser preso sem ter a sua culpa definida por ter cometido um crime; não se pode executar uma pena a alguém que não seja considerado culpado".

A segunda premissa parte do próprio texto constitucional, onde em seu Art 5º, LVII, diz:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". "Se 'não se pode executar uma pena a alguém que não seja considerado culpado' e 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória', conclui-se que não se pode executar uma pena até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ademais, a premissa de que o futuro pode ser previsto com base no passado pode não ser plenamente aplicável no próximo julgamento, especialmente diante da aposentadoria dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, ambos defensores da tese de inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Cabe ainda uma observação relevante sobre a eficácia da condenação proferida pelo Tribunal do Júri. Ao final de seu voto, o ministro Toffoli enfatizou que o julgamento atual do STF não deve abranger as decisões tomadas pelo Conselho de Sentença em casos de crimes dolosos contra a vida.

Essa observação está em consonância com a decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal durante o julgamento do habeas corpus HC 118.770/2017. Naquela ocasião, o ministro Luís Roberto Barroso, cuja tese foi aceita pela maioria, ressaltou que:

A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, artigo 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88, artigos 5º, caput e LXXVIII e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas.

Partindo da premissa de que a soberania é inerente ao Tribunal do Júri, conforme expresso no texto constitucional (art. 5º, inc. XXXVIII, “c”), defende-se a possibilidade da prisão imediata do réu condenado pelo tribunal popular.

Desta forma, a execução antecipada da pena nos casos de crimes dolosos contra a vida, portanto, tem um fundamento mais amplo, baseado no princípio constitucional de que a decisão dos jurados deve ser respeitada. No entanto, como essa foi uma decisão tomada por maioria em uma das turmas do tribunal, é provável que o tema seja novamente julgado pelo plenário.

## **PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS**

O princípio da soberania dos veredictos é um dos pilares fundamentais do Tribunal do Júri no Brasil. Esse princípio estabelece que a decisão do júri, formado por cidadãos comuns, é soberana e definitiva, e não pode ser modificada por qualquer instância superior, nem mesmo pelo juiz que preside o julgamento. Essa soberania dos veredictos é decorrente da ideia de que os jurados são representantes da sociedade, e, portanto, são os únicos capazes de avaliar as provas e decidir se o réu é culpado ou inocente. Dessa forma, a decisão do júri é considerada uma expressão direta da vontade popular, que é soberana em um Estado democrático de direito.

Desta forma, o referido princípio tem como objetivo garantir a imparcialidade do julgamento, uma vez que os jurados não estão submetidos a interesses políticos, econômicos ou sociais que possam influenciar a decisão final. Além disso, esse princípio também visa garantir a segurança jurídica, uma vez que as decisões do júri não podem ser revistas ou alteradas posteriormente.

No entanto, é importante ressaltar que a soberania dos veredictos não significa impunidade. O júri deve avaliar as provas apresentadas no julgamento e decidir com base nas evidências e nos elementos de convicção apresentados. Se houver elementos

suficientes para condenar o réu, o júri deve proferir uma sentença condenatória.

Destaca-se o artigo 492, do Código de Processo Penal: estabelece que "proferida a sentença condenatória, o juiz ordenará a imediata execução das penas restritivas de liberdade ou restritivas de direitos".

Outrossim, o artigo 647, do Código de Processo Penal: estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". Esse dispositivo garante o direito do réu à defesa técnica em todas as fases do processo, inclusive no julgamento pelo Tribunal do Júri, de modo a assegurar a validade da decisão proferida pelo conselho de sentença.

Além desses dispositivos, é importante destacar que a jurisprudência dos tribunais superiores também é relevante para a interpretação e aplicação das normas relativas ao cumprimento de pena após condenação pelo Tribunal do Júri.

Assim, a ponderação entre o princípio da presunção de inocência e a soberania dos veredictos é um tema complexo e controverso no âmbito do Direito Penal e do Tribunal do Júri, porém extremamente necessária para garantir a segurança jurídica de nosso ordenamento jurídico.

Por um lado, o princípio da presunção de inocência estabelece que toda pessoa é considerada inocente até que se prove o contrário, ou seja, até que haja uma decisão definitiva e transitada em julgado que confirme a sua culpabilidade. Esse princípio é fundamental em um Estado democrático de direito, pois visa proteger o indivíduo contra possíveis acusações infundadas e abusos de poder. Por outro lado, a soberania dos veredictos estabelece que a decisão do júri, formado por cidadãos comuns, é soberana e definitiva, e não pode ser modificada por qualquer instância superior, nem mesmo pelo juiz que preside o julgamento. Esse princípio visa garantir a imparcialidade do julgamento e a segurança jurídica das decisões.

Assim, se o princípio da soberania dos veredictos for aplicado de forma estrita, a decisão do júri não poderia ser questionada,

mesmo que houvesse indícios de que o réu é inocente. No que diz respeito ao aludido princípio, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2021) defende que este é um princípio fundamental para a garantia da justiça no sistema penal brasileiro.

Para Nucci (2020), a soberania dos veredictos significa que as decisões tomadas pelos jurados no Tribunal do Júri não podem ser revistas pelo juiz ou por qualquer outro órgão do Poder Judiciário, exceto em casos muito específicos, como quando há flagrante violação à Constituição ou à lei.

Segundo Nucci “inexiste, uma única justificativa plausível para que a vontade soberana do povo não deva prevalecer”(NUCCI, 2020, p.12) pois ela assegura que o julgamento seja feito por pessoas comuns, escolhidas entre os pares do réu, e não por juízes profissionais. Isso permite que o julgamento seja mais próximo da realidade social e mais sensível às particularidades do caso em questão.

O destaque referenciado por Aury Lopes Junior (2019) é que a soberania dos veredictos é um reflexo do princípio democrático, que deve ser valorizado e respeitado no processo penal.

Além disso, Lopes Junior ressalta que “a soberania dos veredictos é uma forma de proteger o réu da arbitrariedade do Estado, que muitas vezes pode ser influenciado por pressões políticas, econômicas ou sociais.”(LOPES JUNIOR, 2019, p.1607). Assim, a decisão dos jurados representa a vontade popular e a democracia no processo penal.

Dessa forma, é necessário assegurar imparcialidade do julgamento, sem prejudicar a soberania dos veredictos e a segurança jurídica das decisões. Isso pode envolver medidas como a possibilidade de recursos e a utilização de instrumentos de revisão processual, a fim de evitar a condenação de pessoas inocentes e garantir a justiça no Tribunal do Júri.

## CONCLUSÃO

Em suma, o cumprimento de pena antecipado após condenação no Tribunal do Júri é um tema polêmico do ponto de vista constitucional. A interpretação constitucional dos direitos fundamentais envolvidos, como o princípio da soberania dos vereditos e o princípio da presunção de inocência, é fundamental para a compreensão da questão.

Contudo, diante da presente pesquisa, restou-se evidenciado então que o princípio da soberania dos veredictos é um dos pilares do Tribunal do Júri, uma vez que estabelece que a decisão do conselho de sentença é soberana e deve ser respeitada, salvo se houver flagrante violação da lei ou se a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. Esse princípio é importante pois garante a imparcialidade do julgamento, já que o conselho de sentença é composto por pessoas comuns, que não têm vínculos com o sistema jurídico. Além disso, o princípio da soberania dos veredictos é uma garantia constitucional da cidadania, pois permite que a sociedade participe ativamente do processo de julgamento.

Ainda que alguns doutrinadores e juristas defendam que a execução da pena só deve ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória, há um lastro constitucional em nosso ordenamento que concede autorização para que a pena seja executada imediatamente após a condenação pelo Júri, enquanto.

Conclui-se também que a execução da pena imediatamente após a condenação é uma forma de garantir a efetividade da justiça, pois impede que o réu continue a praticar crimes ou fuja do distrito da culpa. Além disso, a demora no cumprimento da pena é prejudicial para a sociedade, pois permite que o réu fique em liberdade, mesmo após ter sido condenado pelo conselho de sentença.

Desta forma, considerando o princípio da soberania dos vereditos e a questão do cumprimento de pena antecipado após condenação no Tribunal do Júri, podemos assegurar que a

constitucionalidade da execução da pena antecipada depende da interpretação constitucional dos direitos fundamentais envolvidos.

O princípio da soberania dos veredictos é imprescindível, pois garante que a decisão do conselho de sentença seja respeitada e que a participação da sociedade no processo de julgamento seja valorizada.

No entanto, é importante ressaltar que a soberania dos veredictos não deve ser vista como uma licença para o júri tomar decisões arbitrárias ou injustas. O júri é obrigado a seguir as instruções do juiz e aplicar a lei de acordo com as provas apresentadas. Além disso, se houver erros processuais ou outras questões que possam afetar a validade do veredicto, os tribunais superiores ainda têm o poder de anular a decisão do júri.

Em conclusão, embora a presunção de inocência e a soberania dos veredictos sejam ambos princípios importantes do sistema jurídico, em casos criminais, a soberania dos veredictos deve prevalecer sobre a presunção de inocência. Isso é fundamental para garantir a integridade do sistema de justiça e a confiança do público na justiça. No entanto, é importante lembrar que a soberania dos veredictos não deve ser vista como um passe livre para decisões arbitrárias ou injustas, e os tribunais superiores ainda têm o poder de revisar o veredicto se houver erros processuais ou outras questões que possam afetar a validade da decisão do júri.

Ademais, é importante destacar que tanto a presunção de inocência quanto a soberania dos veredictos são fundamentais para garantir um julgamento justo e equilibrado. A presunção de inocência protege os direitos dos acusados e assegura que ninguém seja considerado culpado sem provas suficientes, enquanto a soberania dos veredictos é essencial para garantir a participação da comunidade no processo de julgamento e para fortalecer a confiança do público no sistema de justiça.

Por fim, cabe destacar que a preservação da soberania dos veredictos em detrimento da presunção de inocência não significa que a Justiça deva ser menos rigorosa com os requisitos de prova e

as garantias processuais que cercam um julgamento justo. Ao contrário, a preservação desses dois princípios implica que o julgamento deve ser conduzido de forma justa e equilibrada, com base nas provas apresentadas e de acordo com os valores e princípios da sociedade em que o crime ocorreu.

Portanto, a execução da pena antecipada após condenação no Tribunal do Júri deve ser interpretada à luz dos direitos fundamentais envolvidos, garantindo a efetividade da justiça, sem prejudicar a efetividade do sistema, garantindo assim uma maior segurança jurídica para sociedade.

## REFERÊNCIAS

ASTRO, Kátia Duarte de. **O júri como instrumento do controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13ª Ed. Rio de Janeiro – RJ. Editora Forense; Método, 2021.

BONFIM, Edilson Mougenot. **No Tribunal do Júri**, 5ª Ed. São José dos Campos - SP. editora Saraiva Jur, 2017.

CAMPOS, Walfredo. **Tribunal do Júri, Teoria e Prática**. 8ª Ed. São Paulo – SP. Editora Mizuno, 2022.

CARVALHO, Cláudia Fernanda Souza de. **Evolução histórica do tribunal do júri**. Revista Jurídica (FURB), [S.l.], v. 13, n. 26, p. 95-104, jun. 2010. ISSN1982-4858. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1887>>. Acesso em: 08 março 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Tribunal do Júri – Procedimento especial comentado por artigos**. 7ª Ed. Salvador – BA. Editora Juspodivm, 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5ª Ed. São Paulo – SP. Editora Saraiva Educação, 2019.

KRONKA, Bruno Ávila Fontoura. **O efeito backlash como estímulo à accountability do sistema de justiça brasileiro**. 1ª Ed. São Paulo – SP. Editora Dialética, 2021;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**, 8ª Ed. Rio de Janeiro – RJ. Editora Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 21ª Ed. Rio de Janeiro – RJ. Editora Forense, 2021.



# A (DES) NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Caio Boaventura da Silva

João Paulo Calves

Jeferson Borges dos Santos Júnior

Jodascil Gonçalves Lopes

Lindomar Tiago Rodrigues

## INTRODUÇÃO

O objetivo geral do estudo foi abordar um tema de grande relevância no atual cenário do Processo Penal Brasileiro, que é o Juiz das Garantias. A sua construção e desenvolvimento teve como base a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal. O tema em estudo possui controvérsias, bem como, subdivide pensamentos e argumentos entre os Juristas, razão pela qual o presente artigo foi desenvolvido com objetivo de agregar a corrente de doutrinadores que atestam pela confirmação do Juiz das Garantias.

A introdução do juiz de garantias no processo penal brasileiro é vista como uma medida importante para a garantia dos direitos fundamentais do acusado, além de garantir maior imparcialidade do julgador. Desse modo, a pesquisa buscou descobrir de que forma a implementação do respectivo instituto contribuirá para garantir a imparcialidade do Juiz.

Nesse sentido, a criação do juiz de garantias é uma forma de assegurar o cumprimento das garantias constitucionais e convencionais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tais como o direito ao contraditório, à ampla defesa, à presunção de inocência, à igualdade processual, ao juiz natural e à imparcialidade judicial.

Assim, a efetivação desses direitos só ocorrerá com a clara separação das funções entre as partes do processo. Desse modo, o Magistrado seria responsável pela fase investigativa e autorizaria

medidas tais como, prisões preventivas, prisões temporárias, buscas e apreensões, quebra de sigilo bancário e telemático, sequestros, fianças, medidas cautelares diversas da prisão, dentre outras medidas submetidas à cláusula de reserva de jurisdição.

Dessa maneira, o Julgador que autorizou todas essas medidas e outras a autorizações a mais, não poderá ser o mesmo Juiz que irá realizar o julgamento, porque segundo a teoria da dissonância cognitiva, esse Juiz estará contaminado com as informações obtidas na fase pré-processual, pois quando chegar a fase de julgamento, irá confirmar o seu convencimento no sentido de condenar o acusado com base apenas naquilo que fora apresentado na fase investigativa. logo, sua imparcialidade estará comprometida.

O instituto nasceu com a Lei nº 13.964/2019, a qual trouxe alterações para a legislação penal e processual penal em alguns pontos. O método utilizado neste trabalho foi de caráter hipotético dedutivo e abarcando também, o estudo da Constituição Federal, leis, pesquisa por meio de consultas bibliográficas, sites, vídeos e artigos relacionados ao assunto em estudo.

Baseado na pesquisa deste artigo, a implementação do Juiz das Garantias é uma oportunidade para coibir a parcialidade e os vícios e nulidades existentes nos processos criminais.

No primeiro capítulo, foram analisados os sistemas processuais: acusatório, inquisitório e misto. A respectiva análise mostra-se fundamental, uma vez que, no decorrer da história, cada ordenamento jurídico adotou um meio de investigação preliminar que lhe pareceu mais adequado, sendo abordado o sistema processual penal adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, foi abordado a alteração legislativa, através da lei 13964/19, sancionada pelo Presidente da República, na época, Jair Bolsonaro, que implementou a função do Juiz de Garantias no processo penal brasileiro. O referido projeto foi devidamente aprovado e sancionado, contudo, alguns dispositivos encontram-se suspensos por decisão liminar do Supremo Tribunal

Federal, entre eles, está o art. 3º-B, que disciplina a matéria relacionada ao juiz das garantias.

Por fim, apresentou-se a teoria da dissonância cognitiva e a sua contribuição para coibir a parcialidade no processo penal, além de chegar a uma possível conclusão sobre a necessidade de implementação do aludido instituto.

## **CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

Antes de adentrar ao tema principal do presente artigo, é de suma importância abordar a respeito dos sistemas processuais penais existentes e qual o sistema processualista adotado pelo Brasil.

Observando a evolução dos sistemas processuais adotados pelos países em seus ordenamentos jurídicos, majoritariamente, os doutrinadores e estudiosos do direito destacam que existem três sistemas processuais penais, quais sejam, o sistema inquisitório, acusatório e o misto.

Sendo assim, observou-se que o curso do processo penal é seguido por regras previamente estabelecidas, que são determinadas através de um sistema processual previamente adotado, que dosam de certa forma a autonomia do juiz para a produção e gestão das provas e sua atuação na fase pré-processual, assim como a sua atividade no que diz respeito a funções evidentes da acusação na fase processual.

O sistema inquisitorial, foi utilizado pelo direito canônico, em meados do século XIII, e paulatinamente foi sendo espalhado pela Europa, sendo utilizado até mesmo pelos tribunais civis existentes na época para o julgamento de lides relacionadas ao direito civil, ramo totalmente oposto ao direito penal e processo penal, que estão relacionados a liberdade do indivíduo. Tecendo comentários acerca do tema, o professor Aury Lopes Júnior (2020, p. 46) determina que:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe

imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Assim dizendo, no sistema inquisitório, as funções de julgar, acusar e defender é feita por uma mesma pessoa, de modo que os poderes se concentram nas mãos de uma única parte, o Juiz inquisidor. Além disso, no aludido sistema não se exige que a acusação seja feita por um órgão específico, como no sistema acusatório em que o ônus de acusar recai sobre o Ministério Público. Vale destacar também, que no modo inquisitorial, a acusação não poderia ser iniciada pelo ofendido, como no sistema acusatório.

## SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema processual penal acusatório originou-se no segundo período evolutivo do processo penal, quando o império romano estava em expansão. Diante da quantidade de delitos que estavam ocorrendo na época, foi necessária a criação de mecanismos mais eficientes de investigação e punição.

Assim, o aumento do número de casos e a dificuldade em tratá-los, levou à necessidade de delegar as funções judiciais do senado e do povo para juízes e tribunais e com isso foi sendo instalado o modelo acusatório.

O aludido sistema processual, ganhou seus contornos clássicos no Direito Inglês, no reinado de Henrique II, quando foi instituído, em 1166, o chamado *trial by jury*, no qual o julgamento popular se dividia em duas etapas: a da admissão da acusação e a da aplicação do direito material ao caso. O representante do rei, equivalente ao juiz-presidente, “não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado.

O Estado, então, para garantir a necessária separação de funções, cria um órgão próprio: o Ministério Público, com origem nos procuradores do rei da França do final do século XIV. Será o órgão ministerial, assim, o responsável pela propositura da ação

penal quando pública. Mantendo-se a iniciativa da ação penal privada, ou a dependente de representação, nas mãos do particular.

Dessa maneira, no sistema acusatório, o Juiz deixa de realizar as três funções, manifestando-se, apenas, quando devidamente provocado, garantindo-se, desse modo, a imparcialidade do julgador e conseqüentemente um julgamento justo.

Pode-se dizer, que o sistema processual penal acusatório apresenta como características: as funções de acusar, julgar e defender em mãos distintas; a publicidade dos atos processuais como regra; a presença do contraditório e da ampla defesa durante todo o processo; o réu como sujeito de direitos; a iniciativa probatória nas mãos das partes; a possibilidade de impugnar decisões com o duplo grau de jurisdição; e o sistema de provas de livre convencimento motivado

Sabe-se que o sistema acusatório foi introduzido no Processo Penal Brasileiro, tanto por meio de interpretação sistemática da Constituição Federal, quanto por previsão expressa, recentemente, conforme demonstra os artigos do Código de Processo Penal:

art. 3º-A, do CPP - 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.

Art. 129, da CF - São funções institucionais do Ministério Público:

I - Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

O sistema acusatório é caracterizado pela cisão das partes, ou seja, a defesa técnica e Ministério Público devem estar claramente divididos, deve ocorrer a paridade de armas de forma justa e igualitária. Ambos têm um papel a desempenhar no processo, seja o Ministério Público ou a defesa, mas nada do Juiz influenciar o decurso da persecução penal.

No entanto, a separação de tarefas, por si só, não é suficiente para caracterizar o sistema acusatório, sendo também necessário que a gestão das provas esteja nas mãos das partes, mantendo-se o Juiz alheio ao interesse das partes.

A relação jurídica processual somente tem início mediante a provocação, que geralmente é exercido pelo órgão do Ministério Público, que fica com encargo de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), evitando com isso que o Magistrado tome as iniciativas de ofício, como por exemplo acusar, ir atrás de provas e até mesmo decretar prisões sem pedido das partes.

Desse modo, com o afastamento do Juiz aos interesses das partes, o Julgador poderá decidir de uma forma imparcial, com base apenas nas provas que foram apresentadas pelas partes. Portanto, nesse sistema, o processo penal se constitui de *um actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais (partes) e um imparcial (juiz), que funciona na condição de terceiro desinteressado em relação aos interesses processuais das partes (LIMA, 2020, p. 41).

Vale observar, que uma das diferenças mais importantes entre o sistema inquisitório e acusatório é que, neste último, os sujeitos são iguais, efetivando a paridade de armas, sem sobreposição da acusação, ou defesa, ambas as partes devem produzir o arcabouço probatório, para o convencimento do Juiz. Nesse sentido, vale a pena a transcrição do Professor Aury Lopes Júnior (2020, p. 58) “Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal”.

Dessa maneira, observa-se que o sistema acusatório visa também, garantir os direitos e garantias fundamentais do acusado, não importando o delito que tenha cometido, pois em um Estado democrático de direito, onde o poder de punir deriva das leis em consonância com a Constituição Federal. O aludido sistema também serve para minimizar as arbitrariedades cometidas pelo Estado, e com isso garantir um julgamento justo da pessoa acusada de cometer um delito.

Além disso, do ponto de vista ideológico, o sistema acusatório tem a vantagem de se configurar como exercício democrático do poder, permitindo que os destinatários do ato possam influenciar na

sua formação processual, seja apresentando provas, ou até mesmo representando acerca de medidas judiciais. A estrutura dialética do modelo acusatório permite uma resolução mais eficiente das questões de direito e de fato, principalmente em termos de prova (BADARÓ, 2017).

## **AS VERTENTES DO SISTEMA INQUISITÓRIO**

Explicar-se-á, neste tópico, a respeito do sistema inquisitorial. O aludido sistema, surgiu no final do século XII, substituindo gradativamente o sistema acusatório que era vigente na época.

Neste aludido sistema, em sua originalidade não existe a obrigatoriedade da acusação ser feita por um órgão público específico ou pela vítima, tudo isso era realizado pelo Juiz de ofício, ou seja, não havia representação das partes, se o Juiz achasse que não possuía conjunto probatório suficiente, ele mesmo ia atrás da prova para condenar o réu, até mesmo utilizando a tortura como meio de obtenção de prova, além de que a confissão era tida como a rainha das provas.

De acordo com Guilherme Madeira Dezem (2016), o sistema penal inquisitorial é característico da sociedade europeia pós Império Romano, caracterizada pela grande força da Igreja Católica. Essa Instituição, como forma de manter seu poder, adotou um sistema processual penal capaz de conciliar nas mãos do julgador as funções de acusar e julgar, fazendo com que a pessoa acusada fosse, na maioria das vezes, condenada. Tal sistema estava positivado no Direito Canônico e se propagou por toda Europa através dos Estados Absolutistas.

Sendo assim, ainda em relação aos ensinamentos do mesmo autor anteriormente citado, no decorrer do século XII, fora instituído o Tribunal da inquisição ou também conhecido como Santo Ofício, esse tribunal foi criado com a finalidade de reprimir e punir a heresia e tudo aquilo que fosse contrário aos mandamentos da igreja católica.

Nessa vertente, para a igreja poder reprimir e punir utilizava-se o seguinte método de investigação, eram escolhidos os fiéis mais honestos e justos, esses escolhidos eram submetidos a fazerem um juramento perante a autoridade católica, que estariam dispostos a comunicar as desordens e manifestações contrárias daquilo que igreja católica pregava.

Ulteriormente, a essa modalidade de investigação que era realizada pelos fiéis, é que foi instituído as comissões mistas de maneira mais organizada e estruturada, do que a que era realizada pelos escolhidos da igreja.

Por fim, a forma inquisitorial permaneceu até o final do século XVIII, início do século XIX, momento em que surge a Revolução Francesa, na qual trouxe várias transformações não só na França, como também no mundo inteiro como por exemplo universalização dos direitos sociais e das liberdades individuais. Fim dos privilégios e dos resquícios do feudalismo na França. Início da queda do absolutismo na Europa.

Transcorrido esse período histórico, faz-se necessário abordar as características que regem o sistema inquisitivo, dentre elas podemos destacar a principal que é a aglutinação de funções de ir atrás, acusar e julgar realizadas por uma mesma pessoa, na qual é o Juiz, tudo isso em descompasso com o que está elencado na Constituição Federal de 1988.

Importante destacar que princípios essenciais do processo penal, positivados em nossa Constituição Federal, estão suprimidos no sistema inquisitorial penal. É o caso do princípio do contraditório, inviabilizado diante da ausência de uma contraposição entre acusação e defesa, visto que o juiz é quem está em posse das ações acusatórias.

O sistema inquisitorial penal é o resultado de sistemas absolutistas e ditatoriais que possuíam um Juiz inquisidor, ele detém a prerrogativas para acusar, prender, ir atrás de provas, tudo isso de ofício, buscar a verdade real a todo custo até mesmo com o uso da tortura, contrariando tudo aquilo que está previsto na carta magna.

Não restam dúvidas acerca da contrariedade de um sistema inquisitivo com aquilo que está elencado na Constituição Federal de 1988 e a clara distorção com o Estado Democrático de Direito determinado por ela. É manifesta a incompatibilidade do referido sistema com os direitos e garantias individuais presentes na CF/88, assim como a violação dos mais elementares princípios processuais penais.

Logo, essa é a razão pela qual este sistema perde espaço em soberanias democráticas. Não é possível defender a imparcialidade de um magistrado que atua nas diferentes e antagônicas posições do processo penal conforme descreve Lopes Júnior (2022, p. 19)

Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.

Por fim, vale destacar as principais características do referido sistema: a desigualdade de armas e oportunidades, a inexistência de contraditório pleno, a ausência de separação de funções de acusar e julgar, a violação do princípio *ne procedat ex officio*, pois o juiz poderia atuar de ofício sem provocação das partes, e por último, um Juiz parcial com a gestão probatória inteiramente nas suas mãos.

## **O CONTROVERTIDO SISTEMA PROCESSUAL MISTO**

É de suma importância, discorrer a respeito do sistema processual misto, porque a doutrina majoritária, assim como grande parte de juristas, entendem que o sistema processualista penal brasileiro é misto.

Desse modo, o respectivo sistema teve sua origem no Código Napoleônico no ano de 1808, e, nessa época, a divisão do processo ocorria em duas fases: a fase pré-processual e a fase processual, sendo a primeira fase realizada de forma totalmente inquisitorial e a segunda fase de modo acusatório.

Destarte, essa é a definição usada pelos juristas que defendem o sistema brasileiro como sendo um sistema processual misto, pois segundo os argumentos defendido por eles, o inquérito por possuir natureza inquisitória, não há contraditório e ampla defesa, além de que o sujeito seria tratado como objeto de investigação, dentre outras características a mais que possui o procedimento administrativo.

Em momento posterior, o Ministério Público, daria início à fase processual com o oferecimento da denúncia, estando, portanto, configurado o sistema como misto. Ademais, muitos ainda estão atrelados à concepção histórica de que bastaria a mera “separação inicial” das “funções de acusar e julgar” para caracterizar o processo acusatório.

Nesse sentido, segundo o professor Renato Brasileiro (2020, p.45)

É chamado de sistema misto porquanto abrange duas fases processuais distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, objetivando-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação.

É importante ressaltar que o referido, ou seja, não é uma mistura de sistema inquisitório e acusatório. Tratando-se de um sistema com duas fases distintas e pré-determinadas, no qual não se cogita a possibilidade de aspectos acusatórios na primeira fase e aspectos inquisitórios na segunda fase.

Em que pese o aludido sistema possuir essas divisões pré-constituídas, quais sejam, a primeira fase inquisitória e a segunda fase acusatória, não se pode confirmar que o Brasil adotou o sistema misto, pois segundo o professor Aury Lopes Júnior (2020), seria um reducionismo falar que o sistema processual brasileiro é misto, pois

apenas sob a perspectiva de fase pré-processual e fase processual, todos os sistemas seriam mistos.

Todavia, deve-se analisar o núcleo fundante de cada sistema, ou seja, se o princípio informador é a inquisitiva gestão da prova nas mãos do juiz, esse sistema em sua raiz é inquisitivo, logo o sistema será inquisitorial, ele vale para o sistema acusatório, se a gestão da prova está nas mãos das partes, conseqüentemente, esse sistema será acusatório.

Logo, a noção de que a mera separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante do sistema acusatório é uma concepção reducionista, na medida em que 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, como está elencado no art. 156 do CPP, além da determinação de decretação de ofício da prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público conforme está expresso no art. 385 do CPP.

Diante desse cenário, qual o sistema processual Brasileiro? Misto ou Acusatório? Para responder a essa pergunta, é necessário fazer uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 129, inciso I, define que caberá ao Ministério Público, privativamente, a titularidade da ação penal pública, instituto que determina a vontade do constituinte originário em instituir um processo penal acusatório, fundando no contraditório e na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal.

Além disso, recentemente, a estrutura acusatória foi consagrada expressamente no CPP e não há mais espaço para o juiz-ator-inquisidor, que atue de ofício violando o *ne procedat iudex ex officio*, ou que produzindo prova de ofício, pilares do modelo acusatório. Vejamos a redação do art. 3º-A do CPP: “ 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”.

Logo, pode-se concluir que a Constituição Federal consagrou o sistema penal acusatório, que tem como características marcantes a separação entre as funções de acusação, na qual é exercido pelo órgão ministerial, e de julgamento pelo Juiz imparcial, bem como a observância das garantias processuais.

## **A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA PELA LEI 13964/19**

Vale fazer breves considerações a respeito da alteração legislativa, que há anos vem sendo debatida e questionada por parlamentares e pela população, que finalmente entrou em vigor em janeiro de 2020.

À propósito, a referida Lei, Surgiu em decorrência de uma extrema necessidade de reforma na legislação penal e processual penal, como por exemplo o aumento da pena privativa de liberdade que antes era de 30 anos e agora passou a ser de 40 anos, progressão de regime em crimes hediondos, livramento condicional, novos crimes classificados como hediondos dentre outros.

Em suma, a população estava questionando por penas mais severas em relação a legislação penal, pois argumentavam e questionavam os parlamentares diante da impunidade. Acerca do assunto, Renato Brasileiro (2020, p.18). descreve :

O denominado projeto Anticrime foi apresentado ao Congresso Nacional no dia 31 de janeiro de 2019 (PL 882-2019), tendo como principal meta o estabelecimento de medidas que realmente se demonstrassem efetivos contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência à pessoa, sistematizando as mudanças em uma perspectiva mais rigorosa no enfrentamento à criminalidade, totalmente em consonância com o anseio popular expressado nas eleições de 2018.

Neste contexto é possível identificar A Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, realizou modificações nos Estabelecimentos Penais Federais de Segurança Máxima (Lei nº 11.671/08), Identificação Criminal (Lei 12.037/09), Lei de Execução Penal (Lei nº

7.210/84), Colegiado em Primeiro Grau (Lei nº 12.694/12), Lei do “Disque-denúncia” (Lei nº 13.608/18), Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98), Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/96), (Decreto Lei nº 2.848/40), Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689/41), Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), um dos resultados principais dessas alterações, são o modo de investigação e procedimentos penais no País.

Feitas considerações a respeito do, agora vale discorrer um pouco sobre as características do Juiz das Garantias. É imperioso destacar a lição trazida pelo Jurista Aury Lopes Jr (2016, p.57), acerca do tema:

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo.

Além do mais, o Juiz deve respeitar, ou seja, não agir de ofício nem na fase processual, e muito menos na fase investigativa, porque é nessa fase que observamos os maiores erros processuais cometidos pelos Julgadores, pois visualizamos um verdadeiro agir de ofício do julgador sem ter sido provocado pelas partes, alguns juristas costumam conceituar tais atitudes como ativismo judicial. Nessa fase a atuação por parte do Juiz deve ser limitada.

Por sua vez Lopes Junior (2016) leciona que o papel do Juiz, além de julgar conforme as leis é respeitar o princípio supremo do Processo Penal que é a imparcialidade, pois isso é fundamental para garantir uma persecução penal justa, além de promover uma segurança jurídica adequada.

Destarte, é que no ordenamento jurídico brasileiro, em especial nos processos criminais os Magistrados infelizmente não seguem aquilo que está na Constituição e no Processo Penal. Assevera ainda, o Professor Aury Lopes (2016, p. 57) que a imparcialidade do órgão jurisdicional é um 'princípio supremo do processo' e, como tal,

imprescindível para o seu normal desenvolvimento e final julgamento da pretensão acusatória e do caso penal.

Portanto, nesta parte da declaração do jurista, pode-se concluir que, para haver uma ação penal justa e doravante ser julgada pelos magistrados, os juízes devem seguir a imparcialidade, e que caso haja violação desse princípio, isso será prejudicial ao processo e especialmente ao acusado.

Em suma, cabe ao Juiz de Garantias fiscalizar o inquérito policial e toda a fase investigativa cabendo-lhe decidir sobre as cautelares requeridas pelas partes, pelas autoridades policiais, pelo Ministério Público e pela Defesa. Se necessário, decidirá sobre pedidos de quebra de sigilo bancário e telefônico, além de buscas e apreensões. É importante destacar o novo art. 3-C do CPP, § 3º-D, busca impedir que os juízes tenham acesso a informações colhidas na fase policial, fase pré-processual, e a ideia é garantir que os juízes sejam absolutamente imparciais no momento que forem proferir a sentença.

Todavia, essa não é a realidade, e até parece uma utopia levando em consideração a circunstância em que vivemos, pois as informações recolhidas durante o inquérito policial já formaram o convencimento do Juiz, e posteriormente quando for proferir uma sentença, estará com sua imparcialidade comprometida, o que contraria o que está exposto na Constituição Federal a respeito do Juiz natural e nos artigos previstos no Código de Processo Penal, já mencionados no parágrafo anterior.

Logo, quando se trata da fase judicial e o juiz é o mesmo envolvido na fase investigativa, é quase impossível para aquele juiz admitir qualquer nulidade, ou mesmo absolver o acusado, além de autorizar medidas cautelares e outras relacionadas para uma fase investigativa, sendo este o mesmo juiz que autorizou as medidas na etapa anterior, alguns dos direitos por ele conferidos não podem ser revogados.

Em conclusão, é necessário apontar os argumentos dos juristas contra a implementação do Juiz das Garantias no Processo Penal,

com que os fundamentos e se os argumentos apresentados são coerentes.

Conforme mencionado anteriormente, a AMB (Associação Brasileira dos Magistrados) e CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade direta antes de contestar o juiz de garantias, um dos argumentos utilizados é de que, os artigos 3º-A a 3º-F introduzidos no CPP pela Lei 13.964/19 possuem vício de inconstitucionalidade formal.

Tal inconstitucionalidade formal decorreria de a nova lei contemplar ao mesmo tempo normas gerais e normas de procedimento em matéria processual. Teria havido violação ao art. 24, § 1º, da CF, já que, no âmbito da legislação concorrente, ou seja, quando estabeleceu normas de procedimento em matéria processual, a União deveria ter se limitado a estabelecer normas gerais.

Segundo essa premissa, o regramento da fase pré-processual, pertinente ao inquérito policial, não se consubstancia em matéria processual penal, mas em matéria procedimental.

No que diz respeito ao debate sobre a inconstitucionalidade dos artigos 3ºA e 3º-F do Código de Processo Penal, que garante aos juízes, a discussão é com o impacto na estrutura interna do judiciário, que precisará ser reestruturada. Fora questionado que os artigos que tratam dessa organização seriam uma iniciativa judicial da própria instituição e não da União.

Deve-se deduzir que, aos contrários desses argumentos superficiais e ingênuos defendidos pelos juristas que vão de encontro a implementação do Juiz das Garantias, as regras que regem o respectivo instituto possuem caráter processual geral com consequências jurídicas internas, e não o contrário.

Feito isso, devemos analisar o art. 22 da Constituição Federal que confere a União ampla liberdade para legislar e sancionar ações públicas, ou seja, não há restrições quanto a isso, o que indica a invalidade dos argumentos apresentados.

O segundo argumento de inconstitucionalidade formal, este acolhido pelo Ministro Luiz Fux na decisão que suspendeu a eficácia dos artigos em questão, é o de que as regras veiculadas seriam pertinentes à organização judiciária. A instituição do juiz de garantias exigiria uma completa reestruturação do funcionamento das unidades judiciárias, a criação de cargos e a previsão de fontes de custeio.

Desse modo, a lei 13964 teria violado os artigos 96, I, 'd' que atribui aos tribunais a propositura de criação das novas varas, II, 'b', que confere aos tribunais iniciativa legislativa para a criação e extinção de cargos no âmbito do judiciário, e 'd', que confere iniciativa legislativa para a alteração de leis de organização judiciária.

Ademais, não foram atribuídas, como já registrado, novas funções aos juízes na fase do inquérito policial que aumentem de forma significativa a estrutura hoje existente. Logo, não haverá necessidade de aumentar o número de juízes e de varas. É intuitivo que o juiz criminal que hoje deve se dividir entre as decisões pertinentes à fase de investigação e à condução dos processos criminais vai reduzir sua carga de trabalho, aplicando-se o mesmo raciocínio à secretaria da vara.

Verifica-se, o próprio art. 3º-E ora impugnado elenca a necessidade de leis de organização judiciária para a escalação de juiz das garantias, contudo nada impede que, até que sejam editadas tais leis, os tribunais, no exercício de sua competência administrativa, instituam varas com tal especialização, desde que não haja aumento de despesas. Ou sejam, o façam através de especialização de varas já instaladas.

## **(DES)NECESSIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ALIADO A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA**

Abordar-se-á, nesse capítulo a (des)necessidade do Juiz de garantias no direito processual penal Brasileiro aliado com uma breve explicação sobre a teoria da dissonância cognitiva e sua

contribuição para o direito processual penal no Brasil. A teoria da dissonância é uma área da psicologia social que nasceu em meados dos anos 50, pelo professor da Universidade de Stanford, Leon Festinger.

O professor chegou à conclusão de que as pessoas naturalmente possuem ideia ou cognições que são consoantes, coerentes, compatíveis ou correspondentes entre si, em contrapartida podem ter opiniões ou convicções dissonantes, incoerentes, incompatíveis entre si. O estudo foi focado com a finalidade de analisar a tensão e angústia psicológica que as pessoas sentem ao ter que tomar uma decisão divergente, ou seja, diferente daquilo que acreditam, ou creem, essa divergência psicológica foi classificada como dissonância cognitiva.

Ademais, a consonância consigo mesmo e com as outras pessoas é um sentimento que as pessoas valorizam muito. Então, se as ideias, sentimentos ou comportamento são conflitantes, são incoerentes, elas naturalmente sentem um desconforto, e vivem um estado de tensão emocional.

A dissonância cognitiva pode ser causada por inconsistência lógica entre duas ideias, que pode vir de diferentes hábitos culturais diversos, ou até mesmo de opiniões antagônicas ou ser resultado de uma experiência vivida. Surgirá quando a pessoa ficar consciente de suas duas cognições relevantes e discrepantes.

Dessa maneira, a referida teoria revela que a presença de dissonância cognitiva resulta em pressões, e para reduzi-la ou até mesmo eliminá-la, as pessoas tendem a modificar suas ações ou atitudes e adiciona de forma específica novas informações com o propósito de tentar manter a consistência de seus pensamentos, crenças e atos, com o objetivo de atingir a coerência entre suas cognições conflitantes.

Feitas breves explicações e conceituações a respeito da teoria, faz-se necessário explicar o seu impacto no ramo das ciências jurídicas, em especial no campo criminal, uma vez que, foge do

objetivo central do presente artigo, aprofundar-se no ramo da psicologia social.

Insta salientar, a importância da dissonância cognitiva na tomada de decisões do Juiz e sua relação com o Juiz de garantias no processo penal. Segundo Ruiz Ritter (2017), a teoria da dissonância cognitiva mostra que as pessoas se encaminham a buscar um estado de consonância entre suas crenças, pensamentos e atitudes, de forma que, quando estão em situações conflitantes, sejam de atitudes, pensamentos, ou até mesmo crenças, logo buscarão diminuir ou eliminar essas contradições de atitudes ou pensamentos.

Nesse sentido, se a teoria for trazida para o campo do direito processual penal Brasileiro, imaginemos a situação da seguinte maneira: Por exemplo, o Magistrado na fase pré-processual, conclui pela existência de pressupostos, da prova da materialidade delitiva e indícios de autoria, e um dos fundamentos da prisão temporária na fundamentação da imprescindibilidade das investigações do inquérito policial, ou até mesmo uma prisão preventiva.

Pode-se inferir que esse mesmo Juiz quando for julgar na fase judicial tende a sentir incômodo ou angústia para depois admitir que a conduta era atípica, ou até mesmo absolver o réu, pois isso levaria a uma dissonância cognitiva, uma vez que, durante toda persecução penal foi criando uma imagem negativa do acusado apenas com base no inquérito policial e na denúncia, pois muito provável que não acolherá as teses defensivas.

Nesse passo, uma outra realidade corriqueira é o deferimento de representações de interceptações telefônicas, o Juiz que autoriza essas medidas relacionadas com a fase pré-processual ficará mais propenso a receber a denúncia do que aquele que não teve contato com o inquérito policial e os demais fatos investigados e apresentados para o magistrado, por isso mostra-se necessário a divisão de Juízes. Logo, podemos concluir a relevância e necessidade de implementação do Juiz de garantias, para excluir a prevenção como causa de competência e com isso garantir a originalidade cognitiva do julgador.

Assim, importa que se o Juiz autorizou o emprego de medidas mais rígidas e invasivas de apuração, como por exemplos: prisões preventivas, prisões temporárias, busca e apreensão, quebra de sigilo bancários, dentre outras medidas, restará de forma difícil ele não aceitar os presentes elementos como suficientes para o início da ação penal. Tecendo comentários, sobre a dissonância Ruiz Ritter (2017, p.133) destaca que:

Após a obtenção de uma cognição inicial (primeira impressão) sobre alguém (positiva ou negativa), a tendência do indivíduo é de preservá-la, evitando-se o rompimento do seu estado de consonância cognitiva, que somente estará em perigo se esta for contrariada. Não sendo possível, porém, dita manutenção, sobrevivendo cognições que questionam aquela primeira (novas informações aptas a modificarem a primeira impressão), entrarão em cena processos involuntários destinados ao restabelecimento do status quo. São eles a mudança de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; a desvalorização de elementos cognitivos envolvidos em relações dissonantes; a adição de novos elementos cognitivos que sejam consonantes com a cognição existente; e a evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes, além das três técnicas específicas da percepção errônea, da invalidação e do esquecimento seletivo.

Por outro lado, quando se equipara casos semelhantes que são apresentados ao Juiz, mas se porventura chega-se à conclusão de que o caso merece solução diversa daquela que foi decidida, o magistrado também experimenta dissonância cognitiva em busca de argumentos que justifiquem as resoluções em sentidos diferentes, em vista do desejo de decidir cada disputa de forma consistente, com acerto e justiça.

Desse modo, tecendo comentários acerca de como decidem os tribunais brasileiros, José Rodrigo Rodriguez afirma que o Poder Judiciário pode causar reflexos semelhantes aos efeitos de julgamentos colegiados ou singulares no que tange à congruência das decisões. Rodriguez (2013, p.155). esclarece que:

Há pesquisas cujo objetivo é averiguar empiricamente a variação no resultado destes dois modos de desenhar os organismos jurisdicionais. Uma delas

(Schauer e Zeckhauser, 2007) aponta que em julgamentos colegiados corre-se o risco de que o debate entre os juízes roube a cena em detrimento das circunstâncias do caso concreto. Torna-se mais importante vencer o oponente do que resolver o problema apresentado aos juízes.

Podemos chegar à conclusão do pensamento trazido pelo autor, à luz da teoria da dissonância cognitiva, que o julgador fica preso aos seus pensamentos e atos anteriores, e com isso posteriormente irá realizar atitudes e expressões comportamentais que não condizem com suas crenças, tudo isso para afastar a tensão entre as dissonâncias causadas.

Nessa oportunidade, o professor Bernd Schünemann vai além, não se detendo nas possibilidades acima comentadas e que rodeiam o raciocínio judicial. Para o professor alemão, a dissonância cognitiva efetivamente produz o efeito perseverança ou o mecanismo de autoafirmação, assim como leva inevitavelmente à busca seletiva de informações e afirma (2012. p.135)

O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo condicionamento da busca à obtenção de informações que confirmem a preconcepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis.

Em suma, no campo da teoria da dissonância cognitiva, faz-se muito presente a tendência da afirmação, também conhecida como *confirmation bias*, erro cognitivo daquele que deve provar uma escolha e seleciona apenas os elementos ou provas que atestem sua veracidade, deixando de lado os fatos contrários. Muitas vezes, após uma ação, nota-se uma busca ativa de informações que produzam uma cognição coerente com atitude tomada.

Nesse sentido Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter, ensinam que o quando o Juiz tem contato com os elementos informativos do inquérito policial e outras provas obtidas na fase pré-processual, posteriormente quando for decidir na fase judicial a sua cognição estará vinculada com os meios de prova da fase anterior, pois ele natural e inconscientemente, perceberá a necessidade de manter a consonância com as informações recebidas e com as escolhas feitas na fase investigativa, o que mostra de forma clara e eficaz a necessidade de implantação do juiz das garantias, sob pena de não haver sequer condições para o exercício de uma jurisdição imparcial.

À propósito, a teoria da dissonância cognitiva nos mostrou com sólida base científica que para justificar as inovações processuais acima apontadas perante o anseio de que o julgador que atuou na fase investigatória ou que examinou pleitos cautelares, não estará apto a julgar com imparcialidade na fase judicial, pois estará contaminado com os elementos investigatórios.

Ademais, a teoria da dissonância cognitiva revolucionou o conhecimento sobre atitudes e comportamentos humanos, além de influenciar de forma significativa no direito processual penal, mostrando a necessidade da efetiva implementação do aludido instituto do Juiz de Garantias, contribuindo para resolver os conflitos de processos mentais subjacentes à tomada de decisões.

Nesse passo, é que tem surgido a necessidade de efetivar no ordenamento jurídico-penal pátrio, o denominado juiz de garantias, assim como a regra de prevenção como instrumento de distanciamento da competência do Juiz que atuou na fase investigativa ou que autorizou medidas judiciais cabíveis, tais como, medidas cautelares, interceptação telefônica, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e telefônico, dentre outras medidas relacionadas a fase pré-processual.

Por conseguinte, a maneira mais útil no momento, é que os representantes do Poder Judiciário e os demais atores do processo tenham plena consciência do fenômeno aqui abordado. A dissonância cognitiva não pode barrar que os Juízes raciocinem de forma

imparcial, justa e independente. Possuindo conhecimento a respeito da matéria, o magistrado precisa agir com cautela e discernimento, desconfiando de si mesmo, para não cair no erro da parcialidade inconscientemente construídas em sua mente, com base nos elementos informativos apresentados pelo inquérito policial.

Conclui-se, que o Magistrado não pode ser escravo de suas emoções, moral, crenças ou até mesmo preconceções, que poderão pôr em jogo a sua imparcialidade e comprometer o acerto de sua decisão. Outrossim, para bem executar a missão de julgar interpretando a lei e avaliando as provas no contexto do processo penal, deve-se excluir a prevenção como causa de competência, pois o Juiz é ser humano, não tem como excluir de maneira significativa, suas morais, crenças e preconceções, no entanto, com a exclusão da prevenção já garantirá uma originalidade cognitiva adequada e com isso um julgamento mais imparcial.

No caso de recebimento, será determinada a citação do acusado e os autos serão remetidos a outro magistrado, denominado juiz de julgamento para realização da instrução e do julgamento (CPP, art. 3º-B, XIV, art. 3º-C, §1º). Sem o juiz das garantias, o mesmo magistrado que deferiu medidas em detrimento do investigado (como prisão preventiva, sequestro de bens, quebra de sigilo bancário, interceptação telefônica, busca domiciliar etc.), tem sua competência fixada para julgar a ação penal (regra de prevenção).

O surgimento do juiz das garantias no cenário nacional trata-se de uma das mais importantes inovações da Lei 13.964/2019, vinculada a uma esfera ainda maior, relacionada ao sistema processual penal acusatório, disposto no Art. 3º-A do CPP, também proposto pela Lei 13.964/2019.

Em que pese, a relevância e necessidade do aludido instituto, o Supremo Tribunal Federal, através do Min. Luiz Fux, a partir da concessão de liminar na Medida Cautelar nas ADI's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, suspendeu, a implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal). Todavia, como trata-se de medida liminar, o

dispositivo legal poderá ter sua vigência restabelecida a qualquer momento.

## CONCLUSÃO

Ficou compreendido que as funções do Juiz na fase investigativa devem ser excluídas e a sua atuação, nesta fase pré-processual tem que estar amparada em situações excepcionais e previstas em lei. Contudo, a sua intervenção, ainda que de forma simples e excepcional quebrará a sua imparcialidade quando estiver na fase judicial.

Nesse sentido, aquele Juiz que atuou no período pré-processual está contaminado para realizar o julgamento do acusado na fase processual, pois já absorveu todas as informações contra o acusado na fase anterior e dessa forma estará contaminado. Logo, mostra-se necessário a implementação do Juiz de garantias, visto que, com a implantação do respectivo instituto ocorrerá a divisão de Juízes para cada fase processual.

Vale destacar, que o instituto do juiz de garantias, já encontra-se em vigor em diversos países, significa o sistema do “duplo juiz”, em que o primeiro intervém para a garantia dos direitos do acusado ou, quando invocado pela autoridade policial, na fase pré-processual até o recebimento da denúncia e o segundo e distinto juiz atua na instrução e julgamento, buscando a imparcialidade do segundo julgador que não terá atuado na fase pré-processual instrutória, que possivelmente estaria contaminado para a causa. Diferentemente, com a efetivação do juiz das garantias, o juiz que atua na investigação está impedido de atuar no processo criminal.

O motivo do duplo juiz é a finalidade de preservar a imparcialidade do Juiz, porque se porventura o mesmo Magistrado participar da produção probatória e posteriormente da instrução e julgamento, decidirá com base nos elementos apresentados na fase anterior. Com as mesmas provas obtidas na fase investigativa, logo, a sua convicção de julgamento para condenar é muito evidente e

com isso acabará violando o que está previsto no instituto do juiz de garantias. Portanto, a atuação desse Juiz está restrita a fase pré-processual. Sua atividade se prolongará até o recebimento ou a rejeição da denúncia.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília.

BRASILEIRO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8045 de 22 de dezembro de 2010**. Código de Processo Penal. Brasília: Câmara dos Deputados Federal, [2010]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 15/04/2022. <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>

CONAMP. **Juiz de Garantias**. <https://www.conamp.org.br/>. Disponível em <https://www.conamp.org.br/imprensa/noticias/8616-juiz-de-garantias-conamp-participa-de-audiencia-publica-no-stf.html>. Acesso em: 29/04/2023.

COUTINHO, J. N. de M. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Revista do IAP, n. 28, 1999. <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/processo-judicial-eletronico-pje/diretrizes-estrategicas/>.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DIAS, J. de F. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. v. 1.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 12 e 18.

- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal Introdução Crítica**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- LOPES JR, Aury. **Manual de Direito Processual Penal**. 17. Ed. Saraiva, 2020.
- MADEIRA DEZEM, Guilherme. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ED. Thomson Reuters, 2016.
- LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 13, n. 73, ago./set. 2016, p. 19-20.
- RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, set./dez. 2012, p. 30-50.



# A (IN) EFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO NACIONAL NO COMBATE AO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS DESTINADO A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES

Mariana Duarte Lima  
Jeferson Borges dos Santos Júnior  
Marianny Alves

## INTRODUÇÃO

É possível exprimir o valor de um ser humano em papel-moeda? Há quem consiga precificar uma vida. De acordo com o levantamento realizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), o crime tráfico de pessoas movimentava cerca de bilhões de dólares anualmente. Em outras palavras, a dignidade e integridade de milhões de seres humanos são suprimidas a ponto de serem comercializados como se fossem produtos, tendo em vista que organizações criminosas definem o valor de pessoas e lucram ao custo de sua dor e sofrimento.

O crime de tráfico humano também denominado “comércio de pessoas” ocorre atrás das cortinas, no silêncio, aproveitando-se de uma conjuntura de profunda vulnerabilidade socioeconômica das vítimas, como consequência, é árdua a investigação e responsabilização penal dos criminosos. O delito viola frontalmente diversos direitos humanos, o principal deles, a dignidade da pessoa humana. Diante dessa realidade emergencial, questiona-se como o Estado deveria atuar a fim de prevenir e reprimir o delito.

Quanto a execução do crime, o processo de tráfico de mulheres para exploração sexual geralmente começa com o recrutamento. As vítimas são frequentemente atraídas por promessas de trabalho atraentes financeiramente, oportunidades de estudo ou por propostas de casamento.

Após o recrutamento, as vítimas são transportadas para o local de destino, muitas vezes em países estrangeiros, onde são exploradas sexualmente. O transporte pode ocorrer por vias terrestres, marítimas ou aéreas, fazendo uso de documentos falsos ou coagindo as vítimas a viajar ilegalmente.

No local de destino, as mulheres são forçadas a se prostituir, controladas através da violência física, coação psicológica ou pelo confisco de documentos de identidade ou passaporte, as impedindo de sair do país. As vítimas são frequentemente mantidas em condições degradantes, em bordéis, casas de prostituição, boates ou até mesmo em residências privadas.

Diante dessa realidade, analisar a conjuntura que permeia o crime é imprescindível e emergencial, não meramente para diminuir estatísticas, mas sim salvar vidas. Um cenário de vulnerabilidade socioeconômica e ordem social discriminatória suprimem as oportunidades de escolhas, e esse é um ambiente perfeito para a ação criminosa, contribuindo para a difícil identificação, elucidação e punibilidade do crime.

Conhecer o modo de agir dos criminosos, as circunstâncias e a tipificação do tráfico de pessoas são elementos fundamentais, para a partir disso, identificar as possíveis soluções aptas a evitar novas vítimas. A resposta está a cargo do Estado e reside na tutela jurídico-penal, sendo que o ordenamento jurídico deve criminalizar a ação infratora de maneira satisfatória e possuir mecanismos para frear a prática do crime. O estudo ao combate ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual não irá se ater apenas às transformações na esfera jurídico-penal nacional, isso porque, o delito requer uma análise complexa que aborde a norma penal criminalizadora, o contexto social de vulnerabilidade propício ao crime, o consentimento da vítima e a política criminal de prevenção e repressão ao tráfico.

O propósito foi investigar a dificuldade no autorreconhecimento da vítima nessa condição de sujeito passivo, o que quando não assumido, impede o conhecimento da ação

criminosa pela autoridade competente, a regular persecução penal e a punição do sujeito ativo. Nesse sentido, o artigo científico analisará o regramento jurídico-penal com o escopo de investigar como o ordenamento versa sobre a conduta criminosa e as possíveis deficiências no sistema.

A fim de elaborar o estudo foi realizada uma pesquisa bibliográfica através de fichamento, com artigos científicos e periódicos, disponibilizados na rede mundial de computadores e livros do acervo da Biblioteca Virtual da Unigran Capital, bem como a utilização de estudos de doutrinadores, e a norma legal em sentido amplo. O método utilizado foi o descritivo e a abordagem científica qualitativa e quantitativa.

## **BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO TRÁFICO DE PESSOAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NOS REGIMES INTERNACIONAIS**

O tráfico de pessoas possui uma das suas formas possíveis, a escravidão, nela teve seu nascedouro histórico no período colonial, onde se praticava a comercialização de escravos com finalidade lucrativa. Mariane Strake Bonjovani pud Marlon Chaves explica que o tráfico de pessoas possui seus primeiros registros na Grécia e em Roma quando os perdedores de guerras eram transformados em prisioneiros. Durante a descoberta das Américas pelos Europeus, quando se transportava de maneira forçada, pessoas para o território descoberto.

No decorrer do tráfico negreiro por volta dos séculos XVI ao XIX, pessoas eram transportadas para a África a fim de servirem ao trabalho forçado e como objeto sexual. De igual modo, no Brasil, onde é perceptível a transformação do conceito de escravo, ora denominado tráfico de pessoas (CHAVES,2020).

Apesar do tráfico negreiro no Brasil não ter como objetivo precípua a exploração sexual, esse período, as mulheres pardas e negras estavam à mercê das vontades do senhorio, eram utilizadas

como um instrumento produtivo de capital ou manuseadas como mero objeto sexual para fins de prostituição forçada ou satisfação do seu próprio “dono” (CHAVES,2020).

No decorrer da história, o tráfico de pessoas se tornou tradicionalmente feminino, diante dessa problemática, documentos internacionais foram redigidos nesse sentido. Como por exemplo, a elaboração, no ano 2000, pelas Nações Unidas, com a colaboração de representantes da sociedade civil, do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças que suplementou a Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional (CHAVES,2020).

A conduta criminoso de traficar pessoas foi historicamente prevista em documentos internacionais e nacionais. Através da modificação no Código Penal pela Lei no 13.344/2016 e o Protocolo de Palermo, foi possível proporcionar um grande avanço na tutela jurídico-penal e na repressão ao crime. No que tange as modificações trazidas pelo documento internacional:

Dentre as disposições da Convenção e seus Protocolos há a necessidade de adoção, pelos Países-Partes, de uma série de medidas para combater o crime organizado, entre elas a criminalização no ordenamento jurídico nacional de atos como a participação em grupo criminoso organizado, tipificação do crime de tráfico de pessoas, regras sobre extradição e transferência de pessoas condenadas etc. Ademais, esses instrumentos estipulam que sejam adotadas medidas no sentido de facilitar de extradição, assistência legal mútua e cooperação policial, e que sejam fomentadas atividades de capacitação e aprimoramento dos recursos humanos, como policiais e servidores públicos, com objetivo de melhorar a capacidade desses agentes de oferecer uma resposta eficaz ao crime organizado.

O conceito e a criminalização do tráfico de pessoas percorreram vários períodos históricos marcados pela escravidão e a intolerância, sofrendo modificações ao decorrer dos anos. Atualmente, em preocupação ao controle das fronteiras nacionais, a definição

supranacional estipulada pelo Protocolo de Palermo, o qual o Brasil é signatário, fixa o crime como sendo:

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

Frente a essa definição, o tráfico de pessoas pode ser destinado a diversas finalidades, são elas: remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo; submissão a trabalho em condições análogas à de escravo; submissão a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal e exploração sexual.

Conforme a definição do art. 3º do citado documento internacional, a ação criminosa possui três elementos essenciais: a forma (recrutamento, transferência, abrigo ou o recebimento de pessoas), os meios (ameaça, coerção, rapto, engano ou fraude, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade) e a finalidade (formas de exploração) (SILVA, 2022, s/p). Conforme o citado dispositivo legal:

Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a); c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do

presente Artigo; d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

No ordenamento jurídico Brasileiro, o tráfico de pessoas é disciplinado pelo Art. 149-A do Código Penal modificado pela Lei no 13.344/2016 que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. O texto legal dispõe que:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual. Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. § 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Além disso, o Código de Processo Penal dispõe em seu artigo 13-B uma medida de disponibilização, por requisição do delegado de polícia mediante autorização judicial, de informações pelas empresas de telecomunicações e/ou telemática nos casos de crimes de tráfico de pessoas. O propósito é possibilitar a localização das vítimas ou dos suspeitos do delito de forma eficiente e diligente a fim de evitar um mal maior, por consequência, as empresas devem disponibilizar os sinais e informações imediatamente. O descumprimento injustificado da ordem ensejaria a caracterização do crime de desobediência tipificado no art. 330 do Código Penal. Assim dispõe o dispositivo legal:

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao

tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso. § 1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência. § 2º Na hipótese de que trata o caput, o sinal: I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei; II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período; III - para períodos superiores, àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial. § 3º Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial. § 4º Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

O dispositivo legal permite que a requisição seja realizada sem autorização judicial quando esta não for concedida em um período de 12 horas. Neste caso, deve haver imediata comunicação do juiz. É oportuno ressaltar que a medida não se estende à obtenção de conteúdo de conversas telefônicas ou telemáticas, para esse acesso é preciso a ordem e observância dos requisitos disciplinados na Lei 9.296/1996. O fornecimento dos meios técnicos terá prazo máximo de 30 (trinta) dias podendo ser renovado uma única vez por igual período. (ARAÚJO e TÁVORA, 2021).

Em 2018 foi divulgado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) o Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas. Consignou demonstrado que 83 % das mulheres traficadas eram destinadas a exploração sexual, enquanto 13% trabalhavam de maneira forçada e 4% eram encaminhadas para outras atividades. Curiosamente, no tráfico de pessoa a qual os homens são vítimas,

82% são submetidos ao trabalho forçado, 10% para fins sexuais, 1% para remoção de órgãos e 7% destinados a outros objetivos<sup>1</sup>

Diante dessa grave violação de direitos humanos e do impacto devastador na vida das vítimas e suas famílias, observamos a necessidade de cooperação internacional entres estados soberanos. Agir de maneira globalizada a fim de coibir a prática criminosa parte da ideia que a civilização humana tende a se movimentar, há um local de partida e de chegada no decorrer da ação criminosa. Logo, é imprescindível a universalização através de um sistema internacional, dividido em um sistema global e outro regional de proteção.

Nesse contexto, a cooperação internacional deve ser compreendida como o modo formal de solicitar a outro país a medida judicial, investigativa e administrativa necessária para um caso concreto. É o esforço de dois ou mais Estados visando atingir um objetivo em comum. Em vista desse propósito foi criada em 1997 a UNODC (Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime), uma fusão entre o Programa das Nações Unidas para Controle das drogas e o Centro para prevenção Internacional do Crime (MOREIRA,2020).

Um dos problemas de combate à criminalidade é a falta de um sistema unificado de coleta de dados e a existência de diversas organizações internacionais que não adotam um padrão de análise ou que não possuem fontes confiáveis. Além disso, apesar da existência de tratados e convenções internacionais percebe-se a falta de vontade e descaso dos Estados, impedindo que os instrumentos sejam utilizados de forma eficaz e correta. Exteriorizando as diferenças no sistema político, legislativo, cultural e linguístico (MOREIRA, 2020).

Baseado nessa temática crítica, Angelina Colaci Tavares Moreira (2020. p.512) versa sobre o tema:

---

<sup>1</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/julho/trafico-de-pessoas-conheca-o-variado-perfil-das-vitimas>. Acesso em: 31 de maio de 2023.

Embora caiba ao Estado uma série de medidas indispensáveis à tentativa de evitar e controlar o tráfico de pessoas, somente a união e os esforços contínuos de diversas agências governamentais e não governamentais podem chegar a resultados positivos. É preciso organizar e implantar um sistema de informações com vistas a produzir dados e relatórios que corroborem com a identificação dos focos de incidência deste crime, possibilitando maior ação nestas áreas. É necessário, ainda, que a sociedade civil perceba a gravidade do problema e contribua para a sua superação, rejeitando e condenando práticas e autores. A exploração comercial de pessoas deve ser encarada como violência criminal e desrespeito aos direitos humanos. Ainda, se faz importante ressaltar a necessidade de defesa e proteção dos ofendidos, promovendo redes de atendimento que venha a prestar auxílio as vítimas e suas famílias, além da produção e disseminação de informações acerca do tráfico humano, buscando prevenir o aliciamento e possibilitando a prevenção evitando novas ocorrências desta prática.

O protocolo de palermo é pautado em três eixos: a prevenção, punição e proteção. A prevenção objetiva na adoção de medidas que buscam reduzir a pobreza, as desigualdades sociais, de oportunidade e o subdesenvolvimento. Questões que tornam as mulheres mais vulneráveis ao tráfico. A punição será realizada por intermédio da criminalização e cooperação internacional. Por fim, a proteção, ou também denominada atenção às vítimas, em respeito aos seus direitos fundamentais e humanos.

Diante dessa estrutura histórica e jurídica, devemos nos atentar para as deficiências no sistema social e normativo, a fim de conhecer a prática criminosa e estabelecer políticas públicas eficazes, com esse propósito, iremos enfrentar os próximos temas do trabalho.

## **O TRÁFICO DE PESSOAS E A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES**

De acordo com o site oficial do governo federal, de janeiro de 2020 a junho de 2021, foram registrados pelo Disque 100 301 casos de tráfico de pessoas. Destes, 50,1% são crianças e adolescentes e outras 24,9% mulheres. A divulgação dos dados faz parte das ações

do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) no Dia Mundial de Combate ao Tráfico de Pessoas<sup>2</sup>.

A Agência da ONU para as Migrações (OIM), a Universidade Federal de Minas Gerais e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentaram o “Relatório de Avaliação de Necessidades sobre o Tráfico Internacional de Pessoas e Crimes Correlatos”, analisando processos judiciais que envolvem cerca de 714 vítimas. Neles mais de 95% dos processos relativos ao crime de tráfico de pessoas tem como vítimas mulheres, com a finalidade de exploração sexual<sup>3</sup>.

Portanto, ao investigar dados estatísticos observados que a preocupação com o tráfico de pessoas é mundial, tanto do país de origem como de destino. Suas máculas assombram profundamente a vida das famílias e das vítimas (RODRIGUES, 201, p. 149). A fim de realizar um contraste com a realidade, a seguir, um trecho extraído de um depoimento de uma adolescente de 15 anos, chamada Maya e de Simone, de 25 anos, brasileira:

Maya nasceu em Sindhupalchok, Nepal, uma das regiões mais pobres do planeta, com renda per capita anual de 180 dólares. Como seus pais estavam desesperados para suprir as necessidades da família, venderam a menina para um agente local por 55 dólares, com a promessa de que ela teria um bom emprego em uma fábrica de tapetes, podendo assim enviar para casa até 10 dólares por mês. Na noite em que Maya deixou sua casa, o agente a revendeu para um dalal (traficante), que a levou para uma cidade na fronteira com a Índia. Lá encontraram mais uma garota. No dia seguinte os três cruzaram a fronteira a pé e poucos dias depois estavam em Mumbai. Chegando a Mumbai, o dalal a vendeu para um malik (dono de bordel) em Kamathipura. O malik disse a Maya que ela lhe devia 35 mil rúpias (780 dólares) e que deveria ter relações sexuais com qualquer homem que a escolhesse até pagar essa dívida. Ela se recusou e foi estuprada por homens do malik e deixada sem comida. Quando finalmente concordou em se submeter as condições do malik, recebeu medicamentos para tratar uma infecção urinária e foi obrigada a fazer sexo com cerca de vinte homens por dia. Segundo Maya, havia

---

<sup>2</sup> Disponível em: Crianças, adolescentes e mulheres são 75% das vítimas do tráfico de pessoas, apontam dados do Disque 100 – Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania ([www.gov.br](http://www.gov.br)) Acesso em: 2 de maio de 2023.

<sup>3</sup> Disponível em: OIM: mulheres são 96,36% das vítimas de tráfico internacional de pessoas | As Nações Unidas no Brasil Acesso em: 2 de maio de 2023.

centenas de meninas nesse bordel, muitas do Nepal. Uma vez ela escapou e conseguiu ir à polícia dizer o que estava ocorrendo, mas os policiais não fizeram nada. Poucos dias depois, os homens do malik a encontraram nas ruas e a levaram de volta ao bordel. O malik colocou pasta de pimenta no cabo de uma vassoura e o empurrou para dentro dela. Depois disso, quebrou suas costelas. A gharwali (gerente ou madame) cuidou de suas feridas por um curto período, e após esse tempo Maya foi submetida à exploração sexual novamente, apesar da grande dor que sentia nas costelas. A gharwali lhe dava ópio para diminuir a dor. Depois de dois anos, o malik a revendeu para outro malik, de Falkland Road. Nesse bordel ela vivia em uma pinara (gaiola), com outra mulher. O local era muito pequeno e barulhento, já que ficava na rua. Maya ficou grávida por duas vezes nesse período, e a gharwali lhe deu comprimidos para abortar. Da segunda vez ela ficou muito doente. Quando se recuperou, conseguiu fugir. Foi para um abrigo próximo ao bordel, onde ficou sabendo que era portadora do vírus HIV. Recebeu ajuda para contatar seu pai, mas este disse a ela que não voltasse para casa, pois nunca poderia se casar, e que, por ser portadora do HIV, traria apenas vergonha para a família. Simone morava na periferia de Goiânia com os pais, uma irmã e o filho de quatro anos. Todos eram sustentados pelo pai, que ganhava pouco mais que um salário-mínimo. Em janeiro de 1996, Simone embarcou para a Espanha com o objetivo de juntar muito dinheiro para oferecer melhores condições de vida a seus familiares. Ela foi aliciada por duas irmãs: uma delas era sua vizinha e a outra exercia a prostituição na Espanha. Segundo as irmãs, desde o início Simone sabia que viajaria para se prostituir. Para a família da vítima, a proposta era viajar para trabalhar como garçonete. A versão da família é corroborada por outra vítima, que também foi aliciada pelas irmãs. Ela conta que foi convidada para trabalhar como garçonete ou babá, mas que, chegando à Espanha, percebeu que teria de exercer a prostituição e conseguiu fugir no mesmo dia. Essa outra vítima foi levada para a mesma boate onde Simone trabalhava – Cesar Palace. Ela afirma que todas as meninas estavam drogadas, bebiam muito e circulavam entre as mesas nuas ou seminuas. Após um mês de sua chegada à Espanha, Simone telefonou para os pais chorando muito e pedindo para a família entrar em contato com o consulado para tirá-la daquele inferno. Em abril, a família foi avisada de que ela havia morrido e contestou o atestado de óbito, que apontava insuficiência respiratória aguda, infecção pulmonar e tuberculose. No Brasil, foi feita uma autópsia que descartou a morte por tuberculose e indicou como causa mortis presumível insuficiência renal e hepática aguda, que poderia ter sido causada tanto por uma overdose como por um choque anafilático causado por algum medicamento ministrado à vítima. Posteriormente, o Instituto Nacional de Toxicologia da Espanha descartou de vez a possibilidade de tuberculose, e o hospital que a atendeu admitiu o erro no diagnóstico. Segundo relatos de colegas de Simone na

Espanha, elas viviam em um pequeno apartamento sem calefação. Mesmo doente, Simone foi obrigada a trabalhar até dois dias antes de sua morte, sob ameaças do dono do bordel. Chegando ao hospital, foi tratada com muita indiferença pelos funcionários.

A partir desses relatos é perceptível que as vítimas apresentam traumas físicos e psicológicos, quando conseguem fugir ou são resgatadas, apresentam problemas como de apatia, perda de memória, hostilidade, comportamento autodestrutivo, ansiedade, depressão, entre outros...

Apesar da moralidade pública sexual ter sido vista por muito tempo como um bem jurídico nuclear do tráfico humano para fins de exploração sexual, o atual Código Penal e o Protocolo de Palermo tutelam a liberdade sexual, como um elemento integrante da dignidade humana. Todavia, a depender da situação, a integridade física e a vida dessas mulheres podem estar suscetíveis a ofensa.

Geralmente, o sofrimento físico é associado ao psíquico, as vítimas são manipuladas, torturadas, coagidas, chantageadas, violentadas e humilhadas. Quanto mais emocionalmente frágeis, maior é o grau de subserviência. (RODRIGUES, 2013). A respeito do impacto psicológico na vítima, um brilhante apontamento escrito por Ana Luíza Flauzina (2010. p.39):

Não se pode deixar de sublinhar que a exploração sexual comercial é um crime que acarreta graves sequelas para as vítimas. Por se tratar de delito que não se restringe a um único incidente de violência, mas se caracteriza por um tempo prolongado de exploração, as vítimas tendem a construir mecanismos de adaptação que servem de escudo para novas agressões. São as chamadas “estratégias de sobrevivência”, que podem se apresentar na forma de evitação (a vítima faz de tudo para evitar novas agressões, tornando-se dócil e obediente ao traficante), identificação com o traficante, também conhecida como Síndrome de Estocolmo (a vítima, para conseguir aprovação, passa a se colocar na posição do traficante, adotando seu comportamento e maneiras de pensar) e desligamento (vítimas abandonam suas emoções e pensamentos, demonstrando altos níveis de apatia ou indiferença). Esse padrão psicológico faz com que, mesmo após finalizada a situação de violência, as vítimas sofram de síndrome pós traumática, dificultando as investigações. Muitas vezes as pessoas exploradas sexualmente podem negar que tenham sido traficadas,

não são capazes de prestar um depoimento claro e consistente, podem ter dificuldades para se lembrar do que realmente aconteceu, têm hostilidade em relação às pessoas que as atendem (em especial agentes públicos), entre outras atitudes aparentemente estranhas a um padrão de comportamento normal.

Após a prática criminosa, as vítimas tendem a não comunicar o delito a autoridade policial, por questões de vergonha ou pela falta de reconhecimento como vítimas de tráfico de pessoas. Muitas vezes estão acometidas pelo medo de represálias para si ou seus familiares; outras vezes a situação de exploração durou tanto tempo que construíram uma relação de dependência psicológica com seus exploradores; e, finalmente entendem que foram elas que agiram errado, seja por migrar ilegalmente ou por exercer a prostituição (ROGRIGUES,2013).

As vítimas não desejam reviver a agonia e o sofrimento a que foram submetidas ao prestarem depoimentos às autoridades. Elas temem a vergonha social, caso seus familiares, amigos, soubessem a violência a que se sujeitava. Além de possível intimidação e violência por parte de seus traficantes a pessoas próximas (RODRIGUES, 2013).

Devido a esse efeito, a existência de dados que não condizem verdadeiramente com a realidade torna dificultosa a criação de políticas públicas a partir de um problema não visível, nem prioritário pelas autoridades políticas do país. Há dois instrumentos nacionais exatos para o combate ao tráfico de pessoas em geral, são eles: Plano de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil e a Política Nacional de Enfrentamento ao tráfico de Pessoas. Esses instrumentos configuram uma soma de ações desencadeadas pelo Estado brasileiro, especialmente na área federal, com o fim de criar princípios, diretrizes e ações de prevenção e repressão ao tráfico de pessoas e de atendimento às vítimas, conforme as normas e instrumentos nacionais e internacionais de direitos humanos e a legislação brasileira (FARIA, 2020).

Além do mais, o tráfico de pessoas é um crime complexo, praticado por organizações criminosas e que por muitas vezes,

ultrapassa fronteiras, sendo indispensável a cooperação internacional entre Estados soberanos. Sobre essa conjuntura, Marcela Caroline Vaz Gironi (2019, p.13) descreve que:

Diante da imensidão do problema, ressalta-se a necessidade de aplicação de medidas intersetoriais, integradas às mais diversas áreas de atuação, bem como a cooperação entre órgãos nacionais e estrangeiros, integração de políticas e formação de equipes de investigação, possibilitando o estabelecimento de acordos e alianças internacionais para garantir desenvolvimento e proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, faz-se necessário preparo técnico e emocional para lidar com delitos dessa gravidade. O crime organizado diversificou-se, tornou-se global e atingiu proporções macroeconômicas: os bens ilícitos podem ser originários de um continente, traficados em outro e comercializados num terceiro. O crime organizado transnacional pode permear agências e instituições governamentais, alimentando a corrupção, infiltrando negócios e políticas e dificultando o desenvolvimento econômico e social.

Por derradeiro, as consequências da ação criminosa não se restringem apenas as vítimas, pelo contrário, causam efeito de expansão, diversificando a ação do crime organizado; eventual corrupção no setor público, desestabilização econômica, desestabilização demográfica e dos mercados de trabalhos ilegais. Para tanto, o crime também pode ser praticado por pequenos grupos associados que atuam recrutando, transportando e administrando bordéis. Quanto a realização de ameaças a agressões às vítimas, esses são auxiliados por milícias (COSTAS, 2019).

Os aliciadores iniciam a ação criminosa, primeiramente identificando as vítimas compatíveis com o perfil estabelecido. Ao passo que não há um perfil certo e único para os criminosos, eles variam entre homens e mulheres, de várias idades, e na maioria dos casos são pessoas com um nível elevado de educação, que possuem boas instruções, e que tenham fácil poder de manipulação (FARIA, 2020).

Usualmente, os aliciadores do sexo masculino, usam a internet para engatar um falso relacionamento amoroso com a vítima, mulheres viajam para longe de casa com a proposta de um vínculo

amoroso perfeito. Em contrapartida, aliciadoras do sexo feminino manipulam facilmente outras mulheres, isso porque tendem a conquistar mais facilmente a confiança da vítima por serem pares.

O mundo é em maioria capitalista, como consequência desse sistema econômico, os países economicamente vulneráveis são os mais suscetíveis ao tráfico humano. São territórios soberanos marcados por desigualdades econômicas, sociais, instabilidade política, desprovido de oportunidade de emprego, sem acesso à educação. Diante dessa conjuntura, mulheres vulneráveis não possuem perspectiva de melhora, aumentando as chances de serem ludibriadas e manipuladas facilmente (SILVA, 2022)

As vítimas são mulheres jovens, sem grau de escolaridade, de baixa renda, sem estrutura familiar e solteiras. Isso porque, são facilmente enganadas e manipuladas pela ideia de que a mudança de país irá proporcionar novas oportunidades e uma melhora de vida. A inexistência de vínculo amoroso propicia carência e uma expectativa de encontrar um “príncipe encantado estrangeiro” (RODRIGUES, 2013).

Além do aliciados, já explanado no parágrafo acima, Renata Ferreira Felix (2019. p.34)

explana o funcionamento e a função de variados integrantes do grupo do tráfico:

Ainda existem cinco funções do grupo de tráfico. Os Guias, recebem as vítimas de um ponto a outro, alguns até o destino, tal como prostíbulos. Ainda existem os Colaboradores, são os responsáveis pelas ameaças, pela violência, muitas vezes participantes de milícias ou grupos de marginais. Pode-se apontar o Pessoal de Apoio, que são contratados para pequenas tarefas e não fazem parte da organização criminosa. Por fim restam os Lavadores de dinheiro, que apagam os rastros das fortunas arrecadadas, reinvestindo em outras atividades legais ou não. Por último, os seguranças, capangas, que se furtam de força bruta e armas para manter em ordem os planos do esquema.

Frente a esse cenário, é imprescindível que haja uma conscientização popular, as pessoas comuns devem entender a posição de vítimas de mulheres estrangeiras que forçadamente

prestam trabalhos em casas de prostituição. Criando um ambiente propício para denúncias desprovidas de preconceitos. A prática de ações de conscientização pública, como por exemplo, campanhas educativas, distribuição de material informativo junto a passaportes, cartazes em aeroportos, nas superintendências da Polícia Federal, em escolas e locais de grande circulação são decisivas para a conscientização geral (RODRIGUES, 2013).

Há entendimentos que defendem a escolha do legislador internacional. Um dos argumentos residem nas consequências produzidas na persecução penal, que se concentraria na discussão do comportamento permissivo da vítima, a revitimizando e gerando impunidade ao sujeito ativo. Em sentido diverso, há corrente contrária sustentando a exclusão do crime quando houver um consentimento (RODRIGUES, 2013).

Para finalizar, outro aspecto que produz intenso debate doutrinário é o consentimento da vítima do tráfico para fins de exploração sexual. Por vezes, as vítimas recebem propostas de migrarem para outros países ou regiões na esperança de melhora na qualidade de acordo com o artigo 3, alínea “b” do Protocolo de Palermo, é irrelevante o consentimento da pessoa maior e capaz quando eivado de qualquer vício, como ameaça, violência, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade. Estamos diante de conceitos elásticos frente a um caso concreto, logo, é possível manipulação e impunidades.

## **A (IN)EFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO NACIONAL**

Em 2016 com o advento da Lei no 13.344/2016 houve uma alteração significativa do tratamento penal a exploração humano no Brasil. Houve o aumento do rol de condutas consideradas tráfico de pessoas e a especificação de suas finalidades. O artigo 149-A pode ser classificado doutrinariamente como de misto alternativo ou ação múltipla, significa dizer que a prática cumulativa dos verbos típicos implica na configuração de um crime único (CHAVES, 2020).

Quanto a extensão do significado dos verbos típicos previstos no art. 149-A do Código Penal, segue explicação de Cezar Roberto Bitencourt (2023. p.306) :

a) Agenciar significa intermediar, servir de elo para conquistar adeptos ao objetivo proposto, negociar com interessados etc.; b) aliciar, por outro lado, significa atrair a simpatia, envolver, seduzir, buscar a adesão de pessoas, fazê-las interessar-se pelo tráfico de pessoas e, sub-repticiamente, conquistar-lhes para se engajarem no projeto delituoso; c) recrutar tem o significado de selecionar pessoas, reuni-las, agrupá-las, convocar interessados, enfim, para submeter-se à prática desses crimes; d) transportar significa conduzir, levar, deslocar de um local para outro possíveis vítimas; e) transferir significa remover, deslocar, mudar de um lugar para outro (nesse sentido, não passa de sinônimo de transportar), ou mesmo alterar a titularidade, a posse ou a propriedade de algo; f) comprar, por sua vez, significa adquirir mediante pagamento, subornar ou corromper alguém com dinheiro ou com favores para obter sua posse; g) alojar tem o sentido de hospedar, abrigar, dar abrigo, acolher, instalar em determinado lugar vítimas dessa infração penal, e, finalmente, h) acolher pessoas tem o sentido de aconchegar, recepcioná-las como vítimas do tráfico aqui criminalizado, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com finalidades descritas nos incisos do caput do presente artigo.

Em momento anterior a Lei no 13.344/2016 o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual estava disciplinado nos artigos 231 e 231-A do Código Penal, incluído no Título VI – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, inserido no Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para Fim de Prostituição ou outra forma de exploração sexual. Posteriormente, com o advento da citada *novatio legis*, o delito integra o Título I – Dos Crimes Contra a Liberdade Individual. Por derradeiro, a mudança topográfica ocasionou cerne mudança no bem jurídico tutelado, antes era tutelada a dignidade sexual de modo geral, hoje, tutela-se a liberdade individual. Nesse sentido, Marlon Ricardo Lima Chaves, explica que: A localização topográfica do delito indica a intenção do legislador de aumentar a abrangência das

condutas tipificadas e, assim, facilitar a persecução criminal das organizações criminosas especializadas e dos indivíduos empenhados em traficar pessoas (2020,p. 76).

O artigo 149-A carece de elementos previstos no Protocolo de Palermo. Isso porque, o tipo penal prevê cinco formas de intervenção no consentimento da vítima, são elas: a grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. De maneira diversa, o Protocolo de Palermo acrescenta a situação de vulnerabilidade como um possível vício no consentimento. Nos termos do art. 9, 4 do citado Protocolo, a vulnerabilidade pode advir da pobreza, do subdesenvolvimento e da desigualdade de oportunidades (CHAVES,2020).

Nesse trilhar, interpretando o protocolo, uma pessoa vulnerável não possui plena capacidade na tomada de decisões, quando estão diante de propostas tentadoras, inocentemente acreditam nas promessas e na possível mudança de vida repentina. Logo, o seu consentimento é inválido. Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a situação de vulnerabilidade como um vício no consentimento da vítima, apta a tipificar o crime de tráfico de pessoas. Presando pelo princípio da legalidade, é criminosa a conduta executada mediante violência física, grave ameaça, coação, fraude ou abuso (CHAVES, 2020).

Seguindo esse raciocínio, ao realizar uma interpretação estrita do art. 149-A do Código Penal, quando o aliciador se aproveitar de uma conjuntura de vulnerabilidade das vítimas, não haveria tipicidade ao crime de tráfico de pessoas. Porém, situação diversa é a realização consciente de promessas mentirosas a fim de ludibriar as vítimas, sendo uma conduta apta a configurar fraude, havendo tipificação com a norma penal incriminadora (CHAVES,2020).

Diante do tipo penal, há vozes críticas no direito brasileiro, entre elas de Cezar Roberto Bitencourt, considerando a previsão normativa restrita em comparação com os artigos 149, 231 e 231-A do Código Penal, a classificando como uma norma de criminalização imprópria e assistemática. O novo tipo penal ignorou causas

especiais de aumento de metade da pena antes tipificadas nos artigos 231 e 231-A, são elas: contra vítima menos de 18 anos; vítima que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato e quando for empregado violência, grave ameaça ou fraude (BITENCOURT, 2023).

Curiosamente, apesar de aparentemente a *navatio legis* prever a pena-base um ano acima da antiga lei, omitiu majorantes especiais antes contidas no art. 234-A, incisos III e IV. Elas aumentavam a pena das infrações disciplinadas no VI Título da Parte Especial do Código Penal, antes previsto o tráfico de pessoas. Diante dessa decisão legislativa, Cezar Roberto Bitencourt (2023, p. 303) faz uma análise crítica a atuação legislativa:

O legislador brasileiro, como sempre faz, mais uma vez, legisla sempre em cima de casos concretos, de episódios eventuais, casuisticamente, transformando o Código Penal em verdadeira colcha de retalhos; basta acontecer um fato de repercussão social ou, simplesmente, que tenha repercussão midiática e, imediatamente, já se tem um projeto de lei “no forno”, pronto para ser transformado em lei que, independentemente da qualidade, conveniência e oportunidade, prolifera no parlamento brasileiro. É mais fácil, mais barato e mais cômodo para o Poder Público usar simbolicamente o Direito Penal como panaceia de todos os males, editando novas leis penais e aumentando as respectivas sanções do que adotar políticas públicas ou tentar criar empregos, mais escolas, ampliar e qualificar a educação, melhorar o atendimento à saúde, enfim, trabalhar com uma perspectiva a médio/longo prazo, apostando na melhora da qualidade e das condições de vida para todos.

A Lei no 13.344/16 refletiu modificações no momento consumativo do tráfico de pessoas para exploração sexual, de forma a influenciar a competência territorial e o marco inicial da prescrição. Ao presar pelo princípio da ofensividade, partimos da necessidade de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido para fins de consumação do crime (CHAVES, 2020).

Em momento anterior a nova lei, como já mencionado, o tráfico de pessoas estava topograficamente posicionado nos Crimes Contra a Dignidade Sexual, à vista disso, o antigo crime do art. 231 do

Código Penal (Tráfico Internacional de Pessoa para fim de exploração sexual) era material, ou seja, consumado com a efetiva prática da prostituição ou da exploração sexual para uma corrente doutrinária. Todavia, para outros, o crime era formal, o momento consumativo era a entrada ou saída do país (CHAVES, 2020).

A mudança legislativa, tipificou o tráfico de pessoas como um crime que ofensa a liberdade individual e ampliou o rol de verbos típicos, são eles: agenciar, aliciar, recrutar, transportar, comprar, alojar, ou acolher pessoa. Além disso, restou encerrada a divergência doutrinária, o delito passou a ser formal e de consumação antecipada, aperfeiçoando-se com a realização de uma das condutas acima mencionadas. Insta ressaltar, que na norma anterior o crime somente se consumava com a efetiva exploração sexual (CHAVES,2020).

Nesse sentido, Marlon Ricardo Lima Chaves (2020. p.85) traz uma situação hipotética a fim de demonstrar o impacto da mudança legislativa no plano concreto:

Um traficante, com promessas de que no exterior aquela vítima terá muitas oportunidades de trabalho tendo em vista sua beleza física, consegue convencê-la a viajar. A intenção do traficante, desde o início, é explorar a vítima sexualmente e a promessa nada mais é que uma cilada para alcançar seu objetivo. As passagens são compradas e a vítima embarca. Após o desembarque, o passaporte é apreendido e a pessoa é encaminhada para um prostíbulo onde seria explorada sexualmente. Antes das alterações trazidas pela Lei 13.344/16, sendo um crime material com o objetivo de proteger o bem jurídico Dignidade Sexual, até o momento descrito acima, não era possível o enquadramento das condutas ao tipo penal previsto, a época, no art. 231 do Código Penal. Sem a efetiva exploração sexual, não se tinha a prática delitiva. Atualmente, na redação do art. 149-A do Código Penal, a consumação do delito deu-se quando o traficante aliciou a vítima. Não é necessário o embarque, a chegada ou mesmo a exploração sexual para que estejam presentes todos os elementos do tipo penal, logo, consumado o delito. Naquele momento o traficante já poderia ser preso em flagrante e responderia pelas penas de até oito anos do tipo penal. Portanto, a alteração topográfica e textual alargou as possibilidades punitivas do ato de se traficar seres humanos.

O atual tipo penal prevê em seu artigo 149-A, §1o do Código Penal quatro causas de aumento de um terço até a metade da pena aplicada expressando maior reprovabilidade quando o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; cometido contra criança, adolescente, pessoa idosa, com deficiência ou quando o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo, função ou a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. Em contrapartida, o artigo 149-A, §2o prevê uma causa de diminuição de pena no quantum de um a dois terços se o agente for primário e integrar organização criminosa.

Frente a proposta de realizar uma análise quanto a (in)eficácia do atual tipo penal que criminaliza o tráfico de pessoas, adotaremos a definição de eficácia social proposta por George Salomão Leite (2020, p. 23):

A eficácia jurídica consiste na aptidão da norma de produzir efeitos jurídicos quando invocada sua aplicação perante a autoridade competente. Por sua vez, a eficácia social diz respeito à espontaneidade dos indivíduos em agir conforme o disposto na norma. Assim, é possível afirmar que toda norma jurídica é juridicamente eficaz, embora possa não ser socialmente eficaz.

Diante desse conceito, à primeira vista, consideramos analisar sua eficácia social com fundamento em estatísticas e condenações transitadas em julgado. Todavia, esse olhar representa traços punitivas e irrealis acerca da prática criminosa, devemos analisar o crime a fim de entender suas nuances considerando a existência das cifras ocultas.

A cifra oculta pode ser definida como a lacuna existente entre a totalidade de eventos criminalizados ocorridos em determinado tempo e local (criminalidade real) e as condutas que efetivamente são tratadas como delito pelos aparelhos de persecução penal (criminalidade registrada) (CARVALHO, 2022). Os fatores que dão origem as cifras ocultas podem ser diversos, entre eles: a falta de

autorreconhecimento da condição de vítima, vergonha, temor ou até mesmo a morte ou desaparecimento antes que os órgãos da persecução penal ou a família da vítima obtivesse conhecimento do delito. De maneira brilhante, Augusto Thompson (1983) apud Salo de Carvalho (2022 p. 178):

... sustenta que seus efeitos são significativos no processo de deslegitimação da intervenção penal em face de (a) as cifras ocultas representarem substancialmente o crime, enquanto as estatísticas oficiais são apenas sua sombra; (b) ser extremamente difícil descobrir o caminho e a composição da criminalidade; (c) ser o conhecimento sobre o crime e o criminoso distorcido e restrito; (d) serem as atitudes da sociedade em relação ao delito e à pena irrealis; e (e) a sanção não produzir qualquer efeito intimidativo ou corretivo.

No momento em que o tráfico de pessoas for analisado a partir da sociologia criminal perceberemos que a imunidade é a regra, isso porque o tráfico de pessoas costuma ser praticado por grandes organizações criminosas, bem estruturadas e com atuação internacional, possuindo redes de apoio jurídico, social e lastreado pela corrupção.

O tráfico de pessoas é um crime complexo e clandestino que envolve a exploração de seres humanos para fins de trabalho forçado, exploração sexual, remoção de órgãos e outras formas de exploração. Como resultado de sua natureza ilegal, é difícil obter estatísticas precisas sobre o número de vítimas e a extensão do problema. As cifras ocultas também dificultam a identificação das vítimas e a responsabilização dos traficantes. Muitas vítimas não denunciam seus exploradores devido ao medo de retaliação ou à falta de confiança nas autoridades. Além disso, o tráfico de pessoas muitas vezes ocorre em indústrias informais, como a agricultura, a pesca, a construção civil e o trabalho doméstico, onde os trabalhadores são vulneráveis economicamente e sofrem constante abuso.

Em 2021, a Organização das Nações Unidas publicou novo relatório sobre o impacto da COVID-19 no tráfico de pessoas. Restou apontado que a interrupção dos serviços essenciais prejudicou

demasiadamente a proteção prestada as vítimas resgatadas. A grave crise econômica e social causada pela pandemia ocasionou piora na vulnerabilidade que antes já era gritante. Durante o período de fechamento das fronteiras, vítimas resgatadas foram obrigadas a permanecer em abrigos, impedidas de retornarem ao seu lar. Além disso, casas de shows, bares, restaurantes, entre outros locais recreativos foram fechados provisoriamente durante a pandemia, o que proporcionou uma adaptação dos aliciadores, migrando para propriedades privadas e para a exploração no ambiente virtual. Por óbvio, dificultando a investigação e identificação dos criminosos<sup>4</sup>.

Buscando melhor tutelar o bem jurídico e reprimir mais severamente a prática criminosa, o poder legislativo deu origem a Lei 13.344/16. A *novatio legis* alterou topograficamente a disciplina do tráfico de pessoas no Código Penal, sofrendo alteração do bem jurídico tutelado, passando a proteger a liberdade individual. Causando implicações no momento consumativo, na prescrição, e na competência territorial do delito. O artigo 149-A do Código Penal deixou de disciplinar causas de aumento de pena antes previstas nos antigos artigos 231 e 231-A, do Código Penal. Essa decisão política do legislador contraria seu objetivo punitivista inicialmente proposto, isto é, o de punir ainda mais rigorosamente o desviante. Sendo assim, é possível verificar a inobservância do propósito inicial da Lei 13.344/2016.

No que cerne a norma jurídica, realizamos alguns apontamentos quanto a tutela jurídica penal anterior e a atual redação do art. 149-A do Código Penal alterada pela Lei no 13.344/16.

---

<sup>4</sup> Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/135836-novo-relat%C3%B3rio-da-onu-revela-impacto-da-covid-19-no-tr%C3%A1fico-de-pessoas> Acesso em: 17 de maio de 2023.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mulheres são particularmente vulneráveis ao tráfico de pessoas devido a uma série de fatores sociais, econômicos e de gênero. Essas vulnerabilidades aumentam as chances de serem recrutadas, transportadas e exploradas sexualmente pelos aliciadores. Através da produção científica verificamos como fatores de vulnerabilidade: a desigualdade de gênero, escassez econômica, a depreciação social do sexo feminino, ausência de escolaridade e de acesso ao conhecimento. Inevitavelmente a reunião desses fatores resultam em certa ingenuidade e inocência diante de propostas “imperdíveis” envolvendo possibilidade de trabalho, relacionamentos amorosos ou amizades.

Observou-se que a aliciação no tráfico de mulheres é um processo complexo que envolve táticas manipuladoras por parte dos traficantes. Eles utilizam estratégias para atrair e enganar as mulheres, criando uma falsa relação de confiança, levando-as a acreditarem nos criminosos e serem traficadas para exploração sexual.

O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual é um problema complexo e multifacetado que requer uma abordagem abrangente e coordenada, baseada em recíproca cooperação por parte de governos, organizações internacionais, sociedade civil e comunidade em geral.

Todavia, foi possível verificar certa omissão quanto ao disposto no Protocolo de Palermo. Isso porque, a citada lei que modificou o Código Penal não inseriu no tipo penal a vulnerabilidade como elemento impeditivo do consentimento da vítima. Ainda, é possível verificar que o senso de justiça baseado na mera criminalização ou aumento da pena do tráfico de mulheres para exploração sexual não pode ser o parâmetro impulsionador das alterações legislativas de um país. O Estado deve direcionar suas ações e políticas públicas aos fatores que originam o cenário de vulnerabilidade. Por

consequência, haverá a prevenção situacional, reduzindo as oportunidades para a prática do crime.

Nesse sentido, os esforços devem estar voltados a uma abordagem multidimensional ao fortalecimento das leis e políticas nacionais e internacionais que previnam a prática criminosa, proporcionando qualidade de vida, educação, alimentação, e oportunidade de emprego as mulheres. Na hipótese de ocorrer o tráfico de mulheres, é preciso ações governamentais que garantem a proteção e amparo as vítimas, seja de forma física e psicológica, a fim de se livrarem das profundas sequelas perpetradas pelo tráfico humano.

As mulheres têm mais chances de viver em situações de pobreza devido à falta de acesso a empregos bem remunerados, oportunidades de empreendedorismo e recursos financeiros. A pobreza torna as mulheres mais propensas a aceitar ofertas enganosas de trabalho ou exploração sexual, principalmente em contextos em que a sobrevivência é um desafio.

Socialmente, verificamos a iminente necessidade de aumento da conscientização pública sobre o problema do tráfico de pessoas e seus efeitos devastadores sobre as vítimas, a fim de possíveis notificações as autoridades competentes, bem como, a criação uma rede de apoio às vítimas. Visto que os traumas perpassam pele e corpo, atingem profundamente a essência das vítimas, gerando crises de ansiedade, baixa autoestima, insônia, mágoas, temor constante de que sua família ou elas próprias sofram algum mal daqueles que as traficaram.

Neste sentido, entende-se que a exploração sexual de mulheres é essencialmente ligada à sua intimidade, sendo causa de vergonha e timidez entre as vítimas. Esse sentimento pode ser causado pela falta de credibilidade social, uma vez que são mulheres pobres e vulneráveis. A revitimização em depoimentos policiais refere-se a uma situação em que uma vítima de crime, ao relatar sua experiência às autoridades policiais, é submetida a questionamentos, tratamento insensível ou práticas que a traumatiza. Em vez de receber o apoio e a empatia necessários, ela

enfrenta uma reexperiência traumática do crime durante o procedimento de depoimento.

Por muitas vezes, verbalizar o ocorrido é viver o trauma novamente e tomar consciência do que viveu, bem como o temor de um mal torna dificultoso o registro do tráfico de mulheres para a exploração sexual em órgãos da persecução penal.

As cifras ocultas do delito se referem às estimativas que indicam que o número real de casos de tráfico de mulheres é muito maior do que o relatado oficialmente. Essas cifras ocultas refletem a natureza clandestina tráfico de mulheres, bem como os desafios enfrentados na identificação e registro desses casos.

Por fim, foi possível investigar a conjuntura social que propicia a ação criminoso, bem como, a necessidade de políticas públicas a fim de coibir fatores que tornam as mulheres vulneráveis.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**: parte especial. Crimes contra a pessoa (arts. 121 a 154-B). v.2.: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627031. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627031/>. Acesso em: 01 jun. 2023.
- BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o CÓDIGO PENAL. Lei: coletânea de legislação: edição federal, [S. l.], 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 abr. 2023.
- BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Lei: coletânea de legislação: edição federal, [S. l.], 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 abr. 2023.
- BRASIL. Lei no 13.344, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 7 out. 2016. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

gov.br/ccivil\_03/\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm#art13. Acesso em: 30 maio 2023.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596687. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596687/>. Acesso em: 02 jun. 2023.

CHAVES, Marlon R. L. A mudança topográfica do crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual: impactos em relação à consumação do crime e adequação às normas internacionais de direitos humanos. 2020. 100 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2020.

COSTA, Renata Ferreira Felix. Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. 2019. Faculdade Vale do Cricaré. Disponível em: <https://repositorio.ivc.br/handle/123456789/150>. Acesso em: 02 nov 2022

\_\_\_\_\_. CRIANÇAS, ADOLESCENTES E MULHERES SÃO 75% DAS VÍTIMAS DO TRÁFICO DE PESSOAS, APONTAM DADOS DO DISQUE 100. GOV.BR, 2021. Disponível em: Crianças, adolescentes e mulheres são 75% das vítimas do tráfico de pessoas, apontam dados do Disque 100 – Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania ([www.gov.br](http://www.gov.br)). Acesso em: 2 de maio de 2023.

GIRONI, Marcela Caroline Vaz. Tráfico internacional de pessoas e o regime internacional de combate. 2019. Tese de Doutorado. Disponível em [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/38773/1/ulfd138902\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/38773/1/ulfd138902_tese.pdf). Acesso em: 02 de junho de 2023)

FARIA, Larissa Rocha. Tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual: à luz da legislação penal brasileira. Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, 2020. Disponível em: <https://dspace.uniceplac.edu.br/handle/123456789/965>. Acesso em: 02 nov. 2022.

FLAUZINA, Ana Luíza. Manual de Capacitação sobre enfrentamento ao tráfico de pessoas. 2010. Projeto BRA/05/05M/USA. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assun>

tos/sua-proteção/tráfico-de-pessoas/publicacoes/guias-e-manuais/manualcapacitacao-1.pdf Acesso em: 02 nov. 2022.

FERREIRA, Lorena Rodrigues. Tráfico Internacional de Mulheres para fins de exploração sexual. 2019. Faculdade de ciências jurídicas e sociais – FAJS – do Centro Universitário. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13400/1/21501549.pdf>. Acesso em: 21 março de 2023

JUNIOR, Luiz C. G. BARROS, Vitória B. Tráfico de pessoas à luz da vulnerabilidade das vítimas e do protocolo de palermo. Revista Direito Consciência, v. 01, n. 01, julho, 2022.192 p. Disponível em:<https://revistas.unifoa.edu.br/direitoeconsciencia/article/view/4112/2934> Acesso em: 10 set. 2022

LEITE, George Salomão. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. 2020. Edição do Senado Federal. Disponível em: [https://www2.sena.do.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/570639/Eficacia\\_aplicabilidade\\_normas\\_constitucionais.pdf](https://www2.sena.do.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/570639/Eficacia_aplicabilidade_normas_constitucionais.pdf) Acesso em: 28 de maio de 2023.

MARLON, Ricardo Lima. A mudança topográfica do crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual: impactos em relação à consumação do crime e adequação às normas internacionais de direitos humanos. Dissertação de Mestrado. UFMS. 2020

MONTANIA BARBOSA, J. A.; MACHADO DE SOUZA, F. Tráfico de pessoas sob a ótica do protocolo de palermo e a proteção do indivíduo na fronteira. revista jurídica direito, sociedade e justiça, [S. l.], v. 8, n. 11, 2021. Disponível em <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3243>. Acesso em: 11 set.2022.

MORAES, Rodrigo F d. SOUZA, André d. M. TEIXEIRA, F. d. B. SOUZA, M. A. d. Uma Solução em busca de um problema: repensando o enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil. 2022. 122 p. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11264> Acesso em: 9 set. 2022.

MOREIRA, Angelina Colaci Tavares. Cooperação internacional para enfrentar o tráfico de pessoas. globalização e globalismos, p. 499. 2020. Pembroke Collins. Disponível em: <https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/11/globalizacao-e-globalismos.pdf>

\_\_\_\_\_. NOVO RELATÓRIO DA ONU REVELA IMPACTO DA COVID-19 NO TRÁFICO DE PESSOAS. Nações Unidas (Brasil). 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/135836-novo-relat%C3%B3rio-da-onu-revela-impacto-da-covid-9-no-tr%C3%A1fico-de-pessoas>. Acesso em: 17 de maio de 2023

NUNES, Ana K. V. Tráfico de pessoas: perspectiva comparada no ordenamento jurídico brasileiro e nos tratados internacionais. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA, 2020. 24 p. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/2672/1/ANA%20KARLA%20VIEIRA%20NUNES.pdf> Acesso em: 10 set. 2022



# A INSUFICIÊNCIA INVESTIGATIVA CRIMINAL FRENTE AO CRIME ORGANIZADO

Gustavo Corsaletti Gregório  
Jodascil Gonçalves Lopes  
João Paulo Calves  
Jeferson Borges dos Santos Júnior

## INTRODUÇÃO

Conforme preconiza a Constituição Federal de 1988 – CF/88, em seu art. 144, “a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. A CF/88 dispõe sobre a estrutura da segurança pública através dos seguintes órgãos: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Bombeiros Militares, Policiais Penais Federal, Estadual e Distrital.

O diploma legal prevê o âmbito de atuação de cada órgão, estabelecendo que a Polícia Federal deve exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, cabendo às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a incumbência de apuração de infrações penais, exceto as militares.

Partindo de tais segregações, o tema que afeta a investigação criminal em suas formas multivariadas, abrangendo todo território nacional, busca dirimir situações em que a união e seus entes federativos, por intermédio de suas instituições se inter-relacionem. Essa integração visa melhorias e quiçá implementação de meios e maneiras a evitar crimes, sufocando as organizações criminosas instaladas em todo o país.

No direito criminal, entretanto, muito além da investigação, tem se a necessidade dessa atividade ser determinada e disciplinada

por lei, visando a satisfação do interesse público. As Polícias Civis estaduais atuam no combate de diversos tipos de crimes como estelionato, furto, roubo, tráfico de drogas todos relacionados as organizações criminosas.

As organizações criminosas praticam crimes de forma sistêmica em todo território nacional, tendo como sua principal fonte de renda o tráfico de drogas, e a partir deste, inúmeros crimes conexos ocorrem, como roubo de cargas, contrabando de mercadorias, tráfico de armas e munições, falsificação, sonegação fiscal, terrorismo, desvios e lavagem de dinheiro, corrupção na administração pública, sequestro, pistolagem, tráfico de seres humanos, prostituição, furtos de pequena e grande monta entre outros .

Em plena era da informação, a prática de crimes virtuais utilizando dispositivos eletrônicos é comum. Por outro lado, os órgãos fiscalizadores apresentam-se defasados e burocráticos no combate de alguns crimes. Simultaneamente, é comum aparelhos celulares com mais de um chip, e pessoas com dois ou mais chips, ora pela redução de custos ou uso de dados, ora para cometimento de crimes.

Na política das operadoras de telefonia, para vender indiscriminadamente, basta um comprovante de endereço e um documento com foto, tornando fácil o acesso para aqueles fins lícitos, ao mesmo tempo para aqueles que querem cometer crimes através de linhas telefônicas, redes sociais etc.

Ilustrando a Inter territorialidade criminal, e tomando como exemplo o crime de estelionato, art. 171 do CP, a vítima faz uma transferência bancária de um Estado, o autor que aplicou o golpe é de outro Estado, e a conta bancária onde o dinheiro foi sacado pertence à um terceiro Estado. As chances de uma rápida ação da polícia investigativa são remotas, pois além do limite de atuação jurisdicional, da abertura do inquérito até a apuração dos fatos, a expedição de carta precatória e comprovação da autoria, são procedimentos extremamente burocráticos, e dificilmente solucionados, restando a sensação de insegurança a população.

Em que se pese, até o presente momento não se decidiu o futuro das carreiras da Polícia Civil, comprovando-se a extrema morosidade na tentativa de solucionar Políticas Públicas de Segurança. É importante frisar que a investigação criminal é o ponto de partida da persecução penal, sendo fundamental para a instrução do Inquérito policial e o alicerce para apuração de um fato determinado supostamente criminoso, imperiosamente visando a satisfação do interesse público.

Como o foco da pesquisa é desenvolver um raciocínio relacionado a atividade policial e sua insuficiência investigativa frente ao crime organizado em práticas delituosas mesclado em unidades federativas, tem-se duas instituições habilitadas legalmente para o exercício, porém somente a Polícia Civil será palco desta narrativa. Acredita-se que a Polícia Federal é auto suficiente em suas atividades e por assim dizer a Polícia Civil encontra-se limitada, tanto em sua autonomia, jurisdição e competência para resoluções em esferas interestaduais.

Diante dessa perspectiva, é inevitável a extensão da pesquisa ao crime organizado, contudo limitar-se-á aos fatos e fenômenos ligados ao objeto de estudo da insuficiência investigativa. Supõem-se que a escalada de crimes de forma sistematizada, deve-se aos baixos investimentos do poder público em todas as áreas, somados ao sistema retrógrado de combate ao crime organizado. Como se vê é preciso que o Estado se desvincule dos antigos conceitos de crime e criminoso, passando a adotar uma postura mais agressiva e ágil para frear essa nova ordem criminosa, isso antes que ela corra de forma irreversível as bases do Estado.

Em suma, a proposta deste trabalho não é tornar a Polícia Civil dos Estados aos moldes da Polícia Federal, e sim otimizar os trabalhos em conjunto para que se tenha maior eficiência no combate às Organizações Criminosas. Porém para que isso ocorra é necessário subsídios do Governo Federal e mudanças constitucionais para atuação das Polícias Cíveis, que é o caso da propositura de Projeto de Lei para a criação da Lei Geral da Polícia

Civil, dispendo sobre princípios e normas gerais de organização e estrutura da Polícia Civil dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

O problema investigado circunda em quais são os motivos que tornam inefetiva a atividade investigativa praticada pelos órgãos públicos em todo território nacional ou em múltiplas regiões.

Justifica-se a presente pesquisa em razão da importância Da investigação criminal como ponto de partida da persecução penal, sendo fundamental para a instrução do inquérito policial, que é o alicerce para apuração de um fato determinado supostamente criminoso. apesar de não ter dispositivo legal que a defina, pode-se extrair da constituição federal e código de processo penal alusões da atividade de investigação criminal.

O trabalho teve como objetivos demonstrar a necessidade de uma interligação das Polícias civis de todos os entes da federação, diante da ineficiência investigativa causada pela investigação regionalizada em cada estado, investigar meios e maneiras na área da Segurança Pública para integralização das Polícias Estaduais Judiciárias através de um sistema único de registro de ocorrência; propor ações para coleta de dados em um banco de dados único, capaz de produzir informações institucionais ágeis para a “nacionalização” das policias civis.

Sugerir ações para a mobilização entre as polícias civis de maneira a solucionar crimes com eficiência, eficácia e efetividade em menor tempo possível.

Para a realização do estudo, a metodologia aplicada foi a bibliográfica, documental, doutrinária e jurisprudencial brasileira com foco no tema em debate com pesquisa descritiva e exploratória. Quanto ao raciocínio o método foi dedutivo, com abordagem qualitativa. Utilizou-se pesquisa em livros, cartilhas, artigos e trabalhos de conclusão de curso nas fontes Google Acadêmico, revistas científicas online e a legislação brasileira atualizada.

No primeiro tópico foi abordado a Lei de organização criminosa no Brasil O segundo tópico Investigação criminal e a investigação

policial internacional. O terceiro trata da integração das policiais de investigação nos Estados federados com um sistema único.

No quarto tópico compartilhamento, controle de dados estatísticos e preservação do conhecimento, e no quinto as razões da (in)eficiência diante das condições de trabalho oferecidas pelo Estado, reconhecimento e meritocracia.

## **LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO BRASIL**

As leis brasileiras possuem um histórico controverso sobre o conceito de organização criminosa. A primeira lei brasileira relacionada ao combate às organizações criminosas foi publicada em 1995, sem, no entanto, trazer o conceito de organização criminosa. Por um período, quase duas décadas, tentou se socorrer ao que preceitua a Convenção de Palermo, o que, entretanto, não era recomendável.

Segundo Cleber Masson e Vinícius Marçal (2021, p.21):

O primeiro texto normativo a tratar do tema no Brasil foi a Lei 9.034/1995 (alterada pela Lei 10.217/2001), que dispôs sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, sem, no entanto, defini-las e tipificá-las.

A lei 9.034/95 trouxe os métodos operacionais para que fosse possível prevenir e reprimir as organizações criminosas, mas não trouxe o seu conceito. A falta da definição expressa de organização criminosa gerava impactos negativos para a Justiça. Não era possível tipificar a conduta de pertencer a uma organização criminosa, o que gerava dificuldade no combate a este tipo de crime. Conforme o julgamento do Habeas Corpus nº 96.007/SP, do voto da Ministra Carmen se extrai:

Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Vale frisar que, no rol exaustivo do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, não consta sequer menção ao de quadrilha, muito menos ao de

estelionato, cuja base é a fraude. [...]Habeas Corpus nº 96.007/SP Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente foi editada a Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012, que estabeleceu normas especiais para o processo e julgamento de crimes praticados, por organizações criminosas, a definição de organização criminosa dessa lei é aplicável apenas para os fins de instauração de juízo colegiado e para o julgamento envolvendo tal situação.

Porém, é de entendimento da maior parte da doutrina de que o conceito que prevalece é o da Lei 12.850/13, posteriormente editada, de modo que ela revogou tacitamente a lei anterior de maneira parcial.

Desta forma, entende Luiz Flávio Gomes (2013, p.238):

O conceito de organização criminosa dado pela Lei 12.694/12 continua válido? Não. Num primeiro momento cheguei a imaginar o contrário (que os dois conceitos continuariam vigentes, tal como pensa Rômulo Moreira). Refletindo um pouco mais, estou concluindo que houve revogação do primeiro pelo segundo.

A lei 12.850/13 disciplina o conceito de organização criminosa:

[...]Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Sobre a composição da organização criminosa entendido por Cunha; Pinto (2020, p.18):

[...] estabelecendo o tipo incriminador a presença de, no mínimo, quatro associados, computando-se eventuais inimputáveis ou pessoas não identificadas, bastando prova no sentido de que tomaram parte da divisão de tarefas estruturada dentro da organização.

A definição trazida por esta lei possui vários elementos para sua constituição, são eles:

associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenadas, com divisão de tarefas, objetivando a obtenção de alguma vantagem, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos, ou mediante a prática de infrações penais de caráter transnacional. (NUCCI, 2022, p.22).

A principal característica que diferencia uma organização criminosa para uma mera associação criminosa é a estrutura ordenada e a divisão de tarefa. (CUNHA, 2015). Quanto a vantagem, essa pode ser de qualquer espécie (GRECO; FREITAS, 2020, p.48).

De acordo com Guilherme Nucci (2020, p.16), não é possível somar as penas das infrações penais práticas pela organização criminosa de modo que se chegue ao patamar mínimo exigido. O caráter de transnacionalidade é entendido, segundo a parte majoritária da doutrina, em ambos os sentidos, isto é, se a infração penal transnacional tem origem no Brasil ou o no exterior. (MASSON, 2021, p.63).

## **INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A POLÍCIA JUDICIÁRIA**

A segurança da sociedade surge como ponto de garantia aos direitos fundamentais e ao cumprimento de deveres estabelecidos nos ordenamentos jurídicos. A segurança pública é considerada como um direito do cidadão e suas estruturas estatais demandam investimentos do Estado para se tornarem efetivas. A polícia civil tem como função primária garantir a segurança dos cidadãos.

Do ponto de vista jurídico, a investigação criminal é definida como atividade estatal destinada a elucidação de fatos supostamente criminosos, evitando imputações infundadas, preservar provas e meios de sua obtenção e propiciar justa causa para ação penal ou impedir sua abertura (PEREIRA, 2010).

Associa-se o termo crime a falta de segurança pública, mas a ocorrência de crimes inclui a falta de políticas públicas sociais,

abrangendo distribuição de renda, empregos, saúde e principalmente educação, quem nem sempre alcançam as populações mais carentes. Sobre o tema a doutrina destaca:

As regiões periféricas têm um histórico de carência de serviços públicos, precipuamente de serviços de segurança pública, mas também serviços de habitação, serviços relacionados a renda, a emprego, esses fatores somados acabaram fomentando a criminalidade, tornando-os mais vulneráveis frente às organizações criminosas, cooptados para cometimentos de crimes, à exemplo das “mulas” submetidas ao vai e vem além das fronteiras (LANNA, 2021, p. 199).

Implicitamente nos dispositivos legais positivados do ordenamento jurídico, é possível inferir-se, unicamente, a luz da Lei nº 12.830/13, em seu Artigo 2º, parágrafo 1º, que o objetivo da investigação criminal é apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais como atividade específica das Polícias Judiciárias: Polícia Federal e Polícia Civil (BRASIL, 2013).

## **A INVESTIGAÇÃO POLICIAL INTERNACIONAL**

A abordagem para repressão da criminalidade sempre se pautou por três vertentes dissuasão, inabilitação e extensão da força policial (PIQUET, 2009, p. 244). O crime organizado se tornou globalizado. Gomes e Cervini (1997, s/p) afirmam que:

As organizações criminosas beneficiam-se da globalização da economia, do livre comércio, desenvolvimento das telecomunicações, sistema financeiro internacional etc. "Alguns já chegaram a formar um verdadeiro "anti Estado", isto é, um "Estado" dentro do Estado, com uma pujaça econômica incrível, até porque existe muita facilidade na "lavagem do dinheiro sujo", e grande poder de influência (pelo que é válido afirmar que é altamente corruptor

O narcotraficante atual está cada vez mais aparelhado daqueles tornou-se um executivo, o negócio é altamente lucrativo. Estão em

vários países, presentes nas lavagens de dinheiro senão, sobretudo, para incorporar-se na vida econômica lícita. Uma verdadeira globalização internacional, do mesmo modo deve ser a investigação internacional.

“As organizações criminosas empregam diretamente, sem salários fixos, milhões de pessoas, sendo parte constituída por crianças e adolescentes. A recompensa cresce nas funções de mando” (SANTOS, 2010, s/p). Portanto, não se pode falar em combate ao crime organizado sem o papel fundamental da polícia civil na investigação dos delitos.

Os serviços de inteligência civil cumprem um papel decisivo na atuação proativa da polícia em relação ao crime organizado. Como se sabe que boa parte dos delitos do crime organizado não é relatada às autoridades, o conhecimento das organizações criminosas depende do trabalho de campo desses oficiais (MINGARDI, 2007).

Mais do que isso, um trabalho intensivo de inteligência permite um ganho qualitativo no direcionamento das ações policiais contra o crime organizado (efeito multiplicador). Por meio do mapeamento das redes criminosas, as forças de segurança podem concentrar-se sobre os nós críticos da organização, isto é, aqueles com maior centralidade e menor redundância, a fim de impactar diretamente as capacidades da organização e reduzir sua resiliência (SPARROW, 1991).

No âmbito das operações de inteligência, englobam-se também ações mais convencionais no embate com o crime organizado, tais como as operações encobertas, os infiltrados e o monitoramento eletrônico. Com as novas tecnologias à disposição das agências de inteligência, o desafio colocado não é tanto obter informação, mas principalmente processá-la para garantir uma análise eficiente. Quando se trata de ações criminosas internacionais as ações e investigações devem se dar por meio de uma cooperação entre as polícias nacionais e estrangeiras. O foco dessas investigações devem ser: ações policiais porque sem a polícia, o Estado pouco pode fazer contra o crime organizado.

No entanto, para que a polícia cumpra devidamente seu papel, é preciso definir tarefas que sejam úteis e realizáveis. Se o policiamento ostensivo pode ser útil para controlar a criminalidade comum, ele é insuficiente no caso do crime organizado internacional, expondo o agente a risco exagerado de violência e corrupção. Nesse sentido, a ação policial contra o crime organizado precisa ser especializada, apegada às atividades prévias de monitoramento e inteligência.

O Controle de armamentos no tráfico de armas que gera impacto negativo sobre a segurança pública (CARRANZA, 2004). No caso do crime organizado, "a presença desse fator, a arma de fogo, produz um aumento nos níveis de violência, principalmente quando se trata de tráfico internacional de armas" (PIQUET, 2009, p. 264). O controle dos armamentos é uma condição básica e incontornável para uma política de segurança pública realista.

A ONU, e outras entidades internacionais- Interpol- colaboram direta ou indiretamente para o controle do crime organizado internacional do tráfico de seres humanos e contrabando de migrantes (PICARELLI, 2008, p. 465).

No entanto, a existência de cooperação não é regra geral, também persistem áreas de atritos e desconfianças. Existem países que não possuem uma legislação rigorosa e, assim, facilitam a lavagem de dinheiro por organizações criminosas (TOKATLIÁN, 1994, p. 33).

Nesse sentido, a polícia internacional é também um espaço de disputa política no combate ao crime organizado. Da mesma forma que a lei pátria, o regime internacional sobre crime organizado é objeto de disputa concreta de interesses. O combate ao crime organizado não é um objetivo neutro; ele acarreta efeitos diversos de extraterritorialidade, de cooperação em segurança, e de equilíbrio na proteção da informação.

Portanto, cabe apontar que, por mais que a cooperação para o combate ao crime organizado apresente um avanço notável nas

últimas décadas, ela permanece sujeita às contingências próprias da política internacional.

## **INTEGRAÇÃO DAS POLÍCIAS DE INVESTIGAÇÃO NOS ESTADOS FEDERADOS COM UM SISTEMA ÚNICO**

A atuação dos órgãos da segurança pública depende da interação, sinergia de ações combinadas, participação e inclusão social e comunitária, cabendo ao Estado o papel de garantir o funcionamento adequado dessas instituições, Bengochea *et al.*, (2004, p. 120). tendo em vista que:

A segurança pública é um processo sistêmico e otimizado que envolve um conjunto de ações públicas e comunitárias, visando assegurar a proteção do indivíduo e da coletividade e a ampliação da justiça da punição, recuperação e tratamento dos que violam a lei, garantindo direitos e cidadania a todos. Um processo sistêmico porque envolve, num mesmo cenário, um conjunto de conhecimentos e ferramentas de competência dos poderes constituídos e ao alcance da comunidade organizada, interagindo e compartilhando visão, compromissos e objetivos comuns; e otimizado porque depende de decisões rápidas e de resultados imediatos

Para a maior efetividade das ações policiais necessário aos governantes propor ações de repressão conjunta entre os Estados de modo a intensificar e incentivar sua integração operacional. Desenvolver uma integração entre as polícias civis mediante harmonização das respectivas bases territoriais, sistemas de comunicação e informação, treinamento básico e planejamento comum. (ROSA, 2016)

Nesse contexto de ineficiência das polícias e criminalidade em massa, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2009, *s/p*), afirma:

Diante da situação apresentada de violência no Brasil e dificuldades no combate ao crime organizado, a Comissão observa a problemática dos Estados Membros em dar soluções eficazes a estes problemas. Nos países da América Latina, a criminalidade aparece como a principal preocupação para

a população, superando o desemprego. A insegurança aparece como uma situação crítica para os indivíduos.

Um dos motivos da ineficiência da polícia é a falta de sistematização dos dados sobre investigação criminal por vezes corrobora o mito da improdutividade, mas também dificulta a correta alocação de recursos públicos, a conformidade de equívocos gerenciais e o direcionamento da investigação porquanto política de segurança pública, com a consequente ausência de investimento em áreas como o combate ao crime organizado e à corrupção.

Outrossim, a história das políticas de segurança pública na sociedade brasileira se resume a uma série de intervenções governamentais esporádicas, meramente reativas voltadas para a solução imediata de fatores que assolam a ordem pública, apenas remediando o caos. (SAPORI, 2007).

Não se mostra crível que a principal fonte de dados sobre a Segurança Pública seja uma entidade privada (Fórum Brasileiro de Segurança Pública - FBSP, cuja natureza jurídica é de associação) que, embora faça um trabalho excepcional, não retira a responsabilidade da Polícia Civil sistematizar seus dados, demonstrando o que tem feito.

O resultado da cooperação entre os serviços de investigação é a maximização do potencial informativo obtido através compartilhamento de dados e ações de inteligência e de gestão de conhecimento, afastando ações difusas, dispersas e individuais de cada Estado da Federação.

A cooperação do processo de inteligência entre as polícias dos Estados é um ponto chave de sucesso regional nos aspectos de defesa e de integração econômica (HERMAN, 1996).

Afirma (Michael Herman 1996, p. 213, apud RIBEIRO, 2006) que uma das razões para o incentivo à cooperação é que sempre existe mais informação essencial em algumas agências e polícias de alguns Estados do que em outros por questões de investimento de cada Governador.

A integração das polícias trará inúmeros benefícios, de acordo com Fábio Pereira Ribeiro (2006, p. 125-126):

fortalecimento do ciclo de informações e de inteligência regional contra as ameaças latentes e a integração das informações estratégicas comuns, intercâmbio de policiais e profissionais de inteligência para o conhecimento das culturas e práticas para a condução de um processo de inteligência regional; estabelecimento de uma escola integrada de inteligência, que visa atender as necessidades do complexo exterior e da política internacional de cada estado; – integração dos sistemas de inteligência nacional de cada estado, em combate às ameaças– estabelecimento de um controle integrado da atividade, juntamente ligada ao processo de defesa da região, de forma institucionalizada; – criação de um banco de informações, que congrega todas as fontes e potencialidades de inteligência para a estruturação de políticas de segurança e defesa regional; – fortalecimento da inteligência militar e geração de conhecimento para o complexo de defesa do Estado, além do fortalecimento da integração e cooperação das Forças Armadas da região; – dotação de uma força conjunta de inteligência integrada de polícia, que possa estabelecer um banco de informações completo e em tempo real do crime organizado internacional; – gerar uma estrutura de informações estratégicas que possa estabelecer parâmetros para o desenvolvimento de estratégias nacionais e conjuntas, onde cada governo possa aproveitar suas potencialidades por meio de um sistema de fortalecimento, através de Inteligência Econômica, Inteligência Financeira e Inteligência Estratégica

Uma polícia civil nacional com chefia única sem descentralização nos Estados seria a solução adequada. Cada polícia civil dos Estados da federação, na realidade atual, está subordinada ao chefe do Executivo respectivo, esse fato se mostra problemático no combate as organizações criminosas, pois alguns governadores investem muito pouco nas estruturas da polícia, enquanto outros investem em armamentos e equipamentos de maior qualidade. Não havendo uma padronização nas compras o serviço se torna deficitário.

Outra situação que não pode ser esquecida é a defasagem salarial, e sua falta de homogeneidade. Cada Governador determina quanto será o subsídio dos policiais civis, onde além dos salários

serem defasados, eles realizam as mesmas atividades com salários desproporcionais.

A carência de coordenação, de integração e de articulação, tão presentes na segurança pública brasileira e da legislação que embasa as políticas públicas no país é um dos pilares da ineficiência da polícia investigativa. Ainda a dependência das políticas dos governos estaduais e a falta de padronização geram inefetividade das polícias civis, por isso necessário uma polícia civil com um comando nacional assim como ocorre com a polícia federal. Sem que ataquemos essa grande fragilidade, o país continuará refém das organizações criminosas e pouco conseguiremos avançar na transformação de práticas institucionais reconhecidamente ineficazes.

## **INTELIGÊNCIA POLICIAL**

Os serviços de inteligência da polícia judiciária têm como escopo a realização da justiça criminal, de propósito instrutório e probatório criminal, bem como para a prevenção e controle de criminalidade. Padrões criminais, estatísticas, mapeamento da criminalidade. Nas palavras de Ferro Jr. (2005, p.09) a inteligência policial se resume:

*A atividade que objetiva a obtenção, análise e produção de conhecimentos de interesse da segurança pública no território nacional, sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência da criminalidade”, e assessora “as ações de polícia judiciária e ostensiva por intermédio da análise, compartilhamento e difusão de informações.*

A inteligência policial é voltada para a produção de conhecimentos a serem utilizados em ações e estratégias de polícia judiciária, com o escopo de identificar a estrutura e as áreas de interesse da criminalidade organizada, sem investimentos em inteligência a investigação tende a fracassar. A inteligência de segurança pública (ou inteligência criminal) divide-se em

inteligência policial (desenvolvida no âmbito das Polícias) e inteligência prisional (ou, mais restritivamente, inteligência penitenciária, desenvolvida no âmbito dos estabelecimentos prisionais) (CEPIK, 2002).

Na seleção do pessoal adequado às operações de inteligência policial imperioso se faz priorizar as aptidões inatas, o treinamento em missões de combate ao crime organizado a coleta e busca executados pelos policiais conhecedores da investigação é essencial para o sucesso operacional. A experiência nos trabalhos de monitoramento e investigação do policial também influirá na sua capacidade de monitoramento e investigação das organizações criminosas identificando as reais intenções dos criminosos. (AZEVEDO, 2002).

É preciso, reconfigurar o papel da inteligência da polícia civil quanto ao seu desempenho, suas possibilidades e limites, bem como as formas de sistematização e armazenamento dos dados respectivos, esses investimentos não têm sido realizados pela Administração pública e essa é mais uma das causas da ineficiência investigatória.

## **REFORMA DA POLÍCIA CIVIL E SUA UNIFICAÇÃO**

O controle da violência no Brasil está abaixo de um nível aceitável e os principais obstáculos não foram enfrentados. Persistem graves violações de direitos humanos, resultado de uma violência entremeada nas estruturas sociais, nos costumes, manifestada no comportamento de grupos da sociedade civil, e dos agentes incumbidos de preservar a ordem pública (ZALUAR, 2007)

A situação da segurança pública no Brasil é tão preocupante, que ninguém está satisfeito: nem a sociedade, nem os policiais. A maioria das vítimas são jovens pobres e negros, moradores de territórios socialmente vulneráveis. As investigações não esclarecem parte desses crimes. O peso maior recai sobre os Estados, e as estruturas policiais estaduais.

É consenso entre os estudiosos que, o procedimento de responsabilização de alguém pela prática de um delito é longo e realizado por organizações que não se comunicam e que estão articuladas de maneira desarticulada. Esse fluxo está sujeito a uma série de precariedades e pontos de escape. (THOMPSON, 1983)

Diante da precariedade de meios investigativos, boa parte das previsões legais que estabelecem os procedimentos a serem realizados durante o inquérito policial não podem ser aplicados tendo como justificativa a necessidade de lidar com a realidade cotidiana. No entanto, esse descumprimento das regras e a falta de padronização nas investigações em todos os Estados tanto diminui as garantias de direitos dos acusados, quanto, também, prejudica a capacidade investigativa da polícia (MISSE, 2010).

Na percepção dos policiais civis, uma investigação satisfatória um “bom inquérito” é aquela que propicia a reconstituição de um delito de forma detalhada, e isso não será possível sem uma polícia investigativa integrada (RATTON, 2010).

Há um descontentamento generalizado dos policiais com relação à estrutura policial vigente, pelos problemas de relacionamento entre as instituições, duplicação de gastos e estruturas, incompatibilidade com o desenvolvimento de uma polícia moderna. A ideia da unificação é bem aceita pela maioria, embora não haja, da parte deles, confiança no sentido de que uma reforma dessa envergadura será levada adiante.

As reformas policiais no mundo que apresentaram bons resultados têm como base a mudança nas práticas de ensino, no conteúdo do que é ensinado, no tempo de formação e, especialmente, no que ocorre quando o policial é lotado em seu primeiro posto de trabalho. A formação não é um fim em si mesmo, já que “o principal desafio é conseguir a melhor formação possível para a polícia reduzir o crime, aplicar a justiça, proteger o público e contribuir à construção de uma sociedade segura” (SANTOS, 2012).

O Peru representa um dos casos de sucesso em que unificou suas polícias através de leis, efetuou reformas e tornou as polícias

mais próximas das comunidades rurais, com o objetivo de controlar o Sendero Luminoso (COSTA, 2014). O caso peruano demonstra que a reforma é importante, principalmente quando se faz de modo estrutural (DAMMERT E BAILEY, 2005).

A falta de um orçamento próprio e a insuficiência de recursos para o trabalho da polícia no Brasil são fatores apontados pelos policiais como a principal explicação para o trabalho sem um mínimo de planejamento. Essa falta de planejamento causa, uma grande insegurança no trabalho pois a conclusão de uma investigação pode ficar comprometida.

Além dos recursos serem insuficientes, também é reconhecida, por muitos policiais, a má administração dos gestores que contribui para a falta de condições de trabalho. Todos esses pontos convergem a favor de uma polícia civil unificada com um só comando e sem as influências políticas dos chefes de cada Executivo Estadual.

Outro ponto importante são as estatísticas criminais algumas estatísticas criminais não possuem informações detalhadas sobre o crime e suas circunstâncias. Em muitos casos não há registro estatístico sobre o dia, a hora e o local em que o crime ocorreu. (CANTOR; CH,2000; SKOGAN, 1974). Há pouco controle sobre cifras ocultas, o sistema não sendo integrado dificulta a pesquisa nos bancos de dados.

Existem Estados que possuem sistemas de informação mais consolidados, apesar de também apresentarem alguns dos problemas técnicos na geração da informação, por outro lado, existem Estados que não possuem controle sobre seus registros oficiais

A reforma da polícia civil como questão urgente a segurança pública, com uma polícia civil nacional, com estruturas padronizadas e investimentos igualitários em todos os Estados só poderá ser alcançada se houver uma reforma policial ampla.

## COMPARTILHAMENTO, CONTROLE DE DADOS ESTATÍSTICOS E PRESERVAÇÃO DO CONHECIMENTO

Uma polícia integrada e padronizada e com poder de mobilização se torna muito mais eficaz na resolução de crimes. A hipótese da criação de um banco de dados nacional como fonte de pesquisa e padronização de um sistema de registros de ocorrência seria o início para agilidade na investigação e elucidação de crimes entre as unidades federativas. (COELHO, 1986)

No entanto, as organizações criminosas atuais são verdadeiras empresas, com características principais de planejamento empresarial sistêmico, estrutura hierárquica, pluralidade de agentes, divisão de tarefas, compartimentação, códigos de honra, controle territorial, fins lucrativos, diversificação de atividades, estabilidade, antijuridicidade e uso de tecnologia é necessário o fomento em tecnologias, recursos humanos e materiais, além de legislações atualizadas.

Nesse contexto, imperioso se faz o aperfeiçoamento da legislação de combate ao crime organizado, da melhoria da gestão de conhecimento, da rede de comunicação e da difusão de bancos de dados entre as instituições encarregadas da aplicação da lei, para que o Estado possua instrumentos apropriados para a apuração e coibição dos crimes.

Em um passado recente, o documento de Registro Geral – RG, possuía cadastro singular nos Institutos de Identificação de cada Estado, prejudicando a identificação civil e facilitando a prática delituosa uma vez que o cidadão poderia ter um documento com numeração distinta em cada Estado brasileiro.

Sem acesso a consulta de identificação fora do Estado de origem do documento, era necessário a expedição de ofícios para vários Estados solicitando a pesquisa e possível identificação da pessoa. O novo documento de identificação civil denominado RG – Registro Geral, estabelecido pelo Governo Federal a partir do Decreto Federal nº 10.977, de 23 de fevereiro de 2022, tem o intuito de unificar o

número de documentos em todas as unidades da federação até 2023, isto é, tornar único o documento oficial de identificação nos 26 Estados e no Distrito Federal.

O novo documento de identificação cumpre uma dupla finalidade, o de individualizar a pessoa através de um único documento de RG emitido e de facilitar a busca e identificação de suspeitos, criminosos ou indigentes, por parte do operador da atividade investigativa, além de alimentar um banco de dados compartilhado entre os Estados. Para consulta nacional de veículos existe o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública – SINESP, gerido pelo Governo Federal.

Em 2018 o Sistema Único de Segurança Pública (Susp) foi instituído pela Lei 13.675. o Susp cria uma interação uniforme para a segurança pública em âmbito nacional, a partir de compartilhamento de dados, integração e colaborações nas estruturas de segurança pública federal, estadual e municipal. Mas ainda está em aperfeiçoamento e pouco contribuiu no compartilhamento de dados.

Outra hipótese seria a desburocratização, divulgação e treinamento aos servidores da segurança pública para uso de sistema já disponíveis, considerando que algumas ferramentas nem sempre são aproveitadas por desconhecimento, falta de treinamento ou pela burocracia e distância entre Governo Federal e Governos Estaduais. Neste paradigma, a consulta ao Sistema Integrado Nacional de Identificação de Veículos em Movimento - SINIVEM, utilizado pela Polícia Rodoviária Federal - PRF, para ser utilizado por outras instituições é necessário solicitação formal e burocrática.

Na realidade brasileira temos a Polícia Militar com seu serviço de inteligência, a Polícia Civil com o Dipol (Departamento de Inteligência Policial). No Departamento de Narcóticos (Denarc) também existe uma divisão de inteligência, assim como o Deic departamento que deveria enfrentar o crime organizado, mas cuida basicamente de crimes contra o patrimônio. (MINGARDI, 2006)

Nessa toada, os departamentos de polícia do interior também possuem seu serviço próprio de inteligência, isso demonstra, que existem muitos órgãos e pouca inteligência. A modernização no âmbito da Polícia Civil Brasileira é necessária, especialmente, em razão dos valores de ordem política, técnica e acadêmica na construção de um modelo eficaz de polícia investigativa.

O caos na segurança pública brasileira é tão evidente que segundo informações disponibilizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em julho de 2021, a população prisional em celas físicas ou prisão domiciliar era de 820.689 pessoas (DEPEN, 2021). “O grande número total da população carcerária brasileira pode ser considerado refletidor das próprias políticas, adotadas ou não, no país” (TAVARES et.al., 2020, p. 7). Tais dados, resultam em uma polícia sobrecarregada, com baixos índices de elucidação de crimes, com altos índices de reincidências, sistema prisional superlotado e extremamente oneroso, policiais desmotivados e doentes.

Na ADPF 347 O STF declarou que o Brasil vive um estado de coisas inconstitucional no que tange a segurança pública e aos presídios. Uma falha estrutural na coordenação dos órgãos envolvidos. Da mesma maneira entendemos que há muitas lacunas e debilidades no sistema investigatória das polícias.

A modernização da prática de crimes em ritmo frenético, pouco se compara aos avanços de investimentos de recursos humanos, materiais, tecnológicos, financeiros e legais para a investigação criminal. Talvez o cenário fosse diferente se ao longo dessas décadas, houvesse investimentos e integralização das polícias civis em âmbito nacional, criação de um banco de dados como fonte de pesquisa e padronização de um sistema de registros de ocorrência.

Percebe-se assim que os padrões institucionais e a cultura burocrática pelas quais passaram as práticas policiais no Brasil engessaram a polícia e em grande medida ainda comprometem a implantação de um( modelo profissional , enquanto isso a

criminalidade avança cada vez mais se “profissionalizando”( PONCIONI, 2003).

Ações integradas entre os Estados, conseguem com muito mais eficiência desarticular organizações criminosas. Mas para que isso ocorra, é preciso estruturar as Polícias Cíveis de cada Estado, criando um sistema único de elaboração de boletins de ocorrência, possibilitando a alimentação e a pesquisa em tempo real, promovendo vantagem em desfavor das organizações criminosas.

Para a eficiência dos sistemas de inteligência e de combate ao crime organizado, o Estado deve promover o compartilhamento de dados com canais formais. Há bancos de dados institucionais da Polícia Civil, bancos de dados das delegacias especializadas em lavagem de dinheiro, imigração ilegal, assalto a banco e, ainda, os não policiais como os da Receita Federal, Dataprev/INSS, CNIS, mas os setores responsáveis pelo gerenciamento dos dados respectivos não interagem, o que gera uma enorme quantidade de dados perdidos e não trabalhados.

(MINGARDI, 2006). Nas lições de Ferro (2005 p. 73) sobre os sistemas de gestão policial:

Os estudos demonstram que a sobrevivência das organizações contemporâneas, a exemplo das instituições policiais, depende cada vez mais da capacidade de se construir um modelo de gestão do conhecimento, com estratégia, estrutura, decisão e identidade, apto a responder a um contexto cada vez mais complexo e instável da sociedade.

Pelas razões expostas é necessário o aperfeiçoamento da legislação, melhoria da gestão de conhecimento, da rede de comunicação dos bancos de dados entre as instituições encarregadas e aplicação da lei para que o Estado se torne mais eficiente na elucidação dos crimes e se utilize de instrumentos apropriados para a mudança do quadro de segurança pública atual.

Numa administração moderna, necessário o controle dos dados estatísticos como premissa, seguido da aferição da produtividade,

com o reconhecimento dos bons profissionais, selando a ideia de meritocracia, sobre a qual está firmada a sociedade atual.

## **LEI 13.675/2018 SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (SUSP)**

Importante inovação no ordenamento jurídico é a lei 13.675/18 regulamentada pelo Decreto 9.489/18 tratado como Sistema Único de Segurança Pública. A nova legislação não cria polícias, mas incentiva à troca de informações e à integração das instituições de segurança pública.

Podem ser destacados os seguintes princípios da lei em seu artigo 4º:

- respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos e garantias individuais e coletivos;

- proteção, valorização e reconhecimento dos profissionais de segurança pública;

- proteção dos direitos humanos, respeito aos direitos fundamentais e promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana;

- eficiência na prevenção e repressão das infrações penais;

- redução de riscos em emergências e desastres;

- participação e controle social;

- resolução pacífica de conflitos;

- uso comedido e proporcional da força;

- publicidade das informações não sigilosas;

- simplicidade, informalidade, economia procedimental e celeridade no serviço prestado.

Apesar da lei trazer grandes inovações na prática do dia a dia do policial essa lei possui baixa aplicabilidade pois os sistemas informáticos não foram adaptados aos avanços da lei.

Nessa toada importante destaque faz Rolim (2006, p. 39) ) sobre as inovações nas polícias e sua aplicabilidade.

No Brasil, em que pese alguns desses recursos e técnicas já serem parcialmente empregados pelas polícias, o fato incontestado é que as inovações observadas em grande parte dos países ocidentais — inclusive em alguns da América Latina, como o demonstra a experiência colombiana — não se difundiram no Brasil. Entre nós, em quase todas as situações em que aquelas inovações são aplicadas pelas polícias, percebe-se claramente que elas se encontram em posições secundárias, quando não isoladas do modelo tradicional de policiamento, que segue sendo amplamente hegemônico.

Trata-se obviamente, de um processo complexo, porém, percebe-se que não apenas as alterações legislativas são importantes, mas também a reestruturação de todo o sistema de segurança pública.

### **RAZÕES DE SUA (IN)EFICIÊNCIA INVESTIGATÓRIA: CONDIÇÕES DE TRABALHO OFERECIDAS PELO ESTADO, RECONHECIMENTO E MERITOCRACIA**

A ineficiência e insuficiência investigatória da polícia brasileira está relacionada a diversos fatores e aqui iremos tratar além dos já elencados alguns outros que desencadeiam o não cumprimento do papel da instituição. A falta de recursos financeiros é um motivo evidente para o sucateamento das polícias no Brasil.

A falta de equipamentos e de recursos para manter os existentes também dificulta o sucesso das investigações, a sobrecarga de trabalho e poucos servidores são fatores decisivos que influenciam na qualidade do trabalho. Em uma matéria da revista (EXAME, 2015), é citado que a Organização das Nações Unidas aconselha que para se garantir um bom policiamento, é necessária à média de um policial para cada 450 habitantes.

Ainda a falta de organização, a ausência de padronização do trabalho policial e insuficiência de critérios e dados que permitam medir a eficiência desse trabalho não estão mais atrelados apenas as questões de baixa profissionalização ou de falhas na gestão organizacional; mas dizem respeito à dificuldade de implementar uma cultura jurídica igualitária numa sociedade multiplamente

hierarquizada (DAMATTA, 1979). Alguns autores defendem o modelo de profissionalismo como solução.

Dentre eles Maria Bonelli (2002, p. 16-19), onde o problema está na falta de profissionalismo que pode ser implementado a partir da especialização do trabalho, de jurisdição exclusiva dos praticantes sobre a atividade, da posição protegida no mercado de trabalho por credenciais específicas, do programa formal de treinamento e de um ideal de serviço que valorize a realização pelo trabalho e não do ganho financeiro dele advindo.

Para Eduardo Cerqueira Batitucci,( 2011, p. 78), se ainda não consolidamos no Brasil o modelo profissional-burocrático de polícia, os últimos anos testemunharam o desenvolvimento de novas soluções organizacionais para a confrontação das debilidades do modelo profissional-burocrático de policiamento, especialmente aquelas voltadas à descentralização do comando nas organizações policiais e à reaproximação da comunidade com o papel de mediadora na busca da construção de uma nova relação com a polícia.

A saúde mental dos policiais é outro fator desprezado pelo Estado. Esse fato influencia na efetividade dos resultados do trabalho desenvolvido e nos resultados atingidos.

Sob a aparente inércia do estado, servidores públicos acabam sobrecarregados e desestabilizados mentalmente, refletindo nas políticas sociais de segurança pública, com servidores mal preparados, doentes e até mesmo com altos índices de suicídios (PEDUZZI, 2019). O grande “desafio da política de segurança pública brasileira é estruturar um sistema de justiça criminal que garanta o respeito aos direitos humanos, atenda à demanda por maior eficiência policial e que seja menos permeável à impunidade e à corrupção” (SOUZA; BATTIBUGLI, 2014, p. 52 apud SAPORI, 2007; SOUZA, 2004).

No Brasil os dados demonstram que o número de policiais que se suicidam é maior que o dos que morrem em serviço. Segundo o relatório anual do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, divulgado

em outubro de 2020, só em 2019, 65 policiais militares e 26 civis cometeram suicídio (FBSP, 2020).

De acordo com o site (UOL, 2022) “o suicídio de policiais cresce 55% em um ano no Brasil entre o ano de 2020 e 2021” uma estatística assustadora e que tem sido ignorada pela sociedade e pelo Estado. Uma proposta, portanto, que demandaria uma formação mais generalista e humanista do policial, a descentralização organizacional na administração e, especialmente, a valorização do conhecimento e da experiência do próprio policial, independentemente de sua posição hierárquica

Há um descontentamento generalizado com relação à estrutura policial vigente, pelos problemas de relacionamento entre as instituições, duplicação de gastos e estruturas, incompatibilidade com o desenvolvimento de uma polícia moderna etc.

Definir os contornos de uma nova polícia, a serviço do esclarecimento dos fatos e da garantia dos direitos fundamentais do policial, exigiria a adoção de uma estrutura e formação policial que rompam com uma cultura institucional construída em meio ao caos e ao descontrole, reestruturando as relações institucionais entre as polícias e destas com o ministério público e o poder judiciário, e redefinindo as atribuições de cada um destes órgãos no sentido do aperfeiçoamento dos mecanismos de apuração e processamento dos eventos criminais e de controle da atividade policial.(AZEVEDO, 2016)

Buscando alternativas o Fórum Brasileiro de Segurança Pública realiza um papel fundamental na consolidação do debate público sobre o tema e na aproximação de diferentes atores da segurança pública no Brasil. Criado em 25 de fevereiro de 2006 tem contribuindo com a produção e análise de dados sobre a criminalidade, a letalidade e a vitimização policial, a elucidação dos efeitos do encarceramento, e a ampliação do controle público sobre a atividade policial, identificando e adotando boas práticas, têm sido os eixos estratégicos em torno dos quais tem se articulado as iniciativas da entidade, assim como de um conjunto de outros

personagens da sociedade civil, que tem buscado aproximar diferentes segmentos e construir um diálogo e produzir uma nova agenda para o setor.

A instituição policial não tem cumprido seu papel investigatório com suficiência, no entanto, a maior parcela de culpa é do Estado, que se omite na sua responsabilidade de oferecer equipamentos de trabalho e de segurança, tão importantes para um policial, além da falta de pessoal, acarretando trabalho excessivo, pressão psicológica que comprometem a qualidade deste serviço e da vida do policial.

## **SUGESTÕES PARA SOLUCIONAR A ESCASSEZ INVESTIGATIVA DA POLÍCIA**

A falta de comunicabilidade das polícias como já citado nesse trabalho é um dos motivos para a insuficiência nos atos de investigação policiais.

A carência de laços orgânicos nas políticas públicas afeta diretamente a eficiência das polícias. (SOARES, 2006, p.100) Para o autor as arestas que precisam ser aparadas para que essa escassez investigativa seja solucionada se resume em:

As polícias não se organizam com base em diagnósticos sobre os problemas a enfrentar, o modo de fazê-lo, as prioridades a definir e as metas a identificar. Não planejam sua prática, a partir de diagnósticos, fundada em dados consistentes, nem corrigem seus erros, analisando os resultados de suas iniciativas – os quais, simplesmente, ignoram. São máquinas reativas, inerciais e fragmentárias, inscritas num ambiente institucional desarticulado e inorgânico, regido por marcos legais rígidos e inadequados. Os profissionais não são apropriadamente qualificados e valorizados e as informações não são ordenadas de acordo com orientação uniforme, que viabilize a cooperação. Há ainda o dramático sucateamento da perícia e o conjunto de dificuldades que derivam da dicotomia: polícia civil-PM.

Portanto a Administração pública precisa implementar políticas públicas inteligentes, que se comuniquem, capazes de interceptar as

dinâmicas das associações criminosas, combate às desigualdades e a miséria, vulnerabilidade, baixa autoestima, sentimento de exclusão, estigmatizações, invisibilidade social que afeta principalmente a juventude pobre e negra. (CERQUEIRA, 2006).

Imperativo implementar um sistema institucional de segurança pública que não seja fragmentado e ineficiente e que valorize seus profissionais, investindo em novas tecnologias e equipamentos, cursos de capacitação e uma legislação adequada e efetiva.

## CONCLUSÃO

Conclui-se com esse trabalho que de que fato a atividade policial não tem sido prestada com eficácia, apesar de o cidadão recolher seus impostos para que haja investimento nesta área, pouco tem sido realizado pelo Estado. A criminalidade está cada vez mais organizada e investindo pesado em tecnologias avançadas. A principal causa da ineficiência das investigações policiais apontada pelos pesquisadores estudados é de que o governo não tem como prioridade a segurança pública.

Em segundo lugar policiais que não exercem seu trabalho da melhor forma, não por incompetência, mas por estarem sofrendo problemas de saúde, problemas estes que são muito comuns dentro desta profissão como a depressão e o burnout, além de viverem diariamente em contato com a marginalização e violência.

No entanto, a culpa maior continua sendo do Estado. É o Estado que tem por dever capacitar esses profissionais, e se ater as questões de saúde mental. Desde o momento que ingressam nesta carreira, deve ser oferecido um bom treinamento, ensinando a abordagem aos cidadãos e como manejar uma arma. Depois de um excelente treinamento, o Estado passa a ter o dever de investir nesta carreira. Oferecer bons materiais, bons equipamentos de segurança, instrumento para uma investigação ocorrer de forma célere, dentre todos outros materiais que a polícia necessita para exercer sua função.

Ainda a integração dos sistemas e o compartilhamento de dados entre as instituições de todos os Estados, seria ponto fundamental para a eficácia das investigações, priorizando sistemas integrados com compartilhamento de dados.

Portanto, os resultados desse trabalho demonstram que a ineficiência da atuação da polícia judiciária se deve à falta de investimentos por parte do Governo, que não prioriza a segurança pública, apesar de ser um importante instrumento para a garantia da paz social. Essa constatação se faz a partir dos dados estatísticos apresentados, que apontam, inclusive, para o elevado número de policiais que se suicidam nas corporações ou fora dela.

Percebe-se que o governo não tem cumprido seu dever, deixando a polícia sem o devido investimento em tecnologia e recursos humanos, gerando uma ineficiência policial. Não tem como negar que medidas devem ser tomadas para melhorar a situação do país. Todos os problemas apresentados que delimitam a eficácia desses órgãos devem ser solucionados para atingir um melhor desempenho das polícias, diminuindo assim, a inquietação e insegurança da população. Nessa toada cabe ao governo, disponibilizar dinheiro para promover o investimento adequado. Instrumentos legais e mecanismos técnicos são instrumentos fundamentais para atingir esse objetivo, fortalecer as leis nacionais e a cooperação são armas contra o crime organizado.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Elementos para a modernização das polícias no Brasil**. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 10, p. 8-20, 2016.

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. **A polícia em transição: o modelo profissional-burocrático de policiamento e hipóteses sobre os limites da profissionalização das polícias brasileiras**. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 4, n. 1, p. 65-96, 2011.

BONELLI, Maria da Glória. **Profissionalismo e política no mundo do direito** São Carlos: EdUFScar. 2002.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm). Acesso em: 20/05/2023

BRASIL. **Lei nº 11.473 de 10 de maio de 2007**. Dispõe sobre cooperação federativa no âmbito da segurança pública e revoga a Lei nº 10.277, de 10 de setembro de 2001. Brasília, DF, 10 maio de 2007.

BRASIL. **Lei nº 12.830 de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF, 20 junho de 2013.

BRASIL. **Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL)**. Matéria sobre a Minuta do Projeto de Lei Orgânica Nacional, com expectativa de ser protocolada ainda na primeira quinzena de abril/2022 pelo Deputado Federal João Campos Disponível em: <https://cobrapol.org.br/diretoria-da-cobrapol-debate-cpp-e-lei-organica-da-pc/> Acesso em: 06/4/2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.977 de 23 de fevereiro de 2022**. Regulamenta a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, para estabelecer os procedimentos e os requisitos para a expedição da Carteira de Identidade por órgãos de identificação dos Estados e do Distrito Federal, e a Lei nº 9.454, de 7 de abril de 1997, para estabelecer o Serviço de Identificação do Cidadão como o Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil. Brasília, DF, 23 fevereiro de 2022.

CANTOR, D.; LYNCH, J. P. **Pesquisas de autorrelato como medidas de crime e vitimização criminal**. In: DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS EUA. Medição e análise do crime e da justiça: justiça criminal 2000. Washington, DC: Instituto Nacional de Justiça, 2000. v. 4, p. 85138.

CARRANZA, Elías. **Políticas públicas en materia de seguridad de los habitantes ante el delito en América Latina**. Nueva Sociedad, n. 191, p. 52-64, 2004.

CNJ <http://www.cnj.gov.br>. “Estado de coisas inconstitucional” nas prisões repercute dentro e fora do país - Portal CNJ acesso em 12/04/2023  
CEPIK, Marco Aurélio Chaves. Serviços de inteligência na era da informação? Resenha do Livro de Michael Herman. **Revista de Sociologia e Política** 18/15cnj1-156. Curitiba: UFPR, jun. 2002.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; LIMA, Renato Sérgio de. **Segurança pública**. In: Renato Sérgio de Lima; José Luiz Ratton; Rodrigo Ghiringelli de Azevedo (orgs.). Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014. p. 482-490

CRETELLA JÚNIOR, José. **Polícia e poder de polícia**. Revista de Direito Administrativo, v. 162, p. 10-34, 1985.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

DAMMERT, Lucía; BAILEY, John. **Reforma policial y participación militar em combate a da delinquência: análises y desafios para América Latina**. Revista Fuerzas Armadas y Sociedad, v. 19, n. 1, p. 133-152, 2005.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Segundo Levantamento do Depen, as vagas no sistema penitenciário aumentaram 7,4%, enquanto a população prisional permaneceu estável, sem aumento significativo**. Divisão de Comunicação Social do Depen. Brasília: 20/12/2021. Disponível em: Segundo Levantamento do Depen, as vagas no sistema penitenciário aumentaram 7,4%, enquanto a população prisional permaneceu estável, sem aumento significativo — Português (Brasil) ([www.gov.br](http://www.gov.br)) Acesso em: 03/04/2022.

DE SOUZA, Luís Antônio Francisco de. BATTIGUGLI, Thaís. Os Desafios da Reforma da Polícia no Brasil. **Revista Paranaense de Desenvolvimento-RPD**, Curitiba, v.35, n.126, p.4960, Disponível em: <https://ipardes.emnuvens.com.br/revistaparanaense/article/view/698/893> Acesso em: 06/04/2022.

DIZER O DIREITO: <http://www.Lei.13.675/2018>: **institui o Sistema Único de Segurança Pública** (Susp) - resumo acesso em 17/04/2023  
FERRO JÚNIOR, Celso Moreira. **A atividade de inteligência na polícia civil do DF. MBA Segurança Pública e Defesa Social, disciplina Atividade de inteligência e contrainteligência policial.** Apresentação audiovisual. Brasília, União Pioneira de Integração Social (UPIS), 2005

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. **A segurança pública em números Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, v.9, p. 11-19-2015. [www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario\\_2015.retificado\\_.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf)

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, **Crime Organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal.** 2ª ed. Revista, atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Organização criminosa: um ou dois conceitos?** Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932489/organizaocaocriminosa-um-ou-dois-conceitos>. Acesso em: 23/06/2023.

GRECO, Rogério; FREITAS, Paulo. **Organização criminosa: Comentários à lei 12.850/2013.** 2ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2020.

HERMAN, Michael. **Intelligence power in peace and war.** Cambridge: Cambridge University Press, 1996

LANNA, Letícia Marques. **Organizações criminosas no Brasil.** *Virtuajus*, v. 6, n. 11, 2021. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/28040> Acesso em: 03/10/2022.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado.** São Paulo: Grupo GEN, 2021 MINGARDI, Guaracy. **Inteligência policial e crime organizado.** In: Renato Sérgio de Lima; Liana de Paula (orgs.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA capa — Ministério da Justiça e Segurança Pública ([www.gov.br](http://www.gov.br)) Acesso em: 15/04/2023

MISSE, Michel. **A construção social do crime no Brasil**. Rio de Janeiro> Faperj, 2008.

PEDUZZI, Pedro. Moro manifesta preocupação com alto índice de suicídios de policiais. **EBC – Empresa Brasil de Comunicação. Agência Brasil**. Brasília, 01/10/2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-10/moro-diz-sereocupantenu-mero-de-policiais-que-cometeram-suicidio>  
Acesso em: 06/10/2022.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. São Paulo: Almedina, 2010, p. 185.

PICARELLI, John. **Transnational organized crime**. In: WILLIAMS, P. Security studies: an introduction. Nova Iorque: Routledge, 2008. p. 453-467.

PIQUET, Leandro Carneiro. **Violência urbana, segurança pessoal e criminalidade**. In: CARDOSO, F. H.; FOXLEY, A. (Org.). **América Latina: desafios da democracia e do desenvolvimento, políticas sociais para além da pobreza**. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 242-275.

PONCIONI, Paula. **Tornar-se policial: a construção da identidade profissional do policial do estado do Rio de Janeiro**. São Paulo, 2003. Tese de doutorado em Sociologia, Universidade de São Paulo.

RATTON, Jose Luiz et al. **Refletindo sobre o inquérito policial na cidade de Recife**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2010.

RIBEIRO, Fábio Pereira. **Cooperação estratégica em inteligência formação da defesa regional: uma contribuição dos serviços de inteligência**. Cadernos Pro wlam/USP 1/113- 128, ano 5. São Paulo: USP, 2006

ROSA, Sander Tércio. **Gestão da segurança pública no Brasil: perspectivas atuais e FUTURAS** [http://www.2015\\_saunderterciro\\_sa\\_tcc.pdf](http://www.2015_saunderterciro_sa_tcc.pdf) (unb.br) Acesso em 15/02/2023.

SANTOS, Iris Gomes. **Agentes de mudança, contextos políticos e dinâmica institucional: um estudo sobre o processo de mudança institucional gradual no setor da segurança pública no Brasil**. Tese

de Doutorado em Ciência Política. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2015

SANTOS; Danielle Negreiros dos. **O crime organizado e o estado desorganizado** 10º PERÍODO, 2010.

SPARROW, Malcom. Network vulnerabilities and strategic intelligence. **International Journal of Intelligence and Counterintelligence**, v. 5, n. 3, p. 255274, 1991.

SOARES, Luiz Eduardo. **Segurança pública presente e futuro**, 2006 Disponível em <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142006000100008>> SciELO - Brasil - Segurança pública:

presente e futuro Segurança pública: presente e futuro Acesso em 10/04/2023

SMAILI, Soraya. **As drogas e a universidade pública. Drogas: um debate científico.** EntreTeses Revista Unifesp. São Paulo, nº 6 – junho 2016, p. 7. Disponível em: [https://www.unifesp.br/reitoria/dci/images/DCI/revistas/Entreteses/Entreteses\\_06\\_2016.pdf](https://www.unifesp.br/reitoria/dci/images/DCI/revistas/Entreteses/Entreteses_06_2016.pdf) Acesso em: 06/04/2023.

TAVARES, Alex Penazzo; ADORNO, Emillyane Cristine Silva; VECHI, Fernando. **Reincidência criminal: uma análise sobre suas espécies e efeitos na contemporaneidade.** Revista de Direito, v. 12, n. 02, p. 01-19, 2020. Disponível em: [https://periodicos.ufv.br/revista\\_dir/article/view/10751/5962](https://periodicos.ufv.br/revista_dir/article/view/10751/5962) Acesso em: 03/04/2022.

TOKATLIÁN, Juan Gabriel. **Drogas, dilemas y dogmas: Estados Unidos y la narcocriminalidad organizada en Colombia.** Bogotá: Tercer Mundo, 1994.

ZALUAR, Alba. **fracasso da segurança pública Estudos Avançados**, v. 21, n. 61, p. 31-49, 2007.



# **A PROVA TESTEMUNHAL: UMA ANÁLISE SOBRE OS RISCOS DAS FALSAS MEMÓRIAS E DO ERRO HONESTO NO PROCESSO PENAL**

Fernanda Almeida Fernandes  
Tiago Bunning Mendes  
João Paulo Calves  
Jeferson Borges dos Santos Júnior

## **INTRODUÇÃO**

A prova testemunhal é amplamente reconhecida como uma das formas mais importantes de prova no sistema jurídico. A natureza jurídica da prova testemunhal é considerada como uma ferramenta para auxiliar o magistrado a formar sua convicção sobre um fato em questão, com o objetivo de reconstruir os eventos vivenciados pelas partes envolvidas no processo. A prova testemunhal é uma das principais espécies de prova no processo judicial. É um meio de prova que consiste no depoimento prestado por pessoas acerca de fatos que interessam ao processo. Nesse sentido, ela é considerada uma prova pessoal, já que se baseia no relato direto de alguém que presenciou ou teve conhecimento dos fatos em questão.

Nesse sentido, ela é considerada uma prova pessoal, já que se baseia no relato direto de alguém que presenciou ou teve conhecimento dos fatos em questão. A prova testemunhal é um meio de prova bastante relevante para a demonstração de fatos, especialmente quando se trata de questões que envolvem a subjetividade humana. No entanto, eles ressaltam que é necessário ter cautela na utilização dessa prova, já que ela pode estar sujeita a influências externas, como sugestões ou pressão. Portanto, a prova testemunhal é uma forma importante de se provar fatos no processo judicial, mas é necessário avaliar cuidadosamente a confiança das

testemunhas e buscar outras provas que possam corroborar ou contradizer os depoimentos prestados.

Os riscos das falsas memórias e do erro honesto no processo penal são graves e podem levar a condenações injustas. As memórias falsas são criadas quando uma pessoa é exposta a informações incorretas e acaba incorporando essas informações em sua própria memória. Por outro lado, o erro honesto ocorre quando uma testemunha acredita sinceramente que viu ou ouviu algo que não aconteceu. Ambos os fenômenos podem ser influenciados por sugestões, entrevistas repetidas e longos períodos entre o evento e o depoimento.

Ademais, ela é valorizada por sua capacidade de fornecer informações úteis e relevantes sobre os eventos ocorridos, bem como sobre o comportamento, a motivação e o conhecimento das pessoas envolvidas no caso. Como resultado, a prova testemunhal é muitas vezes vista como essencial para se alcançar uma decisão justa e precisa no processo.

O objetivo deste estudo foi analisar os riscos associados à utilização da prova testemunhal no processo penal, incluindo o impacto das falsas memórias e do erro honesto. Pretende-se investigar os danos potenciais causados por esses procedimentos e identificar maneiras de reduzir seus efeitos negativos. É importante destacar que a prova testemunhal não pode ser baseada exclusivamente em falsas memórias, uma vez que a natureza humana pode levar a falhas e erros de presunção, o que pode resultar em graves consequências para o processo, incluindo a formação de convicções equivocadas.

Portanto, é necessário que sejam adotadas medidas para minimizar os riscos associados à prova testemunhal e garantir que a justiça seja feita de forma precisa e justa.

Existe diversos fatores que podem afetar a qualidade da prova testemunhal, e o sistema judiciário tem o poder de adotar medidas para minimizar esses efeitos negativos. Por exemplo, uma técnica de entrevista adequada pode ser usada para aumentar a precisão da

prova testemunhal, assim como um procedimento de reconhecimento bem estruturado.

Através de uma pesquisa qualitativa, foi possível demonstrar que existem erros na identificação de pessoas podem ter graves consequências e que o tratamento deste tema no ordenamento jurídico brasileiro é inadequado para as necessidades do processo penal atual. É necessário que sejam implementadas medidas mais eficazes para garantir a precisão da prova testemunhal e evitar possíveis erros que possam levar a decisões injustas.

## **O MARCO DA PROVA TESTEMUNHAL**

Do perfunctório estudo aprofundado do Direito processo penal, percebe-se que o sistema probatório mudou significativamente ao longo dos tempos e seus vestígios permanecem até hoje. Consoante Coutinho precedentemente na era inquisitorial o sistema de acusação não era efetivo até o século XII. O conceito de justiça podia ser estabelecido como a prerrogativa absoluta da acusação, pois, a acusação detinha o poder absoluto de determinar a verdade dos fatos e o conhecimento sobre o crime, sem que a defesa tivesse muita chance de contestar ou contradizer as acusações. Naquela época, não existiam as garantias e os direitos processuais que temos hoje, como a presunção de inocência, o direito ao contraditório e à ampla defesa, entre outros.

De acordo com a doutrina, a maior parte dos estudos sobre falsas memórias foram realizados a partir da última década do século XX. Já o instituto da prova testemunhal vem sendo objeto de estudo desde meados do século XIX. No entanto, foi na década de 1990 que ocorreu um aprofundamento, uma vez que as condenações passaram a ser baseadas principalmente no depoimento da testemunha. Como resultado, a prova testemunhal passou a ser vista como mais valiosa e, em alguns casos, a única prova no julgamento, desconsiderando o princípio do *in dubio pro reo*.

À vista disso, segundo a análise de Coutinho (2017) apesar das inúmeras mudanças ocorridas ao longo dos anos em leis e tratados, bem como a adoção de princípios de direitos humanos, muitas das formas de tratamento aos réus foram modificadas devido à excessiva arbitrariedade do judiciário. Apesar disso, mesmo com as alterações, ainda é possível observar uma série de erros, tendo em vista que a prova testemunhal é frequentemente o único meio de produção de prova em alguns casos e, portanto, ainda é considerada um instrumento fundamental no processo penal.

## **SISTEMA INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO**

É imprescindível mencionar que uma das finalidades mais importante do Processo penal é justamente a reconstrução de um fato pretérito por meio da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução e que se identifica o princípio unificador. O fato pretérito é uma reconstrução da história de uma infração penal. Nesse entender da finalidade e até mesmo no conceito de sistema, há esse princípio unificador, o qual integra todas essas definições inseridas no conjunto de normas que denominamos de Sistema Processual Penal.

Cumprе argumentar que há dois tipos de princípios que unifica o sistema, podendo ser denominado de Princípio Inquisitivo ou Princípio Acusatório. E para definir, de acordo com o livro de Direito Processual Penal do professor Aury Lopes Junior (2019) e especialmente o professor Jacinto Coutinho (2000) , o que faz um sistema ser unificado por um Princípio Inquisitivo ou Princípio Acusatório é a análise da gestão de provas, especialmente o papel do magistrado no procedimento de gestão da prova.

Isto é, sem as provas e a sua produção adequada, não se consegue reconstruir a história. Se a prova estiver na gerência ou na gestão do magistrado, está diante de um sistema inquisitorial. De outro modo, caso a gestão da prova estiver com as partes esse sistema é acusatório. No processo, a história de um fato criminoso se revela por meio das

provas. De acordo com o Código Processual Penal (BRASIL, 1941), são considerados meios de provas: Provas testemunhais; palavra da vítima; laudos de psicólogos; exames de corpo de delito; autópsia; acareações; reconhecimento de pessoas; o próprio interrogatório do acusado como meio de prova, a confissão etc.

Se a acusação não se desvencilha da Presunção de Inocência por meio da reconstrução do fato pretérito a partir das provas, o sujeito deve ser absolvido por meio da Presunção de Inocência e pelo Princípio *In Dubio pro Reo*, conforme disposto no Código de Processo Penal no artigo 386, inciso VII, CPP/1941 art. 386. “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação. ”

Nessa contextura, tal como leciona Coutinho (2017) em sua obra intitulada “Sistemas

Processuais Penais”, o sistema inquisitório remonta a história da Idade média, a partir do século XII, especialmente pela igreja católica que instituiu os Tribunais do Santo Ofício. Inicialmente existiam os inquisidores, que eram justamente pessoas vinculadas a igreja sendo os únicos responsáveis por investigar, acusar, julgar e muitas vezes executar a própria pena imposta ao suposto herege. Posto isso, delineia-se que no sistema inquisitório terá um único sujeito, que se denominará de inquisidor, em que acabava acumulando funções, tal qual o próprio inquisidor atuava como defensor.

Não obstante isso, neste “novo” (e perverso) sistema, os acusados são vistos como os verdadeiros pecadores, os portadores da verdade, a qual deveria se obter por qualquer meio, a qualquer custo, admitindo inclusive a tortura. Ademais, a etimologia da palavra inquisitória está ligada a palavra inquérito, com a ideia de extrair a reconstrução histórica de um fato por meio de perguntas e diligências. Tocante ainda ao tema versado Coutinho (2017) afirma que o sistema enxerga o acusado não como um ser humano detentor de direitos constitucionais e deveres no processo, mas sim um sujeito como mero objeto que como tal deve servir ao inquisidor, que

pode fazer qualquer coisa para extrair a verdade. Desta forma, o sujeito serve para a busca da verdade real

O sistema inquisitório, na sua pureza, é um modelo histórico. Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. As transformações ocorrem ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório.

Neste contexto, no sistema inquisitório não há imparcialidade e não há contraditório. Via de regra, esse processo é sigiloso, além disso, esse julgador age na maioria das vezes sem provocação prévia, o julgador pratica atos de ofício, dentre as quais a produção da prova. É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções nas mãos do juiz de atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu conforme descreve Lopes Junior (2019).

O autor supracitado posiciona-se inversamente à colheita de provas por parte do julgador, posto que tal conduta conduziria o chamado "quadro mental paranoico", tendo em vista que, (juiz-ator) primeiro decide (definição da hipótese) e posteriormente demonstra entender os fatos (prova), ou seja, o juiz já teria decidido antes dos fatos que meramente seriam apenas para justificar sua decisão tomada. O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos. Tal entendimento tem valioso sufrágio doutrinário conforme explica Lopes Junior (2019, s/p):

A distinção entre os sistemas acusatório (constitucional) e inquisitório se dá, essencialmente, pela "gestão da prova". Historicamente o processo penal inquisitório se caracterizou pelo ativismo judicial – juiz ator – atribuindo ao juiz poderes para buscar, de ofício, a prova, que posteriormente iria justificar sua própria decisão.

Existe ainda outra característica que define o sistema acusatório, sendo a separação das funções. Conforme se depreende

da doutrina, há um primeiro órgão que acusa, outro que julga e por fim o que defende. A simples divisão de funções não é o suficiente para caracterizar o princípio acusatório e toda a sua estrutura. Veja que não basta para o sistema acusatório a separação de funções, é preciso avaliar se o juiz tem a gestão da prova.

Noutra angulação, o direito inglês, com a Magna Carta, demonstra uma estruturação de sistema acusatório. No sistema acusatório a gestão da prova não está nas mãos do juiz, esse é apenas expectador, pois se a finalidade do processo é a reconstrução histórica de um fato pretérito da infração penal, por meio da instrução probatória, é justamente as partes que devem produzir provas, deste modo, o juiz deve ficar distante. No sistema acusatório, é de extrema relevância destacar que a posição do juiz é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador.

O estudo dos sistemas processuais penais na atualidade tem que ser visto com o “olhar da complexidade” e não mais com o “olhar da Idade Média”. Significa dizer que a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição. Assegura-se a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova nas mãos das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual. Não podemos esquecer,

ainda, da importância do contraditório para o processo penal e que somente uma estrutura acusatória o proporciona

Atualmente o sistema é considerado como “Sistema Misto”, ele nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. É a definição geralmente feita do sistema brasileiro (misto), pois muitos entendem que o inquérito é inquisitório e a fase processual acusatória.

Quando um sistema arbitrário é autorizado, há uma alta probabilidade de ocorrer atrocidades no processo penal, já que não há controle adequado sobre ele. É essencial ter muito cuidado com o processo penal, pois a sociedade verá com repulsa um sistema que acusa pessoas sem flagrante e se baseia apenas em uma reconstrução histórica das autoridades, especialmente policiais.

## **A PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

A prova testemunhal é um dos meios de prova mais utilizados no processo penal. Ela consiste no depoimento de uma ou mais pessoas que presenciaram os fatos que são objeto de investigação ou julgamento. A prova testemunhal está regulamentada nos artigos 202 ao 225 do CPP (BRASIL, 1941).

Segundo o Código de Processo Penal brasileiro, a prova testemunhal é considerada como meio de prova direto e pessoal (artigo 202)<sup>1</sup>, ou seja, depende da percepção sensorial do depoente sobre os fatos a serem comprovados. O artigo 202 do Código de Processo Penal diz que “todos podem testemunhar”, o que é normal porque cada um de nós tem a capacidade de testemunhar um fato que foi presenciado e posteriormente, do que aconteceu no passado, para ser sentido, onde o depoimento se refere ao fato passado. Quando se trata da pessoa como um todo, sim, todos podem, porém,

---

<sup>1</sup> Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

algumas pessoas são julgadas pela credibilidade, como no caso das autoridades policiais.

De acordo com a doutrina, a prova testemunhal é um meio de prova de grande importância, pois, muitas vezes, é a única forma de se esclarecer os fatos que são objeto de investigação ou julgamento. Segundo Guilherme de Souza Nucci:

Não há dúvida de que a prova testemunhal é, em muitos casos, o meio de convicção mais importante no processo penal. Ela representa a manifestação de terceiros que, na qualidade de observadores dos fatos, dão ao juiz um panorama mais completo do que teria se atuasse apenas com base em provas documentais ou periciais. Portanto, trata-se de um instrumento vital para o desenvolvimento da verdade real.

O Código de Processo Penal brasileiro estabelece uma série de regras e requisitos para a produção da prova testemunhal. Um dos principais requisitos é a idoneidade da testemunha, que deve ser capaz de prestar depoimento e não ter impedimento legal para fazê-lo (artigo 207)<sup>2</sup>. Além disso, é proibido depor como testemunha o cônjuge, ainda que separado judicialmente, o ascendente, o descendente e o irmão do acusado ou da vítima (artigo 206)<sup>3</sup>. Outro requisito importante é a imparcialidade da testemunha, que deve ser isenta de qualquer interesse no processo e não pode ter participado dos fatos que são objeto de investigação ou julgamento (artigo 206). Além disso, é proibido ao juiz formular perguntas sugestivas ou que induzam a resposta desejada (artigo 212)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

<sup>3</sup> Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

<sup>4</sup> Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação

O depoimento da testemunha deve ser prestado em audiência, perante o juiz, as partes e seus advogados (artigo 203)<sup>5</sup> O depoente deve prestar compromisso de dizer a verdade (artigo 209)<sup>6</sup>, e o juiz deve adverti-lo das penas previstas para o crime de falso testemunho (artigo 211)<sup>7</sup>

Nesse sentido, ao examinar a prova, Aury Lopes Jr (2017, s/p). leciona a relevância desta dentro do processo penal:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.

Em consonância com o pensamento do autor acima supracitado, enquanto o depoimento de uma testemunha é atribuído a um peso mais determinante aos possíveis propósitos de um julgamento, ainda assim pode-se legitimamente pouco fazer para manter a credibilidade desse tipo de prova. As medidas supostamente escolhidas pelos legisladores para fins de preservação devem, em particular, serem abordadas com mais detalhes sobre qual é a real segurança da

---

com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei no 11.690, de 2008)

<sup>5</sup> Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

<sup>6</sup> Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

<sup>7</sup> Art. 211. Se o juiz, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito.

memória humana e quais são os riscos de que o tempo impeça a modificação ou exclusão das informações dos fatos.

Em que pese a relevância dos argumentos expendidos, é costume definir depoimento de testemunha como prova oral apresentada perante um tribunal ou comissão de inquérito, por meio do qual alguém, que não é parte no processo, reconstrói historicamente os fatos relevantes para o julgamento. Anteriormente conhecido por testemunhas oculares ou percebido pelos sentidos conforme descritos por Comoglio (2010).

Vale a pena mencionar que o autor supracitado afirma que alguns elementos desta definição: Normalmente, a prova é apresentada a um tribunal ou a um equivalente, as testemunhas são presumivelmente terceiros imparciais, e o depoimento de testemunha é, pelo menos em teoria, (mesmo sentimento supostamente provado por testemunha). As linhas fixadas na superfície do papel são replicadas sem mais intervenção humana. No caso do testemunho, por outro lado, após o reconhecimento, é a pessoa que replica as linhas por voz ou gesto.

Hodiernamente, milhares de testemunhas depõem sobre uma ampla variedade de tópicos em tribunais de todo o mundo. Por meio de depoimento, você pode provar a força motriz por trás de um acidente de trânsito, o assédio moral de um empregador, abuso infantil ou a autoria de um assassinato. Portanto, a relevância desse tipo de prova para o sistema judicial não pode ser negada. Paradoxalmente, para George Marmelstein (2022) muitos juízes acreditam que podem extrair o verdadeiro valor probatório das declarações, interpretar sinais ocultos, descobrir mentiras e reconstruir a realidade de forma confiável.

Diante desse contexto o autor diz que os juízes geralmente não são ingênuos o suficiente para acreditar que a memória humana é sempre precisa e imparcial, especialmente quando o tempo decorre entre o evento e a declaração, ainda mais pelas condições externas do ambiente que afetam a testemunha, como a iluminação, a distância e a duração do acontecimento. No entanto, as palavras de

testemunhas oculares têm um grande impacto em muitos casos, incluindo o processo de reconhecimento de suspeitos.

## **CREDIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL**

A importância da credibilidade na confirmação de depoimentos e reconhecimentos é fundamental e varia em sua força justificatória de acordo com sua qualidade. Quanto menor a confiança do depoente (incluindo vítimas, testemunhas e declarantes), menor será sua contribuição para o padrão probatório. A credibilidade é vista como um parâmetro subjetivo, relacionado ao sujeito que presta o depoimento e sua relação com a causa, enquanto a confiabilidade é fator objetivo (NUCCI, 2017)

A credibilidade da prova testemunhal é um elemento fundamental para a produção da verdade real no processo penal. O Código de Processo Penal brasileiro estabelece que o depoimento da testemunha deve ser valorado pelo juiz de acordo com sua credibilidade, o que implica na análise de sua capacidade de percepção, memória e comunicação, bem como de sua imparcialidade e interesse no resultado do processo.

Ao avaliar a credibilidade de um depoente, é importante considerar não apenas suas limitações cognitivas e intencionalmente planejadas, mas também a possibilidade de má-fé. A simples afirmação de dizer a verdade, conforme exigido pelo código de processo penal, não é suficiente para garantir a confiança de uma testemunha. Incensurável afigurasse-nos tal entendimento que, evidentemente, não pode configurar violação do indigitado artigo 203 do CPP.

Embora a credibilidade seja subjetiva, sua análise não deve ser meramente baseada nas heurísticas do pensamento do julgador, mas sim corroborada por elementos concretos do processo, a fim de garantir uma valorização justa e interdisciplinar. A presença de vieses deve ser evitada, e é importante ter um dever de fiscalização

sobre esses vieses para garantir que haja correspondência adequada no processo.

O artigo 21346 e o artigo 21447 do Código de Processo Penal brasileiro são dispositivos que regulamentam a produção da prova testemunhal em processos criminais. É possível denotar-se que a disposição do artigo 214 estabelece que a inquirição das testemunhas deve ser feita de forma oral e pessoalmente perante o juiz. Isso significa que as testemunhas devem ser ouvidas diretamente pelo magistrado, de modo que ele possa avaliar a sua credibilidade e a precisão de seus relatos. Além disso, o artigo 214 também estabelece que as testemunhas devem prestar compromisso de dizer a verdade. Esse compromisso é uma forma de garantir a seriedade do depoimento e a sua relevância para o processo. Por sua vez, prevê a possibilidade de contradita, que é o direito da parte de impugnar a testemunha por suspeição, impedimento ou inidoneidade.

A contradita é um instrumento importante para garantir a imparcialidade e a veracidade dos depoimentos das testemunhas. Ela pode ser utilizada quando a parte tem motivos para questionar a credibilidade ou a imparcialidade da testemunha, como, por exemplo, quando há parentesco ou amizade entre a testemunha e a outra parte do processo, ou quando a testemunha tem interesse direto no resultado da ação<sup>50</sup>.

Deste modo, a contradita é uma forma de garantir que as testemunhas ouvidas em juízo sejam confiáveis e imparciais. A impugnação da testemunha deve ser fundamentada e deve ser apreciada pelo juiz, que irá decidir se a testemunha deve ser aceita ou não. Caso a contradita seja aceita, a testemunha não será ouvida e será substituída por outra pessoa com conhecimento dos fatos. Não obstante, tem-se a descrição do artigo 213 do Código de Processo Penal, o qual estabelece um importante regra em relação ao depoimento de testemunhas em um processo judicial. De acordo com essa norma, o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais durante o depoimento, a menos que essas

opiniões sejam inseparáveis da narrativa dos fatos. Essa regra tem como objetivo principal garantir que o testemunho seja objetivo e baseado em evidências concretas, sem ser influenciado pelas opiniões pessoais da testemunha.

A importância dessa regra está diretamente relacionada à credibilidade da prova testemunhal. A prova testemunhal é um dos principais meios de prova em um processo judicial, uma vez que permite que sejam apresentados depoimentos de pessoas que têm conhecimento direto dos fatos em questão. No entanto, para que a prova testemunhal seja considerada confiável e tenha peso probatório, é necessário que os depoimentos sejam objetivos e baseados em fatos, e não em opiniões pessoais ou interpretações subjetivas.

Assim, quando uma testemunha é chamada a depor em um processo judicial, ela deve se limitar a relatar os fatos que presenciou ou que tem conhecimento direto, sem fazer comentários pessoais ou expressar opiniões ou juízos de valor. Se a testemunha tentar expressar sua opinião pessoal ou interpretação subjetiva dos fatos, o juiz deve intervir e solicitar que ela se atenha aos fatos objetivos.

É evidente que há situações em que as apreciações pessoais da testemunha são inseparáveis da narrativa dos fatos. Nesses casos, o juiz permitirá que a testemunha faça seus comentários pessoais, pois eles são necessários para a compreensão dos fatos em questão. Por exemplo, se uma testemunha presenciou um crime e acredita que a ação do acusado foi claramente intencional, ela pode expressar sua opinião pessoal nesse sentido, uma vez que essa opinião é inseparável da narrativa dos fatos.

Em suma, o artigo 213 do Código de Processo Penal estabelece uma regra importante em relação ao depoimento de testemunhas em um processo judicial. Essa regra tem como objetivo garantir que o testemunho seja objetivo e baseado em evidências concretas, sem ser influenciado pelas opiniões pessoais da testemunha. No entanto, há situações em que as apreciações pessoais da testemunha são necessárias para a compreensão dos fatos em questão, e nessas

situações o juiz permitirá que a testemunha se manifeste. A observância dessa regra é fundamental para garantir a credibilidade da prova testemunhal e, conseqüentemente, a justiça no processo judicial.

É importante ressaltar que a prova testemunhal pode ser influenciada por diversos fatores, como a sugestão, a pressão social e as falsas memórias. As falsas memórias são um fenômeno psicológico em que uma pessoa se lembra de algo que não aconteceu ou que aconteceu de forma diferente do que ela se lembra. Esse tipo de memória pode levar as testemunhas a fornecer informações incorretas ou distorcidas, o que pode prejudicar a justiça.

Diante desse cenário, é fundamental que os magistrados e demais profissionais envolvidos em processos judiciais estejam atentos aos possíveis efeitos das falsas memórias na prova testemunhal. É necessário avaliar criteriosamente as informações fornecidas pelas testemunhas, questionando-as de maneira objetiva e buscando confirmar ou refutar os seus relatos por meio de outras fontes de prova, como documentos, perícias e evidências físicas.

Portanto, a relação dos artigos 213 e 214 com a prova testemunhal se dá no sentido de que eles estabelecem as regras para a inquirição de testemunhas em juízo, garantindo que o depoimento seja prestado oralmente e que a testemunha seja aceita somente se não houver suspeição, impedimento ou inidoneidade. Assim, os artigos têm como objetivo garantir a imparcialidade e a veracidade das provas testemunhais apresentadas em processos criminais.

De forma sucinta, os artigos 213 e 214 do Código de Processo Penal estabelecem as regras para a produção da prova testemunhal em processos criminais. A prova testemunhal é uma fonte de prova importante, mas é preciso ter cautela ao avaliar a credibilidade das testemunhas e a precisão de seus relatos, tendo em vista a possibilidade de influência das falsas memórias.

A credibilidade é um elemento essencial na definição da suficiência probatória, mas pode ser contestada em situações

envolvendo depoimentos de vítimas, crianças e pessoas ouvidas na acusação.

Coerente a esse entendimento, Floris Bex (2018) exemplifica que uma testemunha com credibilidade é alguém reconhecido na comunidade como uma pessoa honesta. No entanto, é importante lembrar que a definição de honestidade é subjetiva e não oferece um padrão objetivo para avaliar a confiança da testemunha.

Em relação à formação moral, é defendido que deve ser avaliado de acordo com o entendimento do conceito. Não é adequado deixar que o julgador decida sobre o grau de moralidade dos indivíduos com base em sua suposta neutralidade, pois ele não é “super-humano” e não possui um padrão ético universal com capacidade de delimitar essa moralidade à sociedade. No entanto, há alguns elementos que podem ser usados para avaliar a formação moral, como antecedentes criminais por falsificação de documentos ou falso testemunho, ou a admissão da testemunha de ter mentido anteriormente durante algum processo.

O testemunho da vítima é questionável devido ao seu evidente interesse no processo. Ao prestar depoimento, uma vítima pode ser influenciada por emoções como paixão, ódio, ressentimento, narrando os fatos de forma conveniente para ela, em vez de como realmente aconteceram.

De outra parte, não é demasiado lembrar a célebre advertência efetuada por Lopes Jr (2019), que concorda com essa visão, argumentando que a vítima é duplamente contaminada: do ponto de vista processual, por não prestar compromisso de dizer a verdade, e do ponto de vista material, por fazer parte do fato criminoso. No entanto, ele também defende que não se deve presumir automaticamente que o depoimento da vítima é negativo ou positivo, mas sim analisar as circunstâncias específicas do caso e compará-lo com outras evidências disponíveis. É imprudente descartar o depoimento da vítima apenas por ela estar envolvida no crime.

É recomendado que haja cautela na avaliação das declarações das vítimas, uma vez que é natural que elas queiram descobrir o autor do delito, o que pode levar a suposições e afirmar que determinadas “dúvidas” sejam levadas como “certezas”, agravando ainda mais o sofrimento decorrente da ofensa.

Gustavo Badaró (2016) considera aceitável utilizar os depoimentos das vítimas como base para uma condenação penal, contanto que não seja a única prova nos autos e que haja corroboração por outras provas, mesmo que sejam circunstanciais. Especialmente em crimes que são difíceis de elucidar, como aqueles que atentam contra a dignidade sexual e os praticados em contexto de violência doméstica. Contudo, é importante ressaltar que em certas circunstâncias, a psicologia considera que a confiança de certos depoentes pode ser frágil, como no caso de crianças com idade inferior a três anos, pois apresentam maior suscetibilidade à sugestão de influências externas.

Crianças com idade inferior a sete anos são particularmente sentidas a influências externas, como a pressão e a sugestão vinda de informações falsas, o que compromete sua confiança como depoentes. Esses autores estabelecem critérios específicos para avaliar a confiança das crianças como testemunhas (ROEBERS,2019). Assim, são considerados indicativos de relatos com estrutura lógica, mas espontâneos, contextualização dos fatos, descrição detalhada da sequência dos eventos, apresentados detalhes a partir de uma perspectiva infantil e uma resposta emocional adequada à idade.

## **CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CROSS EXAMINATION**

A mudança na forma de inquirir as testemunhas foi o segundo problema alcançado e foi resolvido por meio de uma alteração na legislação. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, modificou o artigo 212 do Código de Processo Penal para se adequar às regras do sistema acusatório, estabelecendo que as perguntas devem ser feitas diretamente às testemunhas pelas partes envolvidas, e não pelo juiz,

não permitindo questões que podem induzir uma resposta, não estar relacionado ao caso ou já ter sido respondido. Caso haja pontos não esclarecidos aí sim o juiz pode complementar a inquirição (BADARÓ, 2016).

Antes da modificação trazida pela Lei nº 11.690/2008, o artigo 212 do Código de Processo Penal permitia que o juiz formulasse as perguntas às testemunhas, o que demonstrava um traço inquisitorial no sistema. Além disso, o magistrado questionava a testemunha antes das partes, o que não está de acordo com o sistema acusatório que prevê que a acusação e a defesa gerenciem a prova. Esse sistema era chamado de presidencialista, onde o juiz tinha um papel mais ativo no processo, o que ia contra a ideia de imparcialidade que se espera de um magistrado. Com a modificação, a lei estabeleceu que as perguntas devem ser feitas pelas partes e, somente após a inquirição, o juiz poderá complementar o questionamento para esclarecer algum ponto relevante (GONÇALVES, 2022).

É importante lembrar que a principal diferença entre o modelo acusatório e inquisitório é a gestão da prova. Se o juiz tiver controle sobre a produção de prova, o sistema é inquisitório. Por outro lado, se a gestão da prova estiver nas mãos do órgão acusador, o sistema é acusatório. No modelo acusatório, o juiz deve permanecer imparcial e não intervir no processo de produção de prova, mesmo que as partes não tenham produzido provas suficientes. Ele deve decidir com base nas provas que foram aprovadas nos autos e, em caso de dúvida, absolver o réu. Isso pode resultar em uma prova incompleta ou insuficiente, mas é o preço a ser pago pelo modelo acusatório.

Ainda para o autor supracitado as alterações realizadas em 2008 tiveram um impacto significativo na metodologia da coleta de provas testemunhais. Além da ordem em que as testemunhas são interrogadas - primeiro as listadas pela acusação e depois as listadas pela defesa -, houve uma mudança importante na forma como as perguntas são formuladas. A lei é clara nesse sentido e tem apoio constitucional. De acordo com a nova abordagem, as partes

perguntam diretamente à pessoa que está testemunhando, antes que o juiz possa fazer suas próprias perguntas. Isso permite que a parte que chamou a testemunha demonstre o que pretende provar por meio de suas perguntas. Depois disso, a parte adversa pode fazer perguntas de interesse próprio para exercer o contraditório na metodologia de interrogatório. Esse método garante o equilíbrio e o contraditório na formação da prova.

Com essa abordagem, a parte demonstra o que pretende provar com a inquirição de determinado sujeito, e em seguida, garante-se o contraditório. Por fim, o juiz complementa a situação processual com perguntas suplementares, a fim de esclarecer pontos que não ficaram claros. Isso reflete um sistema democrático, ético e transparente de processo penal, evitando a parcialidade do sujeito julgador e evitando abordagens inquisitoriais (BASTOS, 2008).

A nova abordagem exige a presença do acusador e do defensor na audiência e no acompanhamento do processo, sob pena de violação das garantias constitucionais. O juiz ainda tem controle sobre as perguntas feitas na audiência e a avaliação da prova continua sendo sua responsabilidade. Essa é a nova metodologia legal incorporada no processo constitucional, tanto formal quanto substancial, e deve ser seguida. No que diz respeito à discussão doutrinária sobre a necessidade ou não de ouvir a vítima, isso é de interesse da acusação, e, portanto, a acusação deve fazer as perguntas primeiro, a menos que a oitiva tenha sido iniciada puramente pela defesa (GIACOMOLLI; GESU, 2007).

É importante destacar que a possibilidade de as partes fazerem perguntas durante a instrução processual não significa que o juiz perde o controle do processo. Pelo contrário, a mudança tem como objetivo tornar o procedimento mais ágil e preciso, além de permitir o registro dos depoimentos por meio de recursos tecnológicos como gravação magnética, estenotipia, tecnologia digital e audiovisual, que garantem a fidelidade das informações prestadas destaca Bastos (2007).

Através da lei mencionada, o processo penal brasileiro aproximou-se do modelo de cross-examination norte-americano. Agora, tanto a acusação quanto a defesa têm o direito de formular perguntas diretamente às testemunhas e realizar o contra interrogatório da parte adversa. No entanto, ao contrário do modelo americano, o juiz não fica limitado a apenas presidir o ato, podendo complementar a inquirição em pontos que não ficaram esclarecidos.

No entanto, a alteração da legislação apresentou uma semelhança maior com o que os italianos chamam de "esame incrociato" (interrogatório cruzado), já que o Código de Processo Penal italiano permite a intervenção do juiz no final do processo. O "exame cruzado", conforme descrito por Tonini(2000) é um mecanismo complexo e articulado com regras precisas, cujo objetivo é submeter o declarar a uma verificação imediata realizada pelas partes adversas.

A falta de densidade constitucional e a persistência das bases inquisitoriais do sistema probatório brasileiro são evidentes na falha regulamentação dos meios de prova e de produção da prova. Concentrando-se no artigo 212 do Código de Processo Penal, deve-se destacar a ausência de uma regulamentação adequada da metodologia de inquirição. As partes precisam aguardar sua vez para perguntar ou podem interromper a outra parte e formular perguntas durante a audiência, aproveitando a informação prestada.

Além disso, a responsabilidade pela produção da prova testemunhal foi atribuída às partes, com o objetivo de persuadir o julgador. Nesse sentido, cabe ao Ministério Público provar a acusação e superar a presunção de inocência. Por outro lado, o réu não tem a obrigação de produzir provas, pois a presunção lhe é favorável, podendo inclusive exercer o direito ao silêncio sem prejuízo. Entretanto, o réu poderá apresentar provas para minimizar os riscos de uma sentença condenatória desfavorável.

Nesse contexto, quando o acusado alega sua inocência, não é sua obrigação provar isso. A defesa pode ter interesse em provar a

falta de confiança da prova e gerar dúvidas quanto à acusação, seja por demonstrar que o réu não foi o autor, que o fato não ocorreu, ou por meio de defesas processuais e argumentos de qualificação jurídica. O objetivo da defesa é criar uma dúvida razoável no julgador e tornar sua alegação crível.

Por sua vez, o juiz é responsável pela condução do processo, garantindo o cumprimento das normas do devido processo legal. Para Giacomolli (2007) quando o juiz rejeita perguntas que não tenham relação com os fatos ou que não sejam relevantes para a decisão, está garantindo a razoabilidade da duração dos depoimentos, uma proteção constitucional prevista no artigo 5o, LXXVII.

Embora a consideração de perguntas sugestivas evite a formação de falsas memórias, uma patologia presente na realidade processual, o legislador não considerou a vantagem de permitir que a testemunha faça um relato livre antes de responder às perguntas das partes. Quanto mais abrangente o relato, mais confiável ele será, mesmo que não defenda muitos detalhes.

Portanto, apesar de a segurança de perguntas sugestivas ser um mecanismo de controle para evitar a formação de memórias falsas, ainda há um problema na falta de regulamentação sobre o relato livre da testemunha antes das perguntas. Assim, é importante determinar a redução de danos diante dessa questão, já que uma solução definitiva pode ser impossível.

## **FALSAS MEMÓRIAS**

As falsas memórias são memórias que diferem das memórias verdadeiras por consistirem no todo ou em parte de memórias de informações ou eventos que realmente não aconteceram. As falsas memórias são o resultado do funcionamento normal e não patológico da nossa memória. É uma nova área de pesquisa em processo penal que tem sido pouco estudada pelos juristas. Assim, por se tratar de um tema marcadamente interdisciplinar e que carece

da necessária interseção com outros campos como a psicologia, a neurociência e afins, esvazia o debate sobre o significado. Os riscos de acusar um inocente ou ser condenado por um crime não são pequenos em casos de falsas memórias conforme relata Stein (2010).

É importante destacar que o elemento que motiva os sistemas processuais a mudarem ao longo do tempo é a verdade. A realização de atividades de prova, como a maioria dos autores recomenda, está diretamente relacionada à busca da verdade, pois a finalidade da prova em processos criminais é, como dito anteriormente, a reconstrução de fatos históricos do crime. Durante muito tempo a busca da verdade real fez com que fossem realizadas diversas ações probatórias, embora sem previsão legal, justificadas simplesmente pela força do objetivo da verdade. Este é conhecido como o princípio da verdade real.

A ideia de verdade real foi originalmente discutida em meio à Inquisição justificada pelo direito penal utilitarista, e desde então tem sido utilizada para justificar o abuso judicial. Como veementiza a doutrina Aury Lopes Jr (2019, s/p):

Historicamente, está demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre que buscou uma “verdade mais material e consistente” e com menos limites na atividade de busca, produziu uma “verdade” de menor qualidade e com pior trato para o imputado. Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura –, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados.

As informações são armazenadas na memória e depois recuperadas como se tivessem sido realmente vivenciadas, o que de fato não era o caso. As falsas memórias podem aparecer de duas maneiras diferentes: espontaneamente (conscientemente – por isso é diferente de mentir) ou por sugestão externa. O estudo dos distúrbios de memória começou há relativamente pouco tempo, mas nas últimas décadas o interesse pelo assunto tem crescido, e não apenas no campo da psicologia.

A esse respeito, merece destaque o pensamento de Oliveira, no final do século XIX, as primeiras tentativas de definição de falsas

memórias foram feitas por meio de estudos experimentais de memória. Em 1885, Ebbinghaus fez vários experimentos que levaram à formulação da curva do esquecimento. Já em 1894, Kirkpatrick fez o primeiro estudo laboratorial de falsas memórias, onde fez a primeira evidência experimental de falsa recordação de palavras associadas a objetos apresentados anteriormente.

Neste sentido, Stein (2010) ressalta que o foco da pesquisa sobre falsas memórias, originalmente, não era o mesmo de agora. Os primeiros pesquisadores sobre este tema se concentraram no processo de recuperação de memórias, mas não deram muita importância à decodificação e armazenamento de memória.

Por outro lado, as pesquisas atuais sobre o fenômeno das distorções de memória concentram-se mais na formação da memória e nas falsas memórias, o que indica que as áreas responsáveis pelo processamento visual primário são responsáveis apenas pela formação das memórias reais, as áreas responsáveis pela visibilidade, enquanto o processamento da memória secundária é responsável pela formação de memórias falsas e verdadeiras.

De acordo com o inciso I do artigo 226 do CPP, “quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: [...] a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida”. No entanto, este não é realmente o caso.

É nessa linha que se desenvolve a definição de Di Gesu (2014), o método mais comum de identificação de uma pessoa é por meio da fotografia, que é utilizada como prova em inquéritos policiais para iniciar investigações. Deste modo, a foto do suspeito é colocada ao lado das fotos de outras pessoas, e a vítima analisa a imagem e pode reconhecer ou não o autor do crime.

Nas palavras Di Gesu (2014), é assim que a lei funciona, pois se a vítima ou testemunhas não conhecem o acusado, não podem identificá-lo porque não possuem a sua fotografia em sua memória. No entanto, se solicitado por uma fotografia durante o reconhecimento, a memória pode ser distorcida para lembrar o

agressor mostrado no processo de imagem, em vez do verdadeiro agressor.

A tendência dominante do pensamento do sistema de investigação criminal brasileiro de acreditar que as memórias humanas são fotografias torna muito importante o estudo das falsas memórias no direito penal. A psicologia afirma que tal conclusão está fora de questão há muito tempo e que existem vários fatores que podem afetar a memória (CHAVES, 2017).

## **FATORES DE INFLUÊNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL**

A prova testemunhal é uma das principais formas de obtenção de evidências em um processo penal, e sua influência na decisão do juiz pode ser determinante para o resultado do julgamento. No entanto, a veracidade das informações fornecidas pelos depoentes pode ser influenciada por diversos fatores, tais como a sua capacidade de observação, memória, estado emocional, entre outros, verificar a credibilidade das testemunhas, como a possibilidade de contraditório e a apresentação de outras provas que confirmem ou refutem as informações fornecidas pelos depoentes (OLIVEIRA, 2015).

É importante que o juiz esteja atento aos fatores que influenciam a prova testemunhal no processo penal e avalie cuidadosamente o conteúdo dos depoimentos para evitar decisões equivocadas. Além disso, o sistema jurídico deve oferecer meios para. Nesse sentido, a literatura jurídica destaca a importância da aplicação dos princípios da imediação e da oralidade no processo penal, que permitem ao juiz avaliar diretamente a prova testemunhal e ter um contato mais próximo com as testemunhas.

Além disso, a utilização de técnicas de interrogatório e entrevista pode contribuir para a obtenção de informações mais precisas e confiáveis.

No Brasil, a análise empírica da conduta judiciária mostra que a avaliação do depoimento tende a ser instintiva. O resultado é o amadorismo sob o pretexto de experiência, onde as provas são

avaliadas caso a caso de acordo com as impressões subjetivas do juiz e são de menor importância. Em algumas situações, as palavras das testemunhas e até das vítimas são tratadas como rainhas da prova, com valor probatório quase absoluto. Em outros contextos, o testemunho é visto com total desconfiança, completamente ignorado, até mesmo tratado como “prostituta das provas”.

É notório a falta de parâmetros confiáveis para avaliar corretamente os depoimentos das testemunhas pode levar a injustiças com graves consequências. A análise estatística dos erros judiciais tende a ressurgir as faltas cometidas pelas testemunhas. No contexto norte-americano, cerca de 70% das condenações de inocentes exoneradas por teste de DNA tiveram algum tipo de falso testemunho que contribuiu para a formação injustificada de culpa, algumas delas decorrentes de erros honestos.

No Brasil, infelizmente, ainda não há dados confiáveis para identificar as principais causas de erros judiciais. Ainda assim, o sistema de coleta e avaliação de depoimentos é muito mais frágil do que nos Estados Unidos, então com esses dados provavelmente teria se alcançado números semelhantes ou até piores. Embora ainda não tenhamos um sistema eficiente de detecção, análise e classificação, existem alguns exemplos do mundo real realizados pelo Innocence Project Brasil, que demonstram casos em que a prova testemunhal quando valorada da maneira errada acaba levando pessoas inocentes à condenação.

O Innocence Project Brasil (IPB) é uma organização não governamental que tem como objetivo principal a busca pela justiça e pela exoneração de pessoas que foram condenadas injustamente no sistema de justiça criminal brasileiro. O IPB é afiliado ao Innocence Network, uma rede internacional de organizações que trabalham com o mesmo propósito. O IPB se baseia em pesquisas e estudos sobre erros judiciais e a influência de fatores externos na formação das decisões judiciais, como a falta de parâmetros confiáveis para avaliar corretamente os depoimentos das testemunhas. A organização também se baseia em dados estatísticos

e análises estatísticas para identificar as principais causas de erros judiciais no Brasil e para fundamentar seus argumentos em favor da revisão de casos de pessoas que foram condenadas injustamente. Dessa forma, a análise cuidadosa dos fatores de influência da prova testemunhal no processo penal se torna fundamental para a garantia de um julgamento justo e equitativo.

### **CEGUEIRA INATENCIONAL (INATTENTIONAL BLINDNESS)**

A cegueira inatencional, também conhecida como inattentional blindness em inglês, é um fenômeno psicológico em que uma pessoa pode deixar de perceber algo que está claramente visível em seu campo de visão, simplesmente porque sua atenção está focada em outro ponto. Esse fenômeno pode afetar a qualidade da prova testemunhal em um processo penal, já que os depoentes podem não ter percebido informações importantes em razão de estarem concentrados em outros aspectos do evento.

Segundo Kassin, Tubb, Hosch e Memon em seu artigo intitulado "On the "General Acceptance" of Eyewitness Testimony Research: A New Survey of the Experts", a cegueira inatencional pode ocorrer em situações em que o indivíduo está distraído ou sob estresse emocional, o que pode limitar sua capacidade de percepção e atenção. Isso significa que uma testemunha que tenha presenciado um assalto, por exemplo, pode ter se concentrado tanto no rosto do assaltante que deixou de perceber outros detalhes importantes, como o tipo de arma utilizada ou o veículo utilizado na fuga.

É um padrão comum quando muitos julgadores, testemunhas e vítimas efetuam erros honestos. Involuntariamente, a mente humana confunde e distorce a realidade, e a injustiça inconsciente pode levar a consequências devastadoras na realidade. A percepção humana pode ser influenciada por fatores que antecedem o próprio evento. O cérebro humano normalmente desenvolve estratégias cognitivas para recuperar informações relevantes com um gasto mínimo de energia. Uma estratégia é reduzir o foco atencional para

que apenas os estímulos mais importantes sejam reconhecidos, codificados e armazenados na memória. A atenção seletiva pode, portanto, causar uma redução no campo visual e afetar negativamente o desempenho cognitivo.

Não obstante, para o doutrinador, concentrar-se em uma atividade específica prejudica a capacidade de atentar-se a tudo o que está acontecendo ao redor. Em alguns casos, a incapacidade de processar todas as informações recebidas e, assim, perder estímulos no campo visual pode levar ao que é chamado de “cegueira inatencional” (Inattentive blindness).

A incapacidade de perceber os evidentes detalhes que se revelam indica que a capacidade perceptiva é muito mais limitada do que se imagina. A atenção seletiva não apenas “cega” para certos aspectos da realidade, como também para a própria cegueira. Para as testemunhas, a cegueira intencional pode afetar a forma como elas percebem certos eventos quando ocorrem inesperadamente. As testemunhas geralmente se preocupam com determinadas atividades antes de compreender que algo estranho está acontecendo (MARMELSTEIN, 2022)

Não se pode garantir que todos os estímulos sejam coletados em sua totalidade, todavia, aspectos relevantes do evento podem não ser totalmente capturados ou interpretados de forma fragmentada. Portanto, o conhecimento do que a testemunha estava fazendo antes e durante o evento é um fator de suma importância para a exata ponderação da percepção. Cientistas cognitivos usam termos específicos para se referir ao processo de memória e adotam conceitos como percepção, aquisição, codificação, armazenamento, recuperação e recordação.

Primeiro, as testemunhas são inundadas com estímulos e informações do ambiente: sons, cores, luzes, toque, vento, imagens e movimento. Alguns desses estímulos produzem respostas neurais conscientes e inconscientes que são detectadas e processadas pelo cérebro. A recuperação ocorre quando acontece a evocação, sendo um ato consciente de recuperar informações armazenadas.

No geral, nosso sistema de memória é uma visão biológica bastante eficiente. Basta dizer que está programado para processar o máximo de informações relevantes ao menor custo possível. Por um lado, essa estratégia proporciona os ganhos econômicos necessários para a sobrevivência, mas por outro lado, também pode levar ao fracasso cognitivo.

Para evitar sobrecarregar a memória com informações desnecessárias, o cérebro muitas vezes desenvolve estratégias como a atenção seletiva, na qual evita processar estímulos que são interpretados como menos importantes. Da mesma forma, o processo de codificação usará padrões pré-existentes para preencher as lacunas e extrair significado dos dados. Como resultado, grande parte das informações armazenadas é reconstruída a partir de inferências implícitas e nem sempre precisas feitas ao criptografar dados sem uma correspondência exata com os eventos vivenciados (GAZZANIGA, 2018)

O esquecimento de certos detalhes da experiência de vida também pode ser visto como outra manifestação da busca pela competência cognitiva. De certa forma, podemos dizer que esquecer é uma vantagem, pois memórias antigas interferem na recuperação de outras memórias importantes. Deste modo, o cérebro só pode armazenar informações temporariamente, seguindo a orientação da autocorrelação. Coisas que são consideradas úteis tendem a ficar mais tempo na memória. Por outro lado, as informações consideradas irrelevantes são removidas para que energia e espaço cognitivo não sejam desperdiçados.

Como resultado, a memória torna-se cada vez mais fragmentada e menos precisa ao longo do tempo, dando lugar ao desempenho eficiente de outras tarefas cognitivas (QUEIROZ, 2019).

Esse fenômeno pode ter impacto na credibilidade da prova testemunhal, uma vez que a testemunha pode ser incapaz de relatar informações importantes que poderiam contribuir para a investigação e a decisão do juiz. Por isso, é importante que os advogados, juízes e outros profissionais do direito estejam cientes

da possibilidade da ocorrência de cegueira inatencional e considerem esse fator ao avaliar a qualidade da prova testemunhal.

Para minimizar o impacto da cegueira inatencional na prova testemunhal, é importante que os depoimentos sejam coletados em um ambiente que permita a testemunha se concentrar adequadamente e que o questionamento seja conduzido de forma clara e objetiva, evitando distrações desnecessárias. Além disso, outras formas de prova, como imagens de câmeras de segurança ou relatos de outras testemunhas, podem ser utilizadas para complementar a prova testemunhal e fornecer um quadro mais completo do evento em questão.

### **PRIMING E LABELLING EFFECT**

O efeito Priming e o Labelling effect são fenômenos psicológicos que podem afetar a cognição humana e, conseqüentemente, influenciar na prova testemunhal e nas falsas memórias. O efeito Priming é um fenômeno psicológico que ocorre quando a exposição prévia a determinados estímulos influencia a resposta a estímulos posteriores. Este processo ocorre através da ativação de memórias tácitas que afetam a memória e podem levar à distorção ou falsificação dela. Por exemplo, se uma pessoa vê uma foto de um carro vermelho, ela pode ser mais propensa a identificar um carro vermelho em uma cena posterior.

Consoante o doutrinador George Marmelstein (2022), uma das justificativas que explicam o efeito priming é a chamada Lei de Hebb. Quando os neurônios são escarregados juntos encaminham-se para a se manterem associados. Assim, quando dois neurônios são ativados repetidamente ao mesmo tempo, eles tendem a se “conectar”, fortalecendo as conexões sinápticas cada vez que o padrão é repetido, isto é, ficam conectados por um circuito de memória.

Seguindo essa lógica, é possível que alguns dos estímulos recebidos anteriormente tenham o poder de ativar memórias tácitas

específicas que afetam a memória, podendo distorcê-las e levá-la a uma falsa memória. Nesse contexto, as memórias são armazenadas em diferentes áreas do cérebro e influenciam subconscientemente nossa percepção dos eventos.

Além disso, o *labelling effect*, ou efeito rotulagem, é outro componente pré-evento que pode afetar a cognição. Esse efeito é caracterizado pela associação de rótulos ou etiquetas a determinados estímulos, que podem influenciar a percepção, atitudes e comportamentos em relação a esses estímulos. A título de exemplo, se uma pessoa é informada de que uma determinada bebida contém álcool, ela pode perceber efeitos mais fortes em comparação com se não soubesse que a bebida contém álcool.

Na prova testemunhal, o efeito *Priming* pode ocorrer quando uma testemunha é exposta a informações antes ou durante um evento, o que pode influenciar a forma como ela percebe e se lembra do evento. Por exemplo, se uma testemunha é exposta a uma foto de um suspeito antes de uma identificação de suspeito, ela pode ser mais propensa a identificar esse suspeito como o culpado, mesmo que ele não seja. Além disso, o *Labelling effect* pode afetar a forma como uma testemunha percebe e se lembra de um evento. Por exemplo, se um policial informa a uma testemunha que um suspeito é um criminoso perigoso, a testemunha pode ser mais propensa a perceber o comportamento do suspeito como ameaçador, mesmo que não haja evidência objetiva para isso.

Esses efeitos também podem levar a falsas memórias, em que uma pessoa se lembra de eventos que não ocorreram ou se lembra de eventos de forma diferente da realidade. Por exemplo, se uma pessoa é exposta a informações falsas sobre um evento antes de ser questionada sobre ele, ela pode incorporar essas informações em sua memória e acreditar que são verdadeiras.

Ambos os fenômenos, *Priming* e *Labelling effect*, podem afetar a cognição e a memória, e devem ser levados em consideração na análise de testemunhos e depoimentos em processos jurídicos. Portanto, é importante considerar esses efeitos ao avaliar a prova

testemunhal e entender que a memória humana pode ser influenciada por fatores externos, como a exposição prévia a informações e a forma como essas informações são rotuladas ou interpretadas (LOFTUS; PALMER,1974)

## **PRECONCEITO E ESTEREÓTIPOS**

O processo de assimilação de estereótipos pode influenciar a percepção, julgamento e memória das pessoas, mesmo que de forma inconsciente. Segundo Marmelstein (2022) , quando os estereótipos são internalizados, as pessoas tendem a reconhecer a presença de fatores que mais facilmente confirmam o estereótipo, devido aos preconceitos implícitos. Isso ocorre porque características fenotípicas como cor da pele, traços, atratividade, gênero e etnia atuam como etiquetas de padronização que são ativadas automaticamente pelo cérebro.

Esses estereótipos podem influenciar a percepção e a memória de forma significativa, levando a uma distorção da realidade. Conforme destaca Marmelstein "as expectativas impulsionam a percepção, afetam a memória e distorcem completamente a realidade". Dessa forma, os estereótipos podem enviesar a entrega de mensagens para expectativas e buscas de informações que confirmem esses estereótipos, afetando negativamente a percepção e memória das pessoas.

Portanto, é importante estar ciente desses preconceitos implícitos e da influência dos estereótipos na percepção e memória das pessoas. A compreensão desses fenômenos pode ajudar a mitigar os efeitos prejudiciais dos estereótipos e preconceitos na sociedade. É imperioso dizer que tais fatores podem influenciar significativamente na prova testemunhal. A percepção, julgamento e memória das testemunhas podem ser afetados por esses fatores implícitos, que são ativados automaticamente pelo cérebro. As expectativas e estereótipos podem levar a uma interpretação tendenciosa dos eventos e distorção da realidade

As testemunhas podem ser influenciadas pelo estereótipo de gênero, etnia, classe social, entre outros fatores. Por exemplo, se uma testemunha tem um estereótipo negativo de uma determinada etnia, ela pode ser mais propensa a interpretar as ações dessa pessoa de forma negativa, mesmo que a ação não tenha sido realmente negativa. Além disso, os estereótipos podem influenciar na lembrança dos eventos, fazendo com que as testemunhas se lembrem de informações que se encaixam em seus estereótipos, em detrimento de outras informações. As características fenotípicas como cor da pele, traços, atratividade, gênero e etnia atuam como etiqueta de padronização que são ativados automaticamente pelo cérebro e podem influenciar a percepção, o julgamento e a memória mesmo sem ter consciência disso.

## **VIÉS DA PRÓPRIA RAÇA OU DO PRÓPRIO GRUPO**

Uma particularidade relevante da pesquisa de reconhecimento humano é que a capacidade humana de reconhecer rostos familiares é muito superior à capacidade de reconhecer rostos desconhecidos, o que leva a outra variável relevante na medição da qualidade da evidência de reconhecimento: o viés de próprio grupo. Esse viés, também conhecido como *own-race effect*, ocorre quando indivíduos reconhecem mais prontamente pessoas de seu próprio grupo, raça, gênero ou idade em comparação com pessoas de outros grupos e raças. Embora o próprio grupo bias esteja frequentemente associado à dificuldade dos brancos em identificar corretamente os rostos negros, sua aplicação é muito mais ampla e multidirecional.

De acordo com Brigham, o viés de próprio grupo é uma forma específica de reconhecer pessoas do mesmo grupo, raça, gênero ou idade como um mais prontamente do que pessoas de outros grupos e raças. Estudos mostram que pessoas brancas têm maior dificuldade em identificar corretamente rostos de pessoas negras, mas essa tendência pode ocorrer em qualquer grupo em que haja diferenças físicas ou culturais.

Essa tendência de reconhecer mais facilmente pessoas do próprio grupo pode influenciar a prova testemunhal e prejudicar a precisão das identificações realizadas pelos indivíduos. Estudos mostram que indivíduos são mais propensos a cometer erros de identificação quando a pessoa vista é de um grupo étnico diferente do próprio.

Assim, é importante que os jurados, juízes e demais profissionais do sistema de justiça considerem a possibilidade do viés de próprio grupo quando avaliarem a precisão das identificações de suspeitos e testemunhas oculares. Além disso, a consciência sobre essa tendência pode levar a medidas que minimizam o viés, como a inclusão de pessoas de diferentes grupos étnicos na seleção de suspeitos e na formação de equipes de investigação

## **MENTIRAS E ERROS HONESTOS**

As mentiras e erros honestos são dois tipos de equívocos que podem ocorrer na prova testemunhal. As mentiras são afirmações falsas deliberadas feitas por uma testemunha com a intenção de enganar ou ocultar a verdade. Já os erros honestos são afirmações falsas feitas por uma testemunha que acredita sinceramente que suas declarações são verdadeiras, mas que estão incorretas por conta de falhas em sua memória ou percepção.

Os erros honestos podem ocorrer por diversos motivos, como influências externas, como o efeito Priming e Labelling effect, bem como a própria limitação da capacidade humana de reter e recuperar informações. A distinção entre mentiras e erros honestos pode ser difícil de estabelecer, e pode exigir uma análise cuidadosa dos fatos e evidências em um processo jurídico. É importante destacar que tanto as mentiras quanto os erros honestos podem ter um impacto significativo na credibilidade da prova testemunhal, e podem afetar o resultado de um julgamento descrito por Wells (2003).

Existe uma linha tênue entre a mentira e os erros honestos na prova testemunhal. Ao analisar a função central de um testemunho, é importante considerar também sua possível função patológica e os problemas que podem surgir em determinados depoimentos. Uma patologia controversa na epistemologia do testemunho é a mentira e sua definição. A forma mais intuitiva de definir mentira é como uma afirmação falsa ou faltar com a verdade, tanto no direito penal brasileiro quanto no espanhol. Segundo O'Brien (2007) "mentir geralmente implica dizer algo que é falso".

Por outro lado, a definição anterior dada ainda não é precisa: quem tem uma informação falsa e acredita sinceramente que ela é verdadeira poderia divulgá-la sem constituir mentira. Isso seria um erro honesto (RAMOS,2021).

À guisa de exemplo, extraído do livro do doutrinador Vitor de Paula Ramos (2021, p. 118) se alguém tem moedas no bolso e sabe disso, afirmando o contrário, está mentindo quando diz que não tem. Todavia, na mesma situação, uma pessoa que tem moedas no bolso e não sabe disso não está mentindo, mas comete um erro honesto ao afirmar que não tem moedas no bolso.

Portanto, há pelo menos duas possibilidades de o testemunho ser falso: uma mentira ou um erro honesto. A mentira para Fallis (2009) não acontece quando alguém está afirmativamente errado, mas, sim, quando ele afirma o que acredita ou sabe ser errado. Afinal, uma testemunha não pode acreditar no que pensa estar errado (isso é uma contradição lógica), mas pode expressar (mentindo) o que não acredita.

Muitas vezes, no direito, há uma oposição indevida entre verdade e mentira. Afinal, o oposto de mentir é dizer a verdade. No entanto, como mencionado anteriormente, uma mentira ocorre sempre que as informações proporcionadas por uma testemunha (ou qualquer outra pessoa) não equivalem ao que realmente aconteceu. Assim, em outras palavras, a lei geralmente não faz uma distinção essencial entre dois pares de antônimos: verdade e inverdade, e mentira e sinceridade (FAULKER, 2000).

Sob outro enfoque da verdade e da inverdade, expressão dada por Altavilla (1995) as informações/lembranças que não retratam ao que realmente aconteceu serão irreais, e as informações/lembranças que constituem ao que realmente aconteceu serão consideradas verdadeiras. Pelo ponto de vista de Crevani (2014) a mentira, é contrária na sinceridade, que se relaciona com a memória do sujeito e não com a realidade. Melhor dizendo, quem conta versões diferentes de suas memórias está mentindo, e quem reproduz que a versão bate com a sua memória é sincero.

Ainda assim, é possível que a testemunha intérprete mal o ocorrido e, portanto, neste caso, seu depoimento conterà informações inverídicas, que não correspondem à verdade (mas isso não significa que haverá mentiras). Isso ocorre por causa de relatos de testemunhas oculares, que dizem ser baseados na memória. Nesse diapasão, são dois elementos distintos: a narrativa pode ou não estar de acordo com a memória, e a memória pode ou não estar de acordo com a realidade.

A propósito pode até acontecer que o sujeito esteja mentindo (porque afirma que sua memória é diferente do que ele realmente tem), mas dizendo a verdade (porque seu relato corresponde à realidade, ou seja, ao que realmente aconteceu). As narrativas não correspondem as recordações, mas acabam por convir com relações reais (verdade).

Assim, as combinações possíveis são: afirmação verdadeira e mentira; afirmação verdadeira e sincera; afirmação falsa e mentirosa e afirmação falsa e sincera.

Conforme o escólio de Carnelutti (1947) do ponto de vista linguístico, as narrações sinceras e mentirosas são estritamente as mesmas: "Uma narração (expressão em palavras), é tanto a revelação de um fato verdadeiro (portanto, o objetivo é torná-lo conhecido de outros), quanto a divulgação de um fato fictício (assim, o objetivo não é torná-lo conhecido, mas fazê-lo acreditar)". Por outro lado, para buscar a verdade, não importa se a testemunha é sincera, mas

se ela está fazendo uma declaração verdadeira (de boa-fé) no interesse da lei.

Do ponto de vista do testemunho, essas categorias podem ser reduzidas a três opções que muitas vezes são ignoradas, especialmente no tribunal: “a) o relato verdadeiro (sincero ou mentiroso), b) o testemunho falso, fruto de uma distorção proposital dos fatos (diferença entre o que é falado e o que é lembrado), c) o testemunho falso baseado em “memórias distorcidas através de processos cognitivos normais seja de forma endógena ou exógena”.

Nesse sentido, presume-se que a testemunha está a mentir ou a dizer a verdade, ignorando-se assim aquele testemunho falso baseado em memórias distorcidas (categoria c). Em geral, a lei usa ferramentas confusas e ineficientes para garantir o máximo de veracidade possível sobre o testemunho, o que é fundamental para o processo de prova. Frente ao exposto, o testemunho de erro honesto é muitas vezes ignorado – ou seja, a testemunha é sincera, mas seu depoimento é falso –, superestimando o papel da sinceridade ou da mentira, que não garantem o respeito à autenticidade.

## **FATORES QUE INFLUENCIAM: FALHAS NA PERCEPÇÃO E NA RECUPERAÇÃO DAS MEMÓRIAS DA TESTEMUNHA**

Tocante ainda ao tema versado, e por derradeiro, em geral, a esfera jurídica não acredita que os erros honestos em testemunhos podem acontecer, sobrevalendo endossar e extrair a veracidade do testemunho, falhando o judiciário em avaliar a probabilidade de o testemunho ser verdadeiro. Assim como este, busca-se demonstrar que uma série de fatores podem influenciar uma testemunha que pretende dizer a verdade a acabar cometendo um erro honesto.

Convém mencionar que a falha de percepção é um dos elementos que interferem na memória e que, está relacionada às dificuldades que podem surgir durante a fase de observação de uma situação ou fato. Elas se enquadram em duas categorias: questões

objetivas (questões relacionadas à situação em si) e questões subjetivas, (questões relacionadas ao objeto de observação).

Com efeito, ainda pode levar a erros honestos na lembrança de um fato, mas não causam totalmente falhas de memória. A memória será perfeita, o erro será cometido na percepção.

## **ASPECTOS VISUAIS BÁSICOS: LUZ, ALTERAÇÕES DE LUZ E CORES**

Realizando uma análise mais detalhada sobre as falhas de percepção sob os ensinamentos de Rogers (2011) encontra-se o sistema visual humano, em que basicamente consiste em dois tipos de células sensíveis à luz, os bastonetes e os cones, localizados na parte posterior do olho, mais especificamente na retina. Os cones funcionam em condições de luz e, são sensíveis à cor e têm muita “precisão visual”. Os bastonetes também funcionam em condições de pouca luz e são responsáveis por detectar movimento e direção visual.

Em alto brilho, a visão deveria, teoricamente, ser capaz de capturar detalhes com resolução máxima, uma vez que os cones e bastonetes fazem seu trabalho. Os cones, por outro lado, não funcionam adequadamente em condições de pouca luz (LOFTUS et.al. 2013).

Assim, nestes casos, as hastes, que normalmente são responsáveis pela detecção de movimento, desempenham um papel dominante. No entanto, isso traz duas consequências principais: em condições de pouca luz, o nível de detalhe percebido é baixo e a capacidade de detectar cores é bastante reduzida., dificultando a acuidade ótica da testemunha para detalhar a identificação do sujeito.

## **EFEITO DO FOCO NA ARMA (WEAPON FOCUS) OU EM OBJETOS QUE ESTÃO “FORA DE CONTEXTO”**

Em que pese a relevância dos argumentos expostos, há ainda o fato de que o tempo de exposição com maior duração ao fato, aumenta a chance de uma memória ser precisa, enquanto tempos de exposição mais curtos a diminuem. Um efeito relacionado a este fato que também pode influenciar diretamente e o denominado “efeito do foco da arma”, ou “weapon focus effect”. Dito isto, “testemunhas de crimes cometidos por criminosos armados tendem a voltar sua atenção para a arma.

E na mesma linha de raciocínio, protela Pickel (2009) que esse efeito causado pela presença de uma arma é como uma forma de autopreservação, pois, de um modo geral, as pessoas sabem que as armas podem matar e por isso quando a arma aparece, a atenção se volta para ela. Veja que, a tendência é focar no perigo, tentando de certa forma evitá-lo, como algo instintivo. Logo, o mais provável, no entanto, é o resultado de colocar objetos “fora de contexto”.

## **FORMA DE PERGUNTAS (VIÉS CONFIRMATÓRIO E LEADING QUESTIONS)**

Além desses fatores, como já mencionado, é indubitável dizer que a forma de pergunta que um policial ou juiz buscando a verdade real em uma investigação ou processo acabe formulando certas hipóteses. No entanto, como afirmado anteriormente, tais suposições não podem ser refutadas pelas evidências. Irrepressível, também, a esse propósito, é a preleção do doutrinador Vitor de Paula Ramos (2021) qual é uma tendência, consciente ou inconsciente, “de buscar, interpretar e criar evidências para validar as crenças pré-existentes de alguém”. Assim, na justiça, mesmo antes do processo, o sujeito é atingido pelo viés de confirmação quando, um juiz ou policial que tenha uma suposição pré-formulada sobre os fatos, tentando consciente ou inconscientemente confirmá-

la. Em outras palavras, as autoridades que estão em alguma missão para descobrir o que realmente aconteceu, não importa quem fez as suposições, quando sob a influência do viés de confirmação, passam a buscar apenas evidências e explicações para confirmar suas suposições anteriores, sem ao menos serem capazes de analisá-las, podendo se falar em uma coleta de evidências em contrário conforme relatam Kaufka e Kassin (2014).

O confirmation bias pode ter um impacto na apreciação geral das evidências, mas para as testemunhas pode estar relacionado a outra questão fundamental: a forma como as perguntas são feitas. Isso porque uma vez sujeitos ao viés de confirmação, os investigadores/especialistas

/juízes tenderão a fazer perguntas para expressar seu julgamento sobre o assunto, ainda que inconscientemente. Isso sugere que a ciência tem forte influência sobre o depoimento, principalmente na forma das chamadas Leading questions, isto é, perguntas indutoras, as quais são destinadas a levar as testemunhas a confirmar as intenções do entrevistador.

Embora o estudo tenha usado formas muito fortes de estresse e viés de confirmação, situações da vida real em muitos países não são reproduzíveis, e os resultados chamam a atenção para maneiras de evitar distorções de memória que podem levar a falsas acusações. "A maneira mais óbvia de reduzir falsas alegações é evitar técnicas de entrevista 'tendenciosas', de alta pressão ou sugestivas.

A elaboração das perguntas não é imprescindível apenas quando se trata de leading questions. Por exemplo, um estudo mostrou que usar meramente expressões baralhadas envolvendo negativos como: ("a mulher não tinha cabelo preto? "), ou ainda duplos negativos ("não é verdade afirmar que a mulher não usava joias? "), reduz a argúcia das testemunhas responderem com "sim" ou "não".

## REDUÇÃO E DANOS

Como dito, a prova testemunhal é uma fonte essencial de prova utilizada no processo penal para a reconstrução dos fatos ocorridos no caso concreto. Entretanto, essa prova também é uma das mais apreciadas a erros e imprecisões, podendo levar a decisões equivocadas e injustas. Diante disso, existem algumas medidas que podem ser adotadas para reduzir os erros cometidos na prova testemunhal no processo penal.

Uma das principais medidas é a realização de uma investigação preliminar minuciosa, que inclui a coleta de informações e provas, além da conclusão de diligências e perícias necessárias. Isso pode auxiliar na identificação de testemunhas relevantes e na obtenção de informações mais precisas e completas sobre os fatos. Outra medida é a utilização de técnicas adequadas de interrogatório e exame crítico das declarações das testemunhas, considerando as circunstâncias em que foram testemunhas e a esperança dos depoentes. Nesse sentido, é importante evitar perguntas sugestivas ou que induzam a resposta desejada, além de realizar perguntas abertas que possibilitaram a livre narrativa da testemunha.

Além disso, é importante que o juiz e os demais operadores do Direito estejam atentos a aspectos psicológicos que possam afetar a confiança da prova testemunhal, como a sugestibilidade, a memória e o estresse emocional. Dessa forma, pode-se avaliar de forma mais precisa a confiança e a confiabilidade das declarações das testemunhas.

Em suma, a redução dos erros cometidos na prova testemunhal no processo penal requer uma abordagem cuidadosa e criteriosa, que inclui a investigação preliminar, o interrogatório adequado e o exame crítico das declarações das testemunhas, além de considerar os aspectos psicológicos que podem afetar a confiança da prova. O surgimento de falsas memórias põe em dúvida a credibilidade do depoimento e a credibilidade daqueles que dependem da memória das testemunhas para prosseguir com os julgamentos. Por mais

difícil que seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (isto é, dos fatos criminais), este é um requisito essencial da atividade judiciária estatal.

Portanto, não se pode simplesmente ignorar a existência e permitir que as partes sofram as consequências dramáticas. Os juízes devem estar preparados e treinados para evitar ou minimizar possíveis consequências desse fenômeno.

## **ENTREVISTA COGNITIVA**

A entrevista cognitiva é um conjunto de técnicas apropriadas utilizadas durante as entrevistas que evitam a formação de perguntas implícitas para o entrevistado e possível alteração da memória do evento por sugestões. Está, portanto, relacionado a minimizar o impacto da sugestibilidade. Nas palavras de Ávila<sup>147</sup> há a necessidade de entrevistas cognitivas no processo penal.

Os métodos investigativos tradicionais não podem mais ser utilizados em processos criminais no Brasil por conterem erros que prejudicam a memória das testemunhas. Segundo Di Gesu (2014), isso é confirmado pelas ações realizadas durante as entrevistas. Na primeira etapa, há perguntas intencionalmente abertas, como “O que aconteceu? ”, e o entrevistador não delimita as perguntas, minimizando assim o grau de indução nas respostas do entrevistador. No entanto, na segunda etapa da etapa de interrogação, não apenas perguntas abertas, mas também perguntas fechadas específicas são formuladas. Quanto mais específica a pergunta, mais provável é que a sugestão polua a memória e evoque uma resposta.

Para evitar tais erros, considerou-se o desenvolvimento de uma entrevista cognitiva, que se originou em meados da década de 1980 e consiste em quatro estratégias cognitivas para melhorar a memória de eventos observados. Com maestria, Feix e Pergher (2010) explicam que esse procedimento foi revisado em 1992, com ênfase nas habilidades de comunicação e dinâmica social, além das

habilidades cognitivas já incluídas na primeira versão. Essa técnica usa o conhecimento que examina tanto as relações humanas quanto as relações que afetam o funcionamento da nossa memória.

Desta forma, os componentes cognitivos e comunicativos trabalham juntos. Estudos demonstram um grande potencial na quantidade de informações relatadas e na qualidade/precisão dos detalhes durante as entrevistas cognitivas. Ademais, Feix e Pergher também descobriram que, em comparação com outras formas de pesquisas, as pesquisas cognitivas continham informações legalmente relevantes revisadas por cientistas forenses (policiais do Reino Unido e membros do Conselho da Coroa do Reino Unido). Um estudo realizado no Brasil entre pessoas com baixa escolaridade e nível socioeconômico apresentou resultados semelhantes. A precisão das informações legalmente relevantes foi maior do que em entrevistas regulares. Isso prova a eficácia da entrevista cognitiva.

Por derradeiro, todos os fatores externos e internos que manipulam as memórias das testemunhas oculares e influenciam as provas que são coletadas, a entrevista cognitiva é uma alternativa para minimizar o impacto desses problemas, para que se possam corrigir erros comuns em entrevistas forenses. Há cinco etapas desenvolvidas que foram elaboradas para permitir a opinião de especialistas sem sugestividade ou memória falsa, seguindo os ensinamentos de STEIN et al. (2010), os cinco passos são: construção do rapport, recriação do contexto original, narrativa livre, questionamento e fechamento.

O primeiro passo é construir relacionamentos baseados na criação de um ambiente acolhedor, onde os internos se sintam à vontade para compartilhar suas experiências. Por isso, ajuda discutir temas neutros e não ir direto ao ponto na hora de personalizar essa entrevista. Também deve explicar o objetivo da entrevista e colocar o entrevistado no controle. Ao criar um ambiente descontraído em que o entrevistado se sinta à vontade, descobrirá que a entrevista é conduzida de acordo com suas especificidades e necessidades, e não a pessoa que precisa dar respostas às autoridades. Basta que o

entrevistador mantenha uma atitude empática em relação ao entrevistado ao relatar um

O segundo passo é restaurar o contexto original do evento. A memória armazena informações de acordo com o contexto capturado. Assim, este é o momento de recriar mentalmente o contexto real do crime, de recriar os aspectos emocionais, perceptivos e ambientais, e de procurar sinais que o ajudem a recordar o máximo possível de informações factuais. É papel do entrevistador orientar claramente o entrevistado a usar qualquer um dos sentidos possíveis, como visão, audição, tato, olfato e paladar, para recriar o contexto original do evento. Stein explica como restaurar o contexto original e lembra aos respondentes que as pausas entre as perguntas são necessárias para que não se esqueçam de detalhes importantes:

Neste momento eu gostaria de te ajudar a lembrar tudo o que conseguir sobre (referir o evento em questão). Você pode fechar os olhos, se preferir. Tente voltar mentalmente ao exato momento em que aconteceu essa situação. [Pausa]. Você não precisa me dizer nada ainda, apenas procure observar o local ao seu redor [pausa]. O que você consegue ver? [Pausa]. Que coisas você consegue escutar? [Pausa]. Que coisas passam pela sua cabeça? [Pausa]. Como você está se sentindo? [Pausa]. Como está o clima nesse momento? [Pausa]. Tem algum cheiro que você consiga sentir? [Pausa]. Quando você achar que estiver pronto, pode contar tudo que conseguir se lembrar sobre o que aconteceu, do jeito que achar melhor

A terceira etapa da entrevista cognitiva diz respeito à livre expressão das testemunhas, à livre narração de seus depoimentos, relatando os fatos à sua maneira e lembrando-os, sejam eles relevantes ou não. Perguntas ou explicações de qualquer tipo devem ser feitas após a explicação da testemunha. Espera-se que os entrevistados forneçam tantos sinais e pistas quanto possível para maximizar a quantidade e a qualidade das informações lembradas.

As perguntas são feitas através da aplicação de técnicas de questionamento destinadas a fornecer mais detalhes e clareza. Antes de começar a fazer perguntas, o entrevistador deve agradecer ao

entrevistado pelas informações fornecidas até o momento e por todos os esforços para ajudar no processo. Manter o entrevistado focado no andamento da entrevista é importante, pois este motivo é necessário elogiar o máximo possível os esforços do entrevistado.

Vale ressaltar que o entrevistador deve fazer perguntas que estejam de acordo com o entendimento da testemunha, preferir perguntas simples e abertas que sejam consistentes com explicações abertas e tornar o depoimento mais claro e detalhado. Ainda assim, visa possibilitar a evocação múltipla de memórias. De acordo com Stein, durante uma entrevista, o entrevistador é treinado para conter suas expectativas e hipóteses para que ele não apenas reúna informações que correspondam à sua versão dos fatos, mas também engane as testemunhas. Portanto, todas as informações devem ser coletadas, por mais simples que sejam do ponto de vista do entrevistador.

Em suma, é preciso fornecer um resumo de todas as informações obtidas, discutidas, tópicos neutros e revisar as informações explanadas para aumentar a precisão de suas declarações e prolongar a vida útil da entrevista. Os entrevistados têm outra chance de adicionar detalhes importantes de que se lembram, se necessário. Como conclusão da integração, o entrevistador enfatizou a importância de seu papel ativo e a importância de deixar o entrevistado com uma imagem positiva da entrevista, pois entrevistas futuras podem ser necessárias, sempre mostrar respeito e consideração pelos outros. O relato é, portanto, repetido para concluir a entrevista. A entrevista cognitiva não é a única maneira de garantir o reconhecimento da pessoa, eliminar a orientação e aumentar a credibilidade do testemunho.

## **REPETIÇÃO DAS ENTREVISTAS**

Embora inicialmente a repetição da entrevista seja vista como benéfica para evitar o esquecimento, pois a memória é mais bem consolidada quando a primeira recordação é feita logo após o

evento, ela também pode ter efeitos negativos. Com o passar do tempo, o traço da lembrança original se enfraquece e podem ocorrer intrusões na memória.

A repetição das entrevistas pode ser prejudicial, pois pode levar à incorporação de informações falsas nos relatos. Os entrevistadores podem usar termos que são incorporados no vocabulário, e cada entrevista sugestiva adicional aumenta o tempo entre o evento original e o fato narrado. Isso pode levar à consolidação de informações falsas na memória. Além disso, o efeito de informações falsas é menos danoso se for fornecido em uma entrevista que acontece muito tempo depois de um evento.

Existem diversos tipos de eventos que podem ser objetos de prova por testemunhas. No entanto, consoante bem documentado por Pisa e Stein, a exposição curta pode reduzir a precisão da memória da testemunha. Em outras palavras, quanto maior for a exposição a um evento, mais provável é que ele seja lembrado com precisão. Se a testemunha tiver ficado em contato com o criminoso ou com a situação por mais tempo, é mais provável que se lembre com mais detalhes do evento, em comparação a uma situação em que a testemunha viu apenas de relance. Infelizmente, esse fator é frequentemente ignorado nos contextos judiciais de civil law.

Com o tempo, as informações fornecidas por testemunhas e vítimas podem ser contaminadas pelo contato com outras pessoas e entrevistadores, levando a uma mistura entre aquilo que realmente foi visto ou ouvido e o que foi dito anteriormente. Por outro lado, uma entrevista imparcial pode ajudar a fortalecer a memória. Infelizmente, é raro encontrar entrevistas que sejam verdadeiramente imparciais.

Normalmente, uma vítima é interrogada pela primeira vez pela polícia, na fase de investigação. Em teoria, suas declarações seriam mais aguardadas, uma vez que são feitas logo após a ocorrência do crime. No entanto, as informações em andamento durante a investigação policial não podem ser consideradas provas concretas, já que podem não ter seguido as garantias processuais adotadas.

## VIÉS DO ENTREVISTADOR

No processo penal, é possível identificar um viés do entrevistador que remete a um resquício do sistema inquisitorial, em que o acusador formula uma hipótese acusatória em solidão, produz provas para confirmá-la e julga com base no que ele próprio produziu. Há uma certeza prévia da acusação e a busca se restringe a elementos que possam confirmá-la (priorização das hipóteses em relação aos fatos). Quando o entrevistador tem uma aceitação prévia sobre um acontecimento, ele pode conduzir a entrevista de maneira a obter respostas que confirmam suas crenças. As respostas que não se encaixam com a hipótese inicial são ignoradas ou reinterpretadas para se adaptarem a ela. É importante ressaltar que outras possibilidades não são exploradas, ou seja, não são feitas perguntas que podem questionar as alegações acusatórias de forma alternativa.

De acordo com Pisa e Stein é necessário esclarecer duas situações diferentes relacionadas ao viés confirmatório. Na primeira, o entrevistador pode não estar ciente de seu comportamento tendencioso. Já na segunda, há consciência sobre a construção dos argumentos, o que ocorre, por exemplo, durante os julgamentos, quando as teses acusatórias e defensivas são formuladas.

Vê-se então com clareza que, as formulações de perguntas "tendenciosas" são evidenciadas quando a acusação faz perguntas - porque o objetivo é obter provas para fundamentar seus argumentos - dado que, é um exame "cruzado" sob o crivo das contradições. O que não pode ocorrer, no entanto, mesmo diante de novos poderes outorgados pela legislação para os juízes, é que esse viole a sua imparcialidade e carregue as entrevistas de forma tendenciosa.

Por outro lado, como aventado de início, no processo penal existem mecanismos de controle das regras da prova, e a contradição é um deles. O problema está na indução de perguntas tendenciosas que ocorrem na fase pré-processual, onde vítimas e testemunhas prestam esclarecimentos à polícia, ao Ministério Público, além de

assistentes sociais e psicólogos, e na maioria das vezes as entrevistas são unilaterais, sem qualquer controle defensivo.

É nessa linha de raciocínio que a promulgação da Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, instituiu o depoimento especial como forma de proteger crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência durante o processo penal. O depoimento especial consiste em um procedimento que permite à criança ou ao adolescente prestar seu depoimento em um ambiente adequado e acolhedor, com profissionais especializados em escuta e comunicação, procurando evitar a duplicidade de entrevistas e a “revitimização”.

Incongruente a essas medidas, a legislação processual passou a autorizar o uso desses elementos na fundamentação das decisões, à luz do artigo 155 do Código de Processo Penal:

Art. 155. 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. (Redação dada pela Lei no 11.690, de 2008). Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Dessa forma, é de se denotar, da disposição legal retromencionada, que o Código de Processo Penal prevê os casos em que a vítima ou testemunha for menor de idade, devendo o juiz assegurar que o depoimento seja realizado em local apropriado e com a presença de profissionais especializados. Seria desejável que todos os profissionais envolvidos, internos, delegados e conselheiros tutelares - que são geralmente os primeiros a ter contato com as vítimas e testemunhas potenciais - fossem treinados para lidar com essa situação de forma a obter instruções de maneira neutra, sem influenciar ou sugerir os preparados. Isso é especialmente importante para que a investigação preliminar compre sua função de separação infundada

Nas lições de Di Gesu, a Lei n. 13.431/2017, que regulamenta o depoimento especial, estabelece que as declarações transitadas por meio desse procedimento têm valor probatório e podem ser

consideradas na fundamentação das decisões judiciais. Ou seja, o depoimento especial é um instrumento importante para garantir a proteção e o respeito aos direitos de crianças e adolescentes no processo penal, e suas declarações podem contribuir para a formação da decisão do juiz.

## **DAS FORMAS DE INTERROGATÓRIO**

Nesse aspecto, o viés do entrevistador pode ser observado não apenas pela forma como a pergunta é feita, mas também por comportamentos sutis como sorrir, acenar com a cabeça ou tom de voz (acusatório, desculpador ou neutro)

Como bem demonstra Di Gesu<sup>168</sup> sobre o tema, a recordação das crianças é altamente precisa quando as suposições do entrevistador estão corretas, ou seja, quando condizem com a realidade; porém, quando as suposições são incorretas, ou seja, quando estão fora de contato com a realidade, as crianças pequenas especialmente, geram muitas informações imprecisas.

A prudência alvitra que, o estudo constatou que o tom de uma entrevista sobre um determinado evento afeta diretamente as respostas. Nesses termos, os relatos das crianças foram corretos e consistentes quando um entrevistador com um tom de voz neutro fez a pergunta, ou quando as explicações foram consistentes com as atividades imaginadas pela criança. Por outro lado, quando as sugestões e crenças do entrevistador contradiziam as atividades imaginadas pelas crianças, as histórias das crianças rapidamente se ajustavam para acomodar as sugestões e crenças do entrevistador

## **PERGUNTAS DIRETAS OU NARRATIVAS LIVRES?**

Há boas evidências científicas expostas por Ávila (2013) de que a forma como as perguntas são feitas e as entrevistas são conduzidas pode determinar se as respostas são influenciadas. Lembre-se, por exemplo, que perguntas tendenciosas (como "A cor do veículo é

azul?"), ou mesmo os gestos do entrevistador, podem induzir a memória de uma testemunha, fazendo com que ela distorça o fato narrado da realidade.

Portanto, a narração livre é a forma de menor impacto na memória. A técnica permite que a testemunha narre livremente antes de fazer perguntas. As versões e respostas dadas nesta fase são mais confiáveis do que aquelas feitas diretamente. A melhor fórmula é começar a falar com um pedido geral, baseado na recordação livre ('conte-me o que aconteceu'), enfatizando o que é importante para elaborar a ideia e tentar não interromper. É comum que a narrativa livre seja menos completa e, por isso, há a necessidade de fazer perguntas para complementar as informações. No entanto, esse processo pode resultar em riscos, já que a testemunha pode acabar lembrando de informações que não foram mencionadas anteriormente.

Para minimizar o risco de sugestão de informações, é importante utilizar perguntas abertas, uma vez que elas têm menor influência e provocam menos memórias falsas do que as perguntas diretas. Quando não se respeita as formas de interrogatório que evitam sugestões, é como se houvesse uma "contaminação" da cena do crime, o que pode reduzir significativamente a confiabilidade das respostas fornecidas pelas testemunhas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ficou evidente que a prova testemunhal é uma das principais formas de produção de prova no processo penal, mas ela não pode ser aceita sem que o juiz analise sua credibilidade e veracidade. Caso contrário, corre-se o risco de cometer erros judiciais e condenar pessoas inocentes.

Apesar da Constituição Federal e o Código de Processo Penal estabelecerem garantias fundamentais que devem ser observadas no processo penal, como o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, nota-se que ainda existem lacunas no que se

refere a produção dessa prova, que pode ser influenciada pelas falsas memórias e erros honestos.

O reconhecimento por testemunha no processo penal é uma ferramenta frequentemente usada para identificar o suposto autor de um crime. No entanto, é importante reconhecer que a memória humana não é infalível e, portanto, existem riscos associados ao uso dessa prova no processo penal.

Em muitos casos, o reconhecimento por testemunha é baseado em uma visão rápida e muitas vezes incompleta do autor do crime, seja em um momento de tensão ou em condições precárias. Além disso, muitos casos envolvem testemunhas que têm interesses próprios em identificar um suspeito, seja por motivos pessoais ou financeiros. Esses fatores podem levar a falsas identificações e, conseqüentemente, à condenação de um inocente. Estudos mostram que a memória humana é suscetível a distorções, especialmente quando há um intervalo entre o evento e a recordação, ou quando há influência externa, como sugestões de terceiros ou a repetição de informações.

Essas distorções podem ser suficientes para levar a uma identificação equivocada. Além disso, é importante notar que a capacidade de reconhecimento por testemunha não é uniforme em todas as pessoas. Algumas testemunhas são mais precisas em seu reconhecimento do que outras, o que significa que uma testemunha pode ser mais confiável do que outra. No entanto, isso não é levado em consideração de forma adequada no processo penal, onde todas as testemunhas têm o mesmo peso probatório. Noutra sentido, é importante ressaltar que o processo penal não deve ser encarado como uma competição entre acusação e defesa, mas sim como um instrumento de justiça que busca a verdade dos fatos. E para alcançar essa verdade, é necessário que as provas sejam analisadas de forma crítica e imparcial pelo juiz, garantindo-se assim, a justiça e a segurança jurídica.

Dessa forma, é importante que o reconhecimento por testemunha seja usado com cautela no processo penal, e que outras

formas de prova sejam consideradas para confirmar a identidade do autor de um crime. O juiz deve avaliar cuidadosamente a credibilidade das testemunhas e garantir que haja outras provas que corroborem a identificação do autor. Sem essas precauções, a prova testemunhal pode ser usada para condenar injustamente um inocente, violando assim o princípio constitucional da presunção de inocência.

Frente ao exposto, denota-se que o reconhecimento testemunhal é admitido sem os devidos critérios de confirmação do juiz. Por essas sumárias razões é imprescindível que uma decisão correta e definitiva precisa ser tomada, e a prova deve ser produzida de forma legítima, ou seja, deve ser observada sob a perspectiva de viés de confirmação.

Posto isso, é fundamental que sejam adotadas medidas para minimizá-los. Uma delas é a utilização de técnicas de entrevista e interrogatório adequadas, que não induzam a testemunha a recordar informações equivocadas ou criar falsas memórias. Outra medida é a garantia de que o depoimento da testemunha seja registrado de forma adequada, para que possa ser avaliado posteriormente caso haja necessidade. Além disso, é importante que se adote uma postura crítica e imparcial em relação à prova testemunhal, evitando-se confiar cegamente em depoimentos e buscando-se sempre outras formas de prova para corroborar ou refutar as informações prestadas.

É importante destacar que a ciência da prova testemunhal ainda é um tema em constante evolução e que requer um contínuo aprimoramento por parte dos operadores do direito. A análise crítica e o debate acadêmico são fundamentais para que sejam identificados os riscos e limitações da prova testemunhal, bem como para que sejam desenvolvidas técnicas mais seguras e confiáveis para sua utilização no processo penal.

Somente assim será possível garantir uma justiça justa e efetiva para todos os envolvidos.

## REFERÊNCIAS

- ALTAVILLA, E. **Verità, conoscenza e diritto**. In B. Agrò (Ed.), *Trattato di Filosofia del Diritto* (pp. 615-655). Giuffrè Editore, 1995.
- ANTUNES, Carla et al. **O depoimento de crianças em processos judiciais: riscos e vulnerabilidades**. *Análise Psicológica*, v. 32, n. 1, p. 81-91, 2014.
- ÁVILA, R. L. M. **A entrevista cognitiva no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BASTOS PITOCOCO, Ana Lúcia. **Provas no processo penal: mudanças legislativas e precedentes jurisprudenciais**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BEX, Floris. *Argumentation and the Art of Accentuating the Positive*. *Argumentation*, v. 32, n. 2, p. 235-248, 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 25 mai. 2023.
- BRIGHAM, J. C. **Ethnicity, and eyewitness identification**. In R. C. L. Lindsay, D. F. Ross, J. D. Read, & M. P. Toglia (Eds.), *The handbook of eyewitness psychology: Volume II: Memory for people* (pp. 247-274). Psychology Press, 2007.
- CARNELUTTI, F. **Teoria Geral do Direito** (Vol. 1). Forense, 1947.
- CHAVES, Cleber Rogério Masson. **Direito Penal: parte geral**. 13. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Método, 2017.
- COADY, C. A. J. **Testimony: A Philosophical Study**. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Lezioni di Diritto Penale*. 2. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2010.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O princípio acusatório e a gestão da prova no processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistemas processuais penais: acusatório, inquisitório e misto**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

CREVANI, L. M. A prova penal e o valor da verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 22(107), 713-738, 2014.

DA, Fátima. **O depoimento de crianças como testemunhas em processos judiciais. Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 27, n. 1, p. 81-92, 2014.

DEZEM, G. M. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

DI GESU, Cristina Carla. **A prova penal no Processo Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

FALLIS, D. What is lying? **Journal of Philosophy**, 106(1), 29-56, 2009.

FAULKER, P. Lies, **deceits, and falsehoods**: Wittgenstein on ethics and the nature of deception. *Philosophical Investigations*, 23(4), 583-601, 2000.

FEIX, R. D.; PERGHER, I. **Direito processual penal: curso completo**. JusPodivm.

STEIN, Lilian Milnitsky et al. **A Construção Social da Memória: Reflexões sobre a Justiça de Transição**. São Paulo: FAP-UNIFESP, 2010.

GAZZANIGA, Michael S. et al. **Neurociência cognitiva: A biologia da mente**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José; GESU, Cristina Carla Di. **A prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance. Recursos no processo penal: Teoria geral dos recursos, recursos em espécie, efeitos dos recursos, ações de impugnação, súmula impeditiva de recurso. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KAASA, S. O., et al. The Effect of Biasing Techniques on Children's Testimony in a Simulated Forensic Interview. *Psychology, Crime & Law*, v. 19, n. 6, p. 590-605, 2013.

KASSIN, Saul M.; TUBB, Vanessa A.; HOSCH, Harmon M.; MEMON, Amina. On the "General Acceptance" of Eyewitness

Testimony Research: A New Survey of the Experts. In: Psychological Science in the Public Interest, v. 19, n. 2, p. 59-91, 2018.

KAUFKA, K. C.; KASSIN, S. M. Eyewitness Identification: Lineup Procedures and Policy Recommendations. Law and Human Behavior, v. 38, n. 3, p. 256-266, 2014.

KEBBELL, M.; JOHNSON, S. The use of leading questions with witnesses with intellectual disabilities. Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities, 13(2), 120-126, 2000.

LIPTON, P. Truth, **lies, and testimony**. In A. J. Simmons (Ed.), Truth and the Ethics of Criticism (pp. 3-22). Rowman & Littlefield, 1998.

LOFTUS, E. F.; PALMER, J. C. Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory. Journal of verbal learning and verbal behavior, 13(5), 585-589, 1974.

LOFTUS, E. F. et al. Witnessing change: the observer's perspective. In: CLIFFORD, B. R.; FODOR, J. D.; LAUER, T. (Eds.). Memory and law. Oxford: Oxford University Press, 2013.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES, JR. Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Campinas: Bookseller, 2013.

MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. Código de processo civil comentado artigo por artigo. Revista dos Tribunais, 2018.

MARMELSTEIN, George. Testemunhando a injustiça – a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes. 1a edição. ed. rev. São Paulo: JUSPODIVM, 2022.

MIRABETE, J.F.; FABBRINI, R.N. Manual de direito penal: parte geral. Atlas, 2018.

MAZZONI, Giuliana. Eyewitness testimony: a guide for legal professionals. London: Academic Press, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O'BRIEN, L. T. The definition of lying and deception. In S. Mannison, M. P. Anjum, A. C. Genus (Eds.), Lying and deception: Theory and practice (pp. 221-232). Oxford University Press, 2007.

OLIVEIRA, Eduardo Henrique de. A prova testemunhal no processo penal: fatores que influenciam sua produção e sua avaliação. São Paulo: Saraiva, 2015.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PERGHER, Gabriela; STEIN, Lilian Milnitsky. Memória e falsas memórias. In: CUNHA, Jurema Alcides; PERGHER, Gabriela; OLIVEIRA, Mariana Dreher Mendes de (Orgs.). Psicologia Jurídica: Interfaces com o Direito, a Justiça e as Políticas Públicas. Porto Alegre: Artmed, 2001.

PICKEL, K. L. Unconscious transference and mistaken identity: when a witness misidentifies a familiar but innocent person. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, v. 15, n. 4, p. 664-676, 2009.

PISA, Osnilda; STEIN, Lílian Milnitsky. O Testemunho na Investigação Criminal. São Paulo: RT, 2006.

QUEIROZ, Josy Stephany da Silva. As consequências do erro no reconhecimento de pessoas no processo penal aplicadas a casos concretos. 2019. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49307> . Acesso em: 27 ago. 2022.

RAMOS, V. P. Teoria Geral do **Direito Penal**: Parte Geral. Juspodivm, 2021.

- ROEBERS, Claudia M.; SCHNEIDER, Wolfgang. Children's eyewitness testimony: A review and implications for forensic psychology. *Journal of Forensic Psychology Research and Practice*, v. 19, n. 5, p. 515-527, 2019.
- STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Memória e processo penal: estudo psicológico-jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Thiago Bottino do. *Prova penal e cognição judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- TONINI, Paolo. O interrogatório cruzado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 128-134, abr./jun. 2000.
- ZANOIDE DE MORAIS, Maurício. *Presunção de Inocência e Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- WELLS, Gary L. Applied eyewitness-testimony research: system variables and estimator variables. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 36, n. 12, p. 1546-1557, 1978.
- WELLS, G. L.; OLSON, E. A. Eyewitness testimony. *Annual review of psychology*, 54(1), 277-295, 2003.

## A SELETIVIDADE PENAL NA LEI ANTIDROGAS

Igor dos Anjos Granville  
Jodascil Gonçalves Lopes  
João Paulo Calves  
Marianny Alves

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz uma análise dos efeitos decorrentes das modificações trazidas pela Lei no 11.343/06, também conhecida como Lei de Drogas ou Lei Antidrogas, que substituiu a Lei no 6.368/76, e apesar de ter eliminado a previsão de penas privativas para usuários, trouxe um procedimento especial e tornou mais abrangente o alcance da criminalização das condutas para o crime de tráfico de drogas. Assim, este trabalho possui como foco o artigo 33 da Lei 11.343/06, que tipifica as condutas de traficância.

A ampla definição de tráfico de drogas pode resultar em uma criminalização desproporcional de usuários de drogas, que são tratados como traficantes com base apenas na quantidade de droga que possuem, sem considerar adequadamente as circunstâncias e a natureza do envolvimento com as drogas.

O objetivo do trabalho foi analisar a incidência da seletividade penal, de modo geral, utilizando a Lei no 11.343/06 como arma de combate ao narcotráfico no Brasil.

Para tanto, o trabalho traz uma contextualização histórica e teórica dos elementos que circundam a incidência da seletividade penal na Lei Antidrogas, para tanto, foi aplicada a metodologia bibliográfica, documental e doutrinária brasileira e internacional. Assim, utilizou- e a pesquisa de diversas obras de doutrinadores e filósofos conceituados que discutem os motivos, os efeitos e as possíveis soluções da desigualdade e opressão causadas pelo

Estado, além de diversas outras fontes que quantificam a incidência de tal desigualdade no Brasil.

No primeiro capítulo, foi realizada uma análise bibliográfica minuciosa a respeito dos conceitos e peculiaridades dos processos de criminalização primária e secundária, trazendo para a atualidade e contextualizando as ideias dos autores discutidos.

No segundo capítulo, houve uma contextualização histórica do surgimento do narcotráfico na América Latina, explicando como as facções criminosas foram capazes de conquistar tamanha influência política e econômica nas américas. Além disso, neste capítulo, foram expostas as peculiaridades da Lei no 11.343/06 e sua eficácia como arma de combate à atuação das facções criminosas no narcotráfico no país, discorrendo sobre seus efeitos na sociedade de forma geral.

No terceiro e último capítulo, foram expostos os problemas gravíssimos trazidos pela aplicação estatal da referida lei, enfatizando o círculo vicioso de aumento da criminalidade e desigualdade social que ela causa, abordando ainda seus efeitos dentro dos estabelecimentos penais, que atualmente funcionam como centros de recrutamento de soldados do narcotráfico, quando na verdade deveriam ressocializar àqueles que ficam sujeitos a tal.

## **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA**

A criminalização primária e secundária são conceitos importantes no estudo da justiça criminal, e entender sua importância é crucial para contextualizar o trabalho nesta área. A criminalização primária refere-se ao processo pelo qual um comportamento é definido como crime, enquanto a criminalização secundária refere-se à aplicação da lei a indivíduos acusados de um crime.

Assim, é importante contextualizar o trabalho sobre a criminalização primária e secundária porque esses conceitos são fundamentais para entender como o sistema de justiça criminal

funciona. A criminalização primária envolve a criação de leis e regulamentos que definem quais comportamentos são considerados criminais e quais não são. Isso pode variar de país para país, estado para estado ou mesmo entre cidades.

Já a criminalização secundária envolve a aplicação dessas leis e regulamentos por parte das autoridades policiais e judiciais. Isso inclui a investigação de crimes, a prisão e o julgamento de acusados, bem como a sentença de condenação e cumprimento da pena.

Ao contextualizar o trabalho sobre a criminalização primária e secundária, é importante considerar como esses processos afetam diferentes grupos sociais. Isso inclui analisar como a criminalização primária pode afetar desproporcionalmente certos grupos, como minorias étnicas e pobres, que podem ser mais propensos a serem criminalizados por comportamentos que outros grupos não são.

Da mesma forma, a criminalização secundária pode afetar de forma desproporcional certos grupos, como pessoas de baixa renda, que podem não ter acesso à representação legal adequada ou que podem ser tratadas de forma diferente com base em sua raça ou etnia.

Portanto, a contextualização do trabalho sobre a criminalização primária e secundária

pode ajudar a aumentar a compreensão da complexidade do sistema de justiça criminal e a necessidade de reformas para garantir uma aplicação justa e equitativa das leis.

## **A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA NA SOCIEDADE**

A criminalização primária é uma das principais funções do Estado na área do direito penal, e consiste em estabelecer quais condutas serão consideradas criminosas, bem como as penas aplicáveis para cada uma delas. Essa definição é feita pelo legislador, que é o órgão responsável por criar e modificar as leis que compõem o Código Penal.

Ela é essencial para manter a ordem e a segurança da sociedade, pois estabelece limites claros para o comportamento humano e define as consequências legais para aqueles que transgridam esses limites. Além disso, a criminalização primária serve como uma forma de prevenção geral, na medida em que a ameaça de punição pode dissuadir potenciais infratores de cometerem crimes.

No entanto, é importante ressaltar que a criminalização primária deve ser equilibrada e justa, para que não haja abuso ou excesso por parte das autoridades. Uma criminalização excessiva pode levar à prisão de pessoas que não apresentam uma ameaça real à sociedade, resultando em superlotação de presídios e uma série de outros problemas relacionados ao sistema penal.

Por isso, é fundamental que o legislador esteja atento às necessidades e valores da sociedade em que as leis estão sendo criadas e atualizadas. Além disso, é importante que haja uma avaliação constante das leis e de suas consequências, a fim de identificar quais delitos realmente demandam uma resposta criminal e quais podem ser abordados de outras maneiras. Eugenio Raúl Zaffaroni defendeu a ideia de que a criminalização primária deve ser limitada e criteriosa, e que nem todas as condutas consideradas socialmente reprováveis devem ser criminalizadas. Para ele, a criminalização excessiva pode levar à violação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, além de criar um sistema penal desproporcional e ineficiente (1991).

Em sua obra "Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal", Zaffaroni (1991) expõe que a criminalização primária deve ser acompanhada por uma análise crítica e rigorosa das leis e das condutas criminalizadas, a fim de evitar abusos e excessos por parte do Estado. Além disso, ele propõe que a criminalização secundária, que é a aplicação das penas previstas nas leis, deve ser proporcional e justa, respeitando os direitos humanos e a dignidade dos condenados.

Para Zaffaroni, a criminalização primária deve ser encarada como uma medida excepcional, a ser adotada apenas nos casos em

que a conduta represente uma ameaça real à segurança e à ordem pública. Ele propõe uma análise crítica dos valores e normas que orientam a criminalização primária, a fim de identificar quais delitos realmente demandam uma resposta criminal e quais podem ser abordados de outras maneiras, como a educação e a prevenção (1991).

Neste sentido, assevera Zaffaroni: “No entanto, ninguém é atingido pelo poder punitivo por causa desse estado, mas sim pela situação de vulnerabilidade, que é a posição concreta de risco criminal em que a pessoa se coloca. Em geral, já que a seleção dominante corresponde a estereótipos, a pessoa que se enquadra em alguns deles não precisa fazer esforço muito grande para colocar-se em posição de risco criminal (e, ao contrário, deve esforçar-se muito para evitá-lo), portanto se encontra em um estado de vulnerabilidade sempre significativo [...]” (ZAFFARONI et al, 2015, p. 49).

Zaffaroni (2003) defendeu a ideia de que a criminalização primária deve ser limitada e justa, e que sua aplicação deve ser acompanhada por uma análise crítica e rigorosa das leis e das condutas criminalizadas. Sua obra é uma das mais importantes na área da criminologia e

o direito penal, e influenciou profundamente o debate sobre as políticas criminais na América Latina e no mundo.

Isto significa que a criminalização primária é um importante instrumento do Estado na proteção da sociedade e da ordem pública, mas deve ser utilizada com equilíbrio e moderação, de modo a evitar a injustiça e a proteger os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (ZAFFARONI, 2005). Na mesma linha, Alessandro Baratta (2010) dedicou uma parte significativa de seu trabalho à análise da criminalização primária. De acordo com suas análises, a criminalização primária é um processo pelo qual certos comportamentos são rotulados como criminosos, e que esse processo é influenciado por fatores políticos, sociais e econômicos.

Segundo Baratta, a criminalização primária é uma forma de controle social que é usada para manter a ordem e a estabilidade social. Além disso, em muitos casos, o comportamento criminal não

é intrinsecamente prejudicial à sociedade, mas é rotulado como tal por meio do processo de criminalização primária (2010).

Baratta também enfatiza que a criminalização primária não é um processo neutro ou imparcial. Em vez disso, a criminalização primária é influenciada por fatores como a classe social, a raça e o gênero dos indivíduos envolvidos no comportamento rotulado como criminal. Ele pondera que a criminalização primária muitas vezes é usada para controlar e reprimir as populações marginalizadas e vulneráveis (2017).

Em *Crítica do Sistema Penal: Introdução à Criminologia do Ilícito*, afirma: “[...] o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito das atividades das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias” (BARATTA, 2002, p. 86).

Em resumo, a criminalização primária é um processo complexo e influenciado por fatores sociais, políticos e econômicos, e que muitas vezes é usada como uma forma de controle social das populações marginalizadas. Existe a importância de uma abordagem crítica ao estudo da criminalização primária, que leve em consideração esses fatores e suas consequências para a justiça e a igualdade social (BARATTA, 2010).

Ou seja, a análise crítica dos valores e normas que a fundamentam é fundamental para evitar a violação dos direitos humanos e garantias fundamentais dos cidadãos. Para Zaffaroni (1991) e Baratta (2002), a criminalização primária deve ser criteriosa e limitada, e sua aplicação deve ser acompanhada por uma análise crítica e rigorosa das leis e das condutas criminalizadas.

Já Claus Roxin (2017) fala sobre a criminalização primária, que se refere à definição legal de um comportamento como crime e à sua punição. Roxin é conhecido por sua teoria do delito, que busca estabelecer os elementos necessários para a configuração do crime, e sua dogmática penal, que trata da aplicação da lei penal. Roxin

defende que a criminalização primária deve ser reservada para os comportamentos mais graves, que afetam bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade física, a liberdade e a propriedade. Que a definição legal de um comportamento como crime deve estar clara e precisa, a fim de evitar a arbitrariedade e a insegurança jurídica.

Este jurista enfatiza a importância da culpabilidade do autor como elemento essencial do delito. Ele conclui que, para que um comportamento seja considerado crime, é necessário que o autor tenha agido com dolo ou culpa, ou seja, que tenha conhecido a ilicitude de sua conduta ou que, pelo menos, pudesse e devesse ter conhecido (ROXIN, 2020).

Desse modo, a teoria do delito de Claus Roxin (ROXIN, 2011) traz uma abordagem crítica à criminalização primária, que defende a reserva do direito penal para os casos mais graves e a clareza na definição legal dos comportamentos criminosos, a fim de evitar a arbitrariedade e a insegurança jurídica.

Partindo ainda de uma perspectiva diferente, o jurista e filósofo alemão Günther Jakobs (2018) explica que a criminalização primária é necessária para proteger valores fundamentais da sociedade, criando expectativas de comportamentos para a manutenção e estabilização do sistema. Isso significa que o legislador deve identificar quais são as condutas que apresentam uma ameaça real à sociedade. A partir daí, o legislador deve decidir se essas condutas devem ser criminalizadas e, se sim, qual deve ser a penalidade aplicável.

Insta salientar que a ideia de "criminalização primária" é um conceito teórico desenvolvido por outros autores, como Roxin e Baratta, que aborda a etapa inicial do processo de criminalização, relacionada à criação e definição dos tipos penais e à seleção de condutas para serem criminalizadas. Jakobs, por sua vez, aborda temas mais amplos relacionados ao direito penal e à teoria do delito em suas obras, como "Derecho Penal: Parte General", "Injerencia y

Dominio del Hecho en Derecho Penal" e "La Imputación Objetiva en Derecho Penal".

Dito isto, a decisão de criminalizar uma conduta não é uma escolha arbitrária. Jakobs enfatiza a importância de critérios claros e objetivos para orientar a decisão de criminalizar uma conduta. Esses critérios devem ser baseados em evidências empíricas e em uma análise cuidadosa dos efeitos sociais da criminalização (1996).

Além disso, Jakobs (1996) destaca a importância da proporcionalidade na criminalização primária. Isso significa que as penas devem ser proporcionais à gravidade da conduta, levando em consideração as circunstâncias individuais do infrator e as consequências sociais da conduta em questão. A proporcionalidade é fundamental para garantir que a punição seja justa e adequada e para evitar que as penas sejam excessivas ou desproporcionais.

Nesta perspectiva, é enfatizada a importância de uma escolha política cuidadosa na definição de quais condutas devem ser consideradas crimes. Essa escolha deve ser baseada em critérios claros e objetivos, levando em consideração a proteção dos valores fundamentais da sociedade e a proporcionalidade das penas aplicáveis.

O próprio autor de "Direito Penal do Inimigo" (2018), afirma que a criminalização das condutas é excessiva e desproporcional. Ponderando que muitas condutas são criminalizadas sem que haja uma necessidade real de proteger bens jurídicos relevantes ou sem que haja um dano social significativo causado por essas condutas. Isso leva a uma sobrecarga do sistema de justiça criminal e a uma limitação desnecessária da liberdade individual.

Além disso, Jakobs critica o uso de categorias abertas e vagas no direito penal, que permitem uma interpretação ampla e subjetiva do que constitui um crime. Ele justifica que isso pode levar a uma aplicação arbitrária e discriminatória da lei penal, uma vez que as decisões sobre a criminalidade de um comportamento dependem da discricionariedade dos aplicadores da lei.

Outra crítica é que o Estado muitas vezes falha em levar em consideração o contexto social em que os crimes são cometidos. Isto é, a pobreza, a exclusão social e outras condições sociais podem contribuir para a ocorrência de crimes e, portanto, a criminalização primária deve ser acompanhada de políticas públicas que abordem essas condições (JAKOBS, 1996).

Jakobs também critica a abordagem retributiva da justiça criminal, demonstrando que ela não contribui para a prevenção de futuros crimes e pode levar a uma escalada da violência e da retribuição. O sistema penal muitas vezes trata de forma desproporcional aqueles considerados inimigos da sociedade, como criminosos perigosos ou reincidentes, em vez de apenas puni-los por seus atos individuais. Essa crítica de Jakobs à criminalização excessiva pode ser resumida em alguns pontos principais.

A tendência de aumentar as penas e diminuir as garantias processuais em resposta a crimes mais graves, expondo que isso pode levar a punições desproporcionais e violações dos direitos dos acusados. A busca por prevenção e segurança muitas vezes prevalece sobre os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, resultando em uma abordagem excessivamente punitiva.

Jakobs critica a criminalização de condutas marginais, ou seja, condutas que são consideradas socialmente indesejáveis, mas não representam necessariamente uma ameaça significativa à sociedade. Assim, a criminalização excessiva de condutas marginais pode sobrecarregar o sistema penal e resultar em punições desproporcionais, sem efetivamente contribuir para a prevenção e combate ao crime.

Em suas análises, a falta de eficácia do sistema penal em casos de criminalização excessiva. Ou seja, a sobrecarga do sistema penal pode resultar em uma falta de eficácia na prevenção e combate ao crime, pois recursos e esforços são desviados para a criminalização de uma ampla gama de condutas, muitas vezes sem considerar sua real eficácia (JAKOBS, 2018).

É importante notar que as opiniões de Gunther Jakobs têm sido objeto de debate e crítica por parte de outros acadêmicos e juristas, e que há uma diversidade de opiniões sobre esse assunto. No entanto, sua crítica à criminalização excessiva no sistema penal destaca a importância de equilibrar a punição dos infratores com o respeito aos direitos e garantias dos acusados, bem como a busca pela eficácia e justiça no combate ao crime.

A criminalização primária é uma função essencial do Estado na área do direito penal, que consiste em estabelecer quais condutas são consideradas criminosas e suas respectivas penas. No entanto, é necessário que a criminalização primária seja equilibrada, justa e proporcional, evitando abusos e excessos por parte das autoridades. A análise crítica das leis e das condutas criminalizadas é fundamental para garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

As obras de juristas como Eugenio Raúl Zaffaroni e Alessandro Baratta têm contribuído para o debate sobre a importância de uma criminalização primária limitada, criteriosa e sensível aos fatores políticos, sociais e econômicos que influenciam o processo de criminalização. Além disso, é importante considerar que a criminalização primária pode ter impactos desproporcionais em populações marginalizadas e vulneráveis, exigindo uma abordagem sensível e justa na aplicação das leis penais.

## **A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE**

A criminalização secundária é um processo que ocorre após a criminalização primária, que é o momento em que o comportamento é definido como crime pela lei. Na criminalização secundária, a pessoa acusada de um crime é submetida a sanções penais ou outras medidas punitivas após ser condenada em um julgamento. Essas medidas podem incluir prisão, multas, liberdade condicional, serviços comunitários, entre outras.

Segundo Nilo Batista (2017), a criminalização secundária tem um papel importante na manutenção do sistema de justiça criminal, pois é responsável por aplicar as sanções previstas pela lei às pessoas que são consideradas culpadas de um crime. No entanto, ele enuncia que esse processo pode ser seletivo e injusto, especialmente em relação a grupos vulneráveis, como minorias étnicas, pobres e moradores de áreas periféricas.

Para Batista (2002), a criminalização secundária também pode ter efeitos prejudiciais na vida das pessoas que são submetidas a ela. Por exemplo, a prisão pode levar à perda de emprego, à separação da família e à estigmatização social, o que pode dificultar o retorno dessas pessoas à sociedade e aumentar suas chances de reincidência.

A criminalização secundária é o processo de aplicação de sanções penais ou outras medidas punitivas a pessoas que foram condenadas por um crime. Embora seja um processo importante para a manutenção do sistema de justiça criminal, a criminalização secundária pode ser seletiva e injusta, especialmente em relação a grupos vulneráveis, e pode ter efeitos prejudiciais na vida das pessoas que são submetidas a ela.

De acordo com Nilo Batista (2002), a criminalização secundária, quando contaminada pela seletividade penal, pode ser uma prática que perpetua a exclusão social de grupos marginalizados, sendo considerada uma forma de discriminação social. Essa prática consiste na imposição de sanções adicionais às pessoas que já cumpriram suas penas, o que viola os princípios fundamentais do Direito, como a proporcionalidade e a igualdade.

Segundo as análises de Batista (BATISTA, 2017) esta é uma forma de punição perpétua que impede a reintegração social das pessoas que já cumpriram suas penas, uma vez que elas são impedidas de acessar oportunidades de trabalho, moradia e serviços públicos, dificultando sua reinserção na sociedade. Além disso, essa prática é especialmente prejudicial para as pessoas que já sofrem com a desigualdade social e econômica, uma vez que elas são as

mais vulneráveis às sanções adicionais impostas pela criminalização secundária.

Para Batista, a criminalização secundária pode ser uma forma de controle social que perpetua a exclusão social, em vez de prevenir a criminalidade. Assim alega que o sistema penal deveria se concentrar na prevenção do crime, oferecendo oportunidades de educação e trabalho para aqueles que já cumpriram suas penas, em vez de punições adicionais que prejudicam sua reintegração social (BATISTA, 2017).

Portanto, concluiu o jurista: “Podemos, assim, ao ouvirmos dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena, retrucar que numa sociedade dividida em classes o direito penal protegerá relações sociais (ou “interesses”, ou “estados gerais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução daquelas relações.” (BATISTA, 2011, p. 113).

Assim, Nilo Batista (BATISTA, 2017) considera que a criminalização secundária uma, quando aplicada de forma injusta e ineficaz, acaba prejudicando a reintegração social das pessoas que já cumpriram suas penas e perpetua a desigualdade social. Ele defende uma abordagem mais humanitária e eficaz para a justiça criminal, que enfatize a prevenção do crime e a reintegração social das pessoas que foram condenadas.

Michel Foucault (2018), que é conhecido por sua abordagem crítica ao sistema de justiça criminal e ao controle social em geral, denuncia que a criminalização secundária é uma forma de exercício do poder disciplinar, que tem como objetivo controlar e moldar o comportamento dos indivíduos. Foucault acreditava que o sistema de justiça criminal não é apenas uma forma de punição pelos crimes cometidos, mas também uma forma de exercer controle sobre a população. Assim, declara que a criminalização secundária é uma extensão desse controle, impondo uma série de sanções adicionais aos indivíduos que já cumpriram suas penas.

Para ele, a criminalização secundária é uma forma de reforçar a submissão dos indivíduos ao poder estatal. As sanções adicionais impostas aos condenados, como restrições de emprego, moradia e outros aspectos da vida em sociedade, criam barreiras desnecessárias para a reintegração dos condenados na sociedade, mantendo-os sob controle e vigilância constante (FOUCAULT, 2018).

Foucault (2018) defendia a adoção de medidas que permitam a ressocialização dos condenados e sua reintegração na sociedade, em vez de sua exclusão e marginalização. Ele acreditava que a criminalização secundária é uma forma de exercício do poder disciplinar que reforça a submissão dos indivíduos ao controle estatal, em vez de promover a justiça e a igualdade social.

Assim, embora Michel Foucault não tenha escrito uma obra específica sobre a criminalização secundária, ele abordou o tema de maneira mais ampla em seus escritos sobre poder, controle social e sistemas de justiça criminal. Foucault argumentou que o poder disciplinar é uma forma de controle social que é exercida em todos os aspectos da vida, incluindo o sistema de justiça criminal. Ele enfatizou que a exclusão social é uma forma de controle que é usada para manter as pessoas em linha com as normas sociais dominantes. Foucault argumentou que a criminalização secundária pode ser vista como uma forma de exclusão social, que impõe sanções adicionais aos indivíduos que já foram condenados por um crime e pode dificultar sua reintegração na sociedade (FOUCAULT, 2018).

Foucault também criticou o modelo jurídico-penal que se concentra na punição do crime e argumentou que ele é insuficiente para lidar com os problemas sociais mais amplos que levam ao crime. Ele defendeu a adoção de novas formas de justiça que não se baseiam na punição e no controle, mas sim na reparação e na reintegração dos indivíduos na sociedade.

Foucault argumentou que as práticas punitivas do sistema de justiça criminal precisam ser questionadas e transformadas. Ele defendeu uma abordagem mais ampla que leve em consideração as

causas sociais e econômicas do crime, bem como as consequências para as vítimas e a comunidade em geral (2018).

O filósofo francês explora a evolução das práticas punitivas na sociedade ocidental, desde as formas mais brutais de punição física até o surgimento das prisões modernas. Foucault conclui que a punição física, como a tortura e a execução pública, foi substituída pela prisão como forma principal de punição e controle social no século XVIII. Ele mostra como a prisão foi desenvolvida como uma instituição disciplinar que controla os indivíduos através de técnicas de vigilância, controle e normalização, visando transformar o comportamento dos indivíduos e moldá-los de acordo com os valores dominantes da sociedade (2018).

Além disso, também examina como as instituições disciplinares, como escolas, hospitais e quartéis, foram desenvolvidas e modeladas a partir do modelo prisional. Ele argumenta que essas instituições são formas de controle social que se baseiam em técnicas de disciplina e controle para moldar e normalizar o comportamento dos indivíduos.

O livro de Foucault é considerado uma obra seminal no campo da criminologia e dos estudos culturais, assim, de acordo com suas análises, as prisões não são simplesmente para punir indivíduos que infringem a lei, ou seja, não são simples instituições da criminalização secundária, mas são parte de um sistema de controle social mais amplo que molda e disciplina a sociedade como um todo.

Entretanto, o fenômeno da seletividade penal ocorre principalmente na etapa da criminalização primária, que é o processo pelo qual certos comportamentos são definidos como criminosos pela lei. A definição de um comportamento como crime é um ato de poder que é influenciado por fatores sociais, políticos e históricos, como as normas culturais dominantes, a classe social e a raça (FOUCAULT, 2018).

Foucault (2018) afirma que a criminalização primária é seletiva porque certos grupos sociais são mais propensos a serem criminalizados do que outros, dependendo de sua posição social e

poder dentro da sociedade. Por exemplo, as leis de drogas foram criadas em grande parte para criminalizar as comunidades afro-americanas e latinas nos Estados Unidos, que eram vistas como ameaças à ordem social dominante.

No entanto, ele também justifica que a seletividade penal é um fenômeno que permeia todo o sistema de justiça criminal, incluindo as etapas de acusação, julgamento e execução da pena, que são justamente a criminalização secundária. Ele mostra como o sistema de justiça criminal é influenciado por fatores como o preconceito dos juízes e promotores, a desigualdade de recursos legais e a falta de transparência nas decisões judiciais. Ou seja, a seletividade penal é um fenômeno complexo que ocorre em todas as etapas do processo de criminalização e justiça criminal, mas é mais prevalente na etapa da criminalização primária, na perspectiva de Foucault (2018).

A tese da "criminalização secundária" como uma das formas pelas quais o sistema penal pode ampliar a seletividade e a discriminação contra certos grupos sociais pode ser encontrada nas obras de Eugenio Raúl Zaffaroni (1991). É o conjunto de medidas punitivas que são aplicadas a pessoas que já foram condenadas pelo sistema penal. Essas medidas podem incluir, por exemplo, a prisão, a libertação condicional, a prestação de serviços comunitários, entre outras.

Para Zaffaroni (1991), a criminalização secundária tem como objetivo manter o controle social sobre as pessoas que já foram consideradas criminosas pelo sistema penal. Esse controle é exercido por meio de sanções que visam restringir a liberdade dessas pessoas e, conseqüentemente, sua capacidade de atuar no mundo. A criminalização secundária, quando aplicada de forma injusta, consiste na aplicação seletiva e discriminatória da lei penal sobre determinados grupos sociais, especialmente os mais vulneráveis e marginalizados. Isso ocorre quando as normas penais são aplicadas de maneira desigual, com maior rigor e frequência sobre certos indivíduos ou grupos, enquanto outros são tratados com mais leniência ou não são afetados pelas mesmas leis. Essa forma de criminalização secundária é resultado da atuação dos diversos

atores do sistema penal, como a polícia, o Ministério Público, o Judiciário e o sistema prisional, que muitas vezes reproduzem estereótipos e preconceitos sociais em suas práticas e decisões. Isso pode levar a uma "seleção negativa" de determinados grupos sociais, que são criminalizados e punidos de forma desproporcional em relação à sua participação real em atividades criminosas.

A tese de que a criminalização secundária é seletiva de Zaffaroni visa chamar a atenção para as formas ocultas e sutis de discriminação e exclusão social que ocorrem no âmbito do sistema penal, e que muitas vezes passam despercebidas ou são justificadas pela suposta necessidade de "combate ao crime" (2015).

Embora a referida tese seja importante para evidenciar a seletividade e a discriminação presentes no sistema penal, é importante destacar que a própria estrutura do sistema penal é problemática e pode gerar exclusão e discriminação. Isso ocorre porque o sistema penal, em sua essência, é baseado na punição e no controle social, o que pode levar a uma abordagem repressiva e punitiva em relação às questões sociais e de segurança pública. Além disso, o sistema penal é frequentemente influenciado por interesses políticos, econômicos e sociais, que podem comprometer sua imparcialidade e efetividade.

Seu posicionamento é crítico em relação à estigmatização e à exclusão social de pessoas que foram criminalizadas e envolvidas no sistema penal. Ou seja, para ele, o sistema penal muitas vezes perpetua a marginalização e a exclusão social, especialmente para aqueles que são pobres, pertencentes a minorias étnicas, ou que enfrentam outras formas de discriminação social. Ele critica a forma como as pessoas condenadas são estigmatizadas pela sociedade e enfrentam consequências prejudiciais a longo prazo, mesmo após cumprir suas penas.

Zaffaroni (1991) também enfatiza a importância de abordar as causas estruturais da criminalidade, como a pobreza, a desigualdade e a exclusão social, em vez de apenas focar na punição individual dos infratores. Ele sintetiza que a abordagem puramente punitiva do

sistema penal muitas vezes não aborda as raízes sociais e econômicas da criminalidade, e pode resultar em uma maior estigmatização e exclusão social das pessoas envolvidas no sistema penal.

No geral, Zaffaroni defende uma abordagem mais humanista e orientada para os direitos humanos no campo do direito penal, buscando uma compreensão mais profunda dos contextos sociais, econômicos e culturais que contribuem para a criminalidade, e promovendo políticas criminais que abordem de forma mais ampla as questões sociais e estruturais subjacentes, em vez de simplesmente focar na punição e na estigmatização dos indivíduos envolvidos no sistema penal.

Portanto, é necessário ir além da simples denúncia da criminalização secundária como seletiva e questionar a própria lógica e finalidade do sistema penal, buscando alternativas mais justas e democráticas para lidar com as questões sociais e de segurança pública. Isso pode incluir o fortalecimento de políticas públicas de prevenção ao crime, entre as possíveis alternativas, destaca-se a justiça restaurativa, que busca a resolução de conflitos de forma pacífica e participativa, envolvendo as vítimas, os ofensores e a comunidade em geral. Também é importante investir em medidas de reinserção social e resgate da cidadania dos indivíduos que cometeram crimes, de forma a reduzir a reincidência e promover a reintegração dessas pessoas à sociedade.

Para tanto, é necessário reabordar as críticas de Günther Jakobs que, trazendo a Teoria do Funcionalismo Sistêmico, questionou a finalidade do sistema penal em sua essência. Uma das principais críticas de Jakobs à teoria da criminalização secundária é que ela se baseia em uma visão excessivamente determinista e simplista das causas da criminalidade. Para Jakobs, a criminalidade é um fenômeno multifacetado e complexo, que não pode ser explicado apenas por fatores sociais ou econômicos (1996).

O fato típico, na teoria do funcionalismo sistêmico, é composto por três elementos: a conduta, o resultado e o nexa causal. A conduta é entendida como a ação ou omissão do agente que produz um

resultado no mundo exterior. O resultado, por sua vez, é a modificação do mundo exterior causada pela conduta do agente. O nexos causal é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado produzido para que o fato típico exista, é necessário que esses três elementos estejam presentes e relacionados entre si. Então, é preciso que a conduta do agente seja a causa do resultado produzido, de forma que se possa estabelecer um nexos causal entre os dois. Além disso, é necessário que a conduta do agente seja descrita como um comportamento proibido pela lei penal, ou seja, que seja considerada como um crime (JAKOBS, 1996).

Assim, a teoria do funcionalismo sistêmico busca entender o fato típico como um fenômeno complexo e interconectado, que não pode ser compreendido isoladamente. A análise dos elementos constitutivos do crime, como o fato típico, é fundamental para a compreensão do sistema penal e da forma como a lei penal é aplicada na sociedade. Ou seja, a teoria da criminalização secundária seletiva pode gerar uma visão negativa e estereotipada dos indivíduos pertencentes a determinados grupos sociais, reforçando preconceitos e discriminações. Ou seja, ao enfatizar apenas as desigualdades sociais e a discriminação, a teoria da criminalização secundária como forma seletiva acaba negligenciando outras dimensões importantes da questão criminal, como a responsabilidade individual e a proteção dos direitos das vítimas (1996).

Jakobs critica a teoria da criminalização secundária por não apresentar propostas concretas para melhorar o sistema penal ou reduzir a seletividade na aplicação da lei penal.

Para Jakobs, é necessário adotar uma abordagem mais técnica e objetiva do sistema penal, buscando aprimorar as leis e procedimentos para garantir sua efetividade e imparcialidade.

Assim, as críticas de Jakobs à teoria da criminalização secundária destacam a importância de uma abordagem mais equilibrada e objetiva do sistema penal, que leve em conta não apenas os fatores sociais e econômicos, mas também a responsabilidade individual e a proteção dos direitos das vítimas

(1995). Por fim, Jakobs pondera que o tráfico de drogas não é apenas uma atividade criminosa, mas uma ação que representa uma violação grave da ordem social estabelecida pelo Estado. Segundo Jakobs, os traficantes não apenas violam a lei, mas também buscam minar os fundamentos do Estado, corrompendo a sociedade e prejudicando sua estrutura e funcionamento (2018).

A visão de Jakobs é de que os traficantes desafiam abertamente a autoridade estatal, operando à margem da lei e buscando acumular poder e riqueza de forma ilegal, muitas vezes recorrendo à violência e corrupção. Dessa forma, ele considera o tráfico de drogas como uma afronta direta ao Estado, que é responsável por manter a ordem e a segurança na sociedade (2018).

Ele destaca que o tráfico de drogas não apenas corrompe a sociedade, mas também causa danos graves à saúde e ao bem-estar dos cidadãos. O consumo excessivo de drogas pode levar a problemas de saúde, vício, desintegração familiar, violência e outros impactos negativos na sociedade como um todo. Portanto, ele denuncia que os traficantes não apenas desafiam a autoridade do Estado, mas também causam danos significativos aos cidadãos e à sociedade em geral (2018).

Diante dessa visão, pode-se concluir que Jakobs considera os traficantes como inimigos do Estado, uma vez que suas atividades ilegais minam a ordem social estabelecida pelo Estado, desafiam sua autoridade e causam danos à sociedade como um todo. A teoria de Jakobs destaca a gravidade do tráfico de drogas como uma ameaça direta à segurança e ao funcionamento do Estado, defendendo uma postura firme no combate a essa atividade criminosa. No entanto, é importante ter em mente que essa é apenas uma perspectiva teórica e que a abordagem adequada para lidar com o tráfico de drogas é um tema complexo e multifacetado que requer uma análise abrangente e uma abordagem equilibrada em termos de políticas públicas e ações governamentais (JAKOBS, 2018).

Outrossim, a criminalização secundária é um conceito que se refere ao processo pelo qual indivíduos que foram previamente

criminalizados são submetidos a um tratamento diferenciado em futuros encontros com o sistema de justiça criminal. Esse tratamento pode incluir desde a imposição de penas mais severas até a negação de benefícios e serviços sociais. No entanto, a forma como a criminalização secundária é aplicada é seletiva, com indivíduos pertencentes a grupos marginalizados, como negros, pobres e imigrantes, sendo particularmente vulneráveis a esse processo. Isso se deve a uma série de fatores, incluindo preconceitos e estereótipos arraigados na sociedade e nas instituições policiais e judiciais, bem como a falta de recursos e oportunidades disponíveis para esses grupos. Como resultado, a criminalização secundária pode perpetuar e ampliar as desigualdades já existentes no sistema de justiça criminal, tornando-o ainda mais seletivo e injusto.

## **A HISTÓRIA DA GUERRA AO NARCOTRÁFICO NO BRASIL**

A seletividade penal é um fenômeno complexo e multifacetado que se manifesta de várias formas no sistema de justiça criminal. Para entender melhor como esse fenômeno se desenvolve e se perpetua, é crucial considerar a história do narcotráfico e como ela tem sido abordada pela sociedade e pelo Estado ao longo do tempo.

O narcotráfico é um problema que tem sido enfrentado há décadas em todo o mundo, mas que se intensificou nas últimas décadas com o aumento do consumo de drogas e da violência associada a esse mercado ilegal. Para entender como a seletividade penal opera nesse contexto, é importante considerar a forma como a guerra contra as drogas foi declarada e conduzida pelos governos em todo o mundo.

A história do narcotráfico é marcada por várias fases, desde a sua origem como um mercado ilegal até a sua expansão global e o aumento da violência e da corrupção associadas a esse comércio. Para entender como a seletividade penal se manifesta nesse contexto, é preciso considerar como as políticas de combate às

drogas foram implementadas pelos governos e como essas políticas afetaram as comunidades mais vulneráveis.

Por exemplo, é possível argumentar que a seletividade penal se manifesta de forma clara na forma como as políticas de combate às drogas têm sido aplicadas em diferentes contextos socioeconômicos e raciais. Enquanto as comunidades mais pobres e marginalizadas têm sido alvo de repressão e encarceramento em massa, os grupos mais privilegiados e poderosos têm escapado da punição e até mesmo se beneficiado do comércio ilegal de drogas.

Assim, uma contextualização histórica sobre a história do narcotráfico é fundamental para entender como a seletividade penal opera nesse contexto e como ela tem perpetuado as desigualdades e injustiças no sistema de justiça criminal. Ao considerar a história do narcotráfico, é possível identificar as raízes desses problemas e encontrar soluções mais eficazes e justas para lidar com o fenômeno do tráfico de drogas e seus impactos na sociedade.

## **CONTEXTUALIZAÇÃO DA INFILTRAÇÃO DO NARCOTRÁFICO NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL**

Para compreender melhor a história do narcotráfico no Brasil, é importante contextualizá-la dentro do contexto mais amplo do narcotráfico na América Latina. A região tem uma longa história de produção, tráfico e consumo de drogas, que se estende desde a época colonial até os dias de hoje.

No século XIX, a produção de drogas como o ópio, a cocaína e a maconha na América Latina cresceram para atender a demanda do mercado europeu. No entanto, o consumo dessas drogas se tornou um problema de saúde pública e a sua comercialização foi proibida em muitos países. A partir da década de 1960, a América Latina passou a ser utilizada como rota para o tráfico de drogas para os Estados Unidos, que se tornaram o maior mercado consumidor de drogas do mundo. Isso levou a um aumento do tráfico de drogas na

região e à formação de organizações criminosas cada vez mais poderosas e violentas (FILIPPONE, 1994).

Na década de 1980, o tráfico de drogas na América Latina atingiu níveis alarmantes, com a produção e o tráfico de drogas como a cocaína e o crack se expandindo em muitos países da região. A violência relacionada ao tráfico de drogas também se intensificou, com muitas organizações criminosas disputando o controle das rotas de tráfico e dos territórios onde operavam (FILIPPONE, 1994).

Nos anos 90, a luta contra as drogas se tornou uma prioridade dos governos latino-americanos e dos Estados Unidos. Muitos países da região adotaram políticas mais repressivas para combater o tráfico de drogas, incluindo a militarização da luta contra as drogas em alguns casos. No entanto, essas políticas muitas vezes tiveram efeitos colaterais negativos, incluindo o aumento da violência e a corrupção das instituições públicas (FILIPPONE, 1994).

Hoje, o tráfico de drogas continua sendo um grande desafio para muitos países da América Latina, com a atuação de organizações criminosas poderosas e violentas como o Cartel de Sinaloa, o Cartel de Jalisco Nova Geração e o Primeiro Comando da Capital (PCC) em muitos países da região. O narcotráfico também é uma das principais causas da violência e da instabilidade política em muitos países da América Latina, especialmente na Colômbia, México e Brasil (RODRIGUES, 2012).

A história do narcotráfico no Brasil remonta quando a maconha começou a ser amplamente consumida no país. Desde então, o tráfico de drogas tornou-se cada vez mais sofisticado e organizado, com grupos criminosos que controlam todo o processo, desde o cultivo até a distribuição (MENDES, 2021).

Nos anos 80, o Brasil se tornou um ponto importante para o tráfico internacional de cocaína, uma vez que é um país que faz fronteira com muitos outros países da América do Sul, que são produtores de cocaína, como a Colômbia, Peru e Bolívia. A partir daí, o narcotráfico no Brasil se tornou ainda mais organizado e violento (STIPPEL, 2018). Um dos fatores que contribuíram para o

crescimento do narcotráfico no Brasil foi a política de combate às drogas adotada pelos governos brasileiros. O enfoque era, principalmente, a repressão, com pouco investimento em prevenção e tratamento. Isso resultou em muitas prisões e na superlotação das prisões brasileiras, o que, por sua vez, contribuiu para o fortalecimento das facções criminosas (MENDES, 2021).

Outro fator que contribuiu para a infiltração do narcotráfico no Brasil foi a corrupção em diversas instâncias do poder público. Muitos policiais, políticos e autoridades foram subornados pelos traficantes para facilitar suas atividades ilegais e evitar a prisão. Além disso, a desigualdade social e a pobreza também foram fatores que contribuíram para o crescimento do tráfico de drogas. Muitas pessoas que vivem em comunidades carentes são atraídas pelas promessas de dinheiro fácil e poder oferecidas pelos traficantes, o que acaba por envolvê-las em atividades criminosas (RODRIGUES, 2012).

Atualmente, o Brasil é um dos maiores mercados de drogas do mundo, com o tráfico movimentando bilhões de reais todos os anos. As principais drogas comercializadas no país são a maconha, a cocaína e o crack, com as facções criminosas controlando grande parte da produção e distribuição dessas substâncias (SANTANA, 1999).

Nosso país é dominado por facções criminosas que se tornaram extremamente poderosas e violentas. O Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC) são as duas principais organizações criminosas do país e dominam grande parte do mercado de drogas brasileiro. O Comando Vermelho surgiu na década de 1970 no complexo de favelas da Maré,

no Rio de Janeiro, e se tornou a maior facção do estado. O grupo é conhecido por sua violência e suas táticas brutais, como o "tribunal do tráfico", onde membros da facção julgam e punem aqueles que desobedecem suas regras. O Comando Vermelho tem conexões com o tráfico internacional de drogas e é responsável por grande parte da distribuição de cocaína no Brasil.

Já o PCC surgiu na década de 1990 dentro do sistema prisional de São Paulo, onde a facção ainda tem grande influência. O grupo

é conhecido por sua organização e disciplina, e por sua capacidade de se infiltrar em instituições governamentais e em outras facções criminosas. O PCC tem uma rede de negócios ilegais que inclui o tráfico de drogas, extorsão, sequestro e roubo de cargas, entre outros crimes.

Ambas as facções têm se expandido para outras regiões do país e entrado em conflito com outras organizações criminosas locais. O resultado é uma guerra sangrenta pelo controle do mercado de drogas que tem causado milhares de mortes todos os anos no Brasil. Há outras facções menores que atuam em diferentes partes do país, como o Terceiro Comando Puro (TCP) no Rio de Janeiro e a Família do Norte (FDN) em Manaus. Essas facções também têm conexões com o tráfico internacional de drogas e são responsáveis por uma grande parte da violência que assola o país.

Estas facções são uma ameaça significativa à segurança pública e têm uma influência poderosa no mercado de drogas e em outros negócios ilegais. O combate ao crime organizado é um desafio complexo que requer ações coordenadas e efetivas por parte das autoridades brasileiras em níveis federal, estadual e municipal.

Elas causam um impacto significativo no sistema penitenciário. A rivalidade entre elas muitas vezes resulta em uma violência intensa dentro das prisões, levando a confrontos, motins e até mesmo assassinatos entre os detentos. A busca por poder e controle dentro do ambiente carcerário muitas vezes é alimentada pelas lealdades às facções, o que pode levar a uma escalada de violência e degradação das condições de vida nas prisões.

Ademais, também exercem influência sobre o sistema penitenciário como um todo. Por exemplo, podem corromper agentes penitenciários, o que resulta em entrada de drogas, celulares e outros itens proibidos nos estabelecimentos penais. Essa corrupção também pode permitir a facilitação de fugas de membros das facções ou até mesmo de líderes importantes, comprometendo a segurança e a eficácia do sistema penitenciário.

Elas geralmente utilizam prisões como bases de operações para coordenar atividades criminosas do lado de fora, como tráfico de drogas, extorsão e homicídios. A influência e o poder dessas facções dentro do sistema penitenciário podem se estender para fora das prisões, o que dificulta o combate às atividades criminosas e pode causar instabilidade e insegurança na sociedade como um todo. A superlotação das prisões muitas vezes resulta em uma concentração de membros de facções diferentes em um mesmo espaço, o que pode levar ao recrutamento forçado ou cooptação de outros detentos para se juntarem a tais organizações criminosas. Isso pode perpetuar o ciclo de violência e criminalidade, aumentando o poder e a influência das facções no sistema penitenciário e na sociedade.

A intensa rivalidade entre essas facções frequentemente resulta em um aumento da violência brutal dentro das prisões, levando a confrontos sangrentos, tumultos horríveis e até mesmo assassinatos cruéis entre a população carcerária. A sede insaciável de poder e domínio dentro do ambiente prisional é alimentada implacavelmente por lealdades inabaláveis a essas facções, culminando em uma escalada inexorável de selvageria e degradação das já precárias condições de vida nas instalações penitenciárias.

A influência dessas organizações criminosas se estende além dos muros das prisões, permeando todo o sistema penitenciário. Seus tentáculos corruptores podem infiltrar e subverter os funcionários penitenciários, facilitando a entrada insidiosa de itens ilícitos, como drogas, celulares e outros objetos proibidos nas unidades prisionais. Essa corrupção também pode facilitar fugas audaciosas de membros de facções de alto escalão ou de outros criminosos notórios, comprometendo de forma flagrante a segurança e eficácia de todo o sistema penitenciário (SANTANA, 1999).

Elas utilizam as penitenciárias como centros de operações para orquestrar atividades criminosas do lado de fora, como tráfico de drogas, extorsão e homicídios hediondos. O poder e influência inabaláveis dessas facções dificultam os esforços das forças de

segurança para combater atividades criminosas e fomentando instabilidade e insegurança na sociedade em geral.

Desse modo, o impacto prejudicial das facções criminosas no sistema penitenciário é profundo e abrangente, caracterizado pela violência desenfreada, corrupção generalizada, insegurança aguda e condições de vida abomináveis nas prisões. Combater efetivamente a presença e influência dessas facções exige abordagens multifacetadas e coordenadas, envolvendo não apenas as autoridades penitenciárias, mas também outras agências governamentais e a sociedade como um todo. A natureza complexa desse problema exige esforços incansáveis para enfrentar seus desafios multifacetados e mitigar seus efeitos prejudiciais.

A violência associada ao narcotráfico também é um problema significativo no Brasil.

As disputas territoriais entre as facções criminosas pelo controle do tráfico de drogas e as operações policiais para combatê-las muitas vezes resultam em confrontos armados, assassinatos e outras formas de violência, afetando negativamente as comunidades carentes e outras áreas urbanas.

Assim, a falta de investimentos em prevenção, tratamento e políticas de redução de danos também têm sido apontados como problemas na abordagem do governo brasileiro em relação ao tráfico de drogas. Portanto, a história do narcotráfico no Brasil está intrinsecamente ligada à história do narcotráfico na América Latina. O país se tornou um importante rota para o tráfico de drogas internacional devido à sua localização geográfica e à crescente demanda interna por drogas. A repressão policial, a corrupção, a desigualdade social e a falta de políticas eficazes de prevenção e tratamento têm contribuído para o fortalecimento das facções criminosas e para a persistência do problema do narcotráfico no Brasil.

## A LEI 11.343/06 E SUA EFICÁCIA NO COMBATE AO NARCOTRÁFICO NO BRASIL

A Lei de Drogas, também conhecida como Lei no 11.343/06, foi criada em 2006 com o objetivo de combater o tráfico de drogas no Brasil. Ela é frequentemente criticada por suas limitações e efeitos ambíguos na sociedade brasileira. Enquanto o objetivo declarado da lei é combater o tráfico de drogas, os críticos apontam que ela não leva em conta as desigualdades sociais e econômicas que muitas vezes contribuem para o tráfico de drogas. Além disso, tem sido criticada por sua falta de clareza na tipificação das diferentes condutas, o que tem levado a casos de injustiça e encarceramento em massa.

Cristiano Ávila Maronna critica a lei de forma severa: “A Lei de Drogas é aplicada, como regra, em desconformidade com a Constituição. A pessoa que é flagrada com drogas passa a ter o ônus de provar que não é traficante[...] A Lei de Drogas talvez seja a face mais visível de uma cultura judicial autoritária: os processos envolvendo drogas [...] normalmente começam com uma prisão em flagrante e todo o resto é uma chancela dessa prisão. A palavra do policial é a ‘rainha das provas’ e, ao mesmo tempo, uma limitação probatória quase intransponível.” (MARONNA, Seminário 10 anos da Lei de Drogas 1o dia, Painel 1 2017).

O artigo 33 da Lei 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas no Brasil, é um dispositivo legal que trata do crime de tráfico de drogas. No entanto, sua abrangência e falta de clareza têm sido objeto de críticas, sendo considerado problemático por deixar lacunas e possibilitar que o Estado se aproveite dessa abrangência para adotar uma postura punitivista excessiva. Assim, é necessário observar que o número de condutas previstas neste artigo, trazendo 18 verbos somente em seu caput, ainda com quatro incisos que trazem ainda mais verbos para a previsão do crime de tráfico de drogas.

Embora a lei tenha despenalizado o uso de drogas para consumo próprio, muitos usuários continuam sendo presos e

sofrendo violações de direitos por parte das autoridades policiais e judiciais. A falta de políticas públicas efetivas de prevenção e tratamento para usuários de drogas tem levado muitos deles a serem encarcerados em vez de receberem o cuidado adequado.

Em muitos casos, a aplicação dessa lei tem resultado em uma forma de criminalização secundária seletiva, que trata os usuários de drogas como traficantes, o que pode levar a consequências graves e desproporcionais. Nesse contexto, muitos usuários de drogas são presos e processados como traficantes, mesmo que não tenham cometido qualquer infração relacionada ao tráfico, com base em evidências frágeis, como a posse de pequenas quantidades de drogas ou mesmo pela simples presença em locais onde o tráfico é praticado.

A seletividade tem um impacto desproporcional em grupos vulneráveis, como jovens negros e pobres, que são frequentemente alvo da repressão policial nas comunidades onde vivem. Além disso, a falta de critérios claros para distinguir usuários de traficantes cria uma margem de discricionariedade que pode levar a abusos por parte das autoridades.

Essa abordagem também dificulta o acesso dos usuários de drogas a tratamentos de saúde, já que muitos temem se expor e buscar ajuda, com medo de serem criminalizados. Isso pode levar a um agravamento da dependência e a um aumento dos problemas de saúde associados ao uso de drogas.

A aplicação da Lei de Drogas no Brasil muitas vezes se traduz em uma criminalização seletiva e desproporcional dos usuários de drogas, que são tratados como traficantes, com graves consequências sociais, econômicas e de saúde pública. É necessário repensar essa abordagem e buscar alternativas mais eficazes e humanas para lidar com o problema do uso e tráfico de drogas no país. Outra crítica importante à lei é sua abordagem excessivamente policial e militarizada em relação ao combate ao tráfico de drogas. A lei aumentou as penas para os traficantes e permitiu a utilização de diligências investigativas mais invasivas, como a interceptação

telefônica e a quebra de sigilo bancário. No entanto, especialistas, como Cristiano Avila Maronna, ensina que essas medidas não têm sido efetivas em reduzir a oferta e a demanda de drogas no país, e que uma abordagem mais humanizada e centrada na saúde pública seria mais adequada (MARONNA, 2017).

Nesta linha, o renomado jurista denuncia: “[...] a violência é uma das consequências da guerra às drogas, a letalidade policial e o óbito policial também são consequências da guerra às drogas [...] a guerra às drogas é uma guerra contra as pessoas [...]” (MARONNA, Seminário 10 anos da Lei de Drogas 1o dia, Painel 1 2017).

Além disso, a Lei de Drogas tem sido criticada por seu impacto desproporcional sobre as populações mais vulneráveis, como as comunidades pobres e negras. Devido à seletividade do sistema de justiça criminal, muitos jovens dessas comunidades têm sido presos por crimes relacionados às drogas, enquanto traficantes mais ricos e poderosos muitas vezes escapam da justiça. Isso tem levado a um aumento do encarceramento em massa e da violência policial nessas comunidades, perpetuando um ciclo de exclusão e marginalização (MENDES, 2021).

Outro ponto controverso é a falta de consideração pelas realidades complexas do tráfico e drogas pelo judiciário que, ao enfatizarem apenas a repressão e a punição, ignoram os fatores estruturais que impulsionam o tráfico de drogas, como a pobreza, a falta de oportunidades econômicas e a exclusão social. Esses fatores devem ser abordados com políticas públicas que priorizem a prevenção, o tratamento e a redução de danos, além de medidas de segurança pública que abordem as causas raiz do problema.

No entanto, apesar de todas essas críticas, a Lei de Drogas traz alguns avanços em relação às leis anteriores de drogas no Brasil. Ao despenalizar o uso de drogas para consumo próprio, a lei reconheceu que a abordagem puramente punitiva não é a solução para o problema das drogas no país. Além disso, a lei também abriu espaço para políticas públicas mais humanizadas e centradas na saúde pública, mesmo que essas políticas ainda não tenham sido

implementadas satisfatoriamente. Desde sua promulgação, a lei tem sido alvo de críticas por parte de diversos juristas, especialistas em direitos humanos, saúde pública e segurança pública. Entre as principais críticas à lei, destaca-se a abordagem excessivamente punitiva que tem falhado em abordar as causas subjacentes do uso de drogas e do tráfico de drogas (G1. Globo, 2021).

Uma das críticas mais frequentes à Lei de Drogas é sua falta de garantia de proteção da saúde pública e individual dos usuários de drogas. Marcelo Semer (2019) infere que a lei criminaliza a posse de drogas para uso pessoal, o que viola o direito à intimidade e à vida privada. Além disso, a lei não oferece garantias de que os usuários de drogas terão acesso a tratamento adequado e livre de preconceitos. Isso pode levar a um aumento do estigma e da discriminação contra os usuários de drogas, bem como à falta de acesso a serviços de saúde e assistência social.

Outra crítica importante à Lei de Drogas é o aumento do encarceramento em massa e da violência policial decorrente de sua abordagem punitiva. Como a lei criminaliza a posse e o tráfico de drogas, as autoridades têm frequentemente usado essa legislação para prender e processar indivíduos por crimes relacionados às drogas de forma desproporcional. Esse aumento do encarceramento em massa não tem apenas impactos negativos para os indivíduos que são presos, mas também para suas famílias e comunidades. Além disso, a abordagem punitiva pode aumentar a violência policial, uma vez que os agentes de segurança pública são incentivados a adotar táticas mais agressivas para cumprir as leis de drogas.

Ademais, a abordagem centrada na punição falha em abordar as causas estruturais do tráfico de drogas. A exclusão social, a desigualdade econômica e a falta de oportunidades são alguns dos principais fatores que levam à produção e ao comércio de drogas ilícitas. Assim, a abordagem punitiva deve ser complementada por políticas públicas que abordem essas causas subjacentes e ofereçam oportunidades econômicas e sociais para os indivíduos mais vulneráveis.

Outrossim, a Lei de Drogas tem sido alvo de críticas por sua abordagem excessivamente punitiva que tem falhado em abordar as causas subjacentes do uso de drogas e do tráfico de drogas. A falta de proteção à saúde pública e individual dos usuários de drogas, o aumento do encarceramento em massa e da violência policial e a falta de abordagem das causas estruturais do tráfico de drogas são algumas das principais críticas à lei. É importante que a política pública sobre drogas no Brasil seja reformulada de forma a adotar uma abordagem mais centrada na saúde pública, na redução de danos e na abordagem de seus efeitos na Sociedade.

### **A SELETIVIDADE PENAL NA LEI 11.343/06**

A Lei 11.343/2006 é um exemplo alarmante da seletividade penal que permeia o sistema jurídico brasileiro. Essa legislação, que supostamente busca regular a política de drogas no país, tem se mostrado um instrumento de opressão e discriminação, resultando em efeitos desproporcionais na população e exacerbando as desigualdades sociais, raciais e econômicas.

Apesar de seu objetivo declarado ser o combate ao tráfico de drogas, a realidade é que suas penas rigorosas recaem, em sua maioria, sobre os pequenos traficantes e usuários de drogas, enquanto os verdadeiros barões do tráfico, que operam nas esferas mais altas do crime organizado, frequentemente gozam de impunidade. Essa discrepância na aplicação da lei é evidente, expondo uma clara disparidade na justiça penal brasileira, onde os mais vulneráveis e marginalizados são os mais atingidos (PERES, RIBEIRO, 2010).

Além disso, a aplicação da Lei de Drogas tem um viés discriminatório em relação à cor da pele e à classe social. Dados estatísticos alarmantes revelam que a maioria dos presos por crimes relacionados às drogas são jovens, negros e de baixa renda, enquanto pessoas de classes mais privilegiadas têm mais chances de terem penas alternativas ou serem absolvidas. Essa discrepância no

tratamento penal baseado em características raciais e socioeconômicas é inaceitável e aprofunda as desigualdades existentes na sociedade brasileira, perpetuando um sistema de justiça penal injusto e discriminatório (OLIVEIRA, 2021).

A legislação prevê que o usuário de drogas seja tratado como um caso de saúde pública, com medidas de redução de danos e oferta de tratamento, enquanto o traficante seja alvo de penas severas de prisão. No entanto, a distinção entre usuário e traficante muitas vezes é subjetiva e pode resultar em prisões injustas de pessoas que são consideradas traficantes apenas por portarem pequenas quantidades de drogas. Essa ambiguidade na definição de usuário e traficante, que se dá pela notável semelhança de verbos entre o artigo 28 e o 33 da Lei de Drogas, abre margem para abusos por parte do sistema de justiça, agravando a seletividade penal e perpetuando a injustiça no sistema carcerário. Há uma falta de diferenciação entre as diversas drogas na legislação brasileira. A Lei de Drogas trata de forma similar substâncias de diferentes naturezas e potencial de danos à saúde, sem considerar critérios de saúde pública e redução de danos. Essa abordagem simplista e punitiva ignora as complexidades do uso de drogas e a necessidade de políticas públicas que abordem o tema de forma mais abrangente, levando em consideração a saúde e o bem-estar dos indivíduos envolvidos.

A consequência preocupante da seletividade penal na aplicação da Lei de Drogas é a superlotação e as condições desumanas nos presídios brasileiros. Além de tratar as pessoas de forma diferente, conforme classe social e cor, a política de encarceramento em massa decorrente da aplicação rigorosa da Lei de Drogas tem levado a uma sobrecarga do sistema penitenciário, com celas superlotadas, falta de condições básicas de higiene, saúde e segurança, além de violações de direitos humanos. Os presos por crimes relacionados às drogas, muitos deles pequenos traficantes ou usuários, sofrem com a precariedade do sistema carcerário, agravando ainda mais a seletividade penal e a injustiça social.

Diante desse cenário, é urgente a necessidade de uma reflexão crítica sobre a seletividade penal presente na aplicação da Lei de Drogas no Brasil. É fundamental questionar a efetividade dessa legislação, que tem resultado em consequências desproporcionais para determinados grupos sociais, aprofundando as desigualdades e injustiças no sistema de justiça penal (CNMP, 2022).

É preciso repensar a abordagem punitiva e discriminatória em relação aos usuários e pequenos traficantes de drogas, buscando alternativas que priorizem a saúde pública, a redução de danos, a prevenção e a ressocialização, em vez de apenas o encarceramento. Além disso, é necessário criar mecanismos para que esses fatores não sejam fatores de seletividade baseada em características pessoais dos envolvidos. É imprescindível também promover políticas públicas mais abrangentes e efetivas de enfrentamento às drogas, que considerem a complexidade do fenômeno, a diversidade das substâncias e os diferentes contextos de uso. É preciso investir em programas de prevenção, tratamento e reinserção social, em vez de priorizar a criminalização e a punição. Em suma, a seletividade penal presente na aplicação da Lei de Drogas no Brasil é um problema grave que reforça as desigualdades sociais, raciais e econômicas, resultando em injustiça e violações de direitos humanos (SEMER, 2019). É fundamental uma abordagem mais crítica e reflexiva sobre essa legislação, buscando alternativas mais justas, humana e efetivas para lidar com a questão das drogas na sociedade brasileira. A seletividade penal presente na aplicação da Lei de Drogas no Brasil não se limita apenas às disparidades sociais e raciais, mas também tem impactos na formação e atuação de facções criminosas dentro dos presídios. O sistema penitenciário brasileiro tem sido um ambiente propício para o recrutamento e fortalecimento dessas organizações, transformando pequenos criminosos em grandes criminosos, diante de seu envolvimento com tais facções nos estabelecimentos penais (RODAS, 2015).

As facções criminosas têm utilizado os presídios como verdadeiras escolas do crime, onde recrutam novos membros,

promovem treinamentos e estabelecem hierarquias dentro das prisões. Muitas vezes, os detentos que foram presos por crimes relacionados às drogas, como pequenos traficantes ou usuários, acabam sendo cooptados pelas facções como forma de proteção, sobrevivência ou busca por poder dentro do sistema carcerário. Essa dinâmica contribui para o fortalecimento das facções e a disseminação de sua atuação para além dos presídios, influenciando negativamente o sistema de justiça penal como um todo.

A participação em facções criminosas nos presídios pode levar os detentos a se envolverem em atividades criminosas mais graves, como tráfico de drogas, extorsão, homicídio, entre outros. O contato com líderes e membros de facções dentro das prisões pode resultar em uma rápida escalada do envolvimento do detento no mundo do crime, transformando pequenos criminosos em membros ativos de organizações criminosas e perpetuando o ciclo de criminalidade. Somado a isso, as facções criminosas muitas vezes controlam o comércio ilegal de drogas dentro dos presídios, lucrando com a venda de entorpecentes e exercendo controle sobre outros detentos. Essa realidade pode levar a uma intensificação do uso de drogas entre os presos, aumentando a dependência e a vulnerabilidade desses indivíduos, bem como contribuindo para a perpetuação do tráfico de drogas e a violência associada a ele.

Dessa forma, o sistema penitenciário brasileiro tem se mostrado não apenas ineficiente na ressocialização dos detentos, mas também como um ambiente propício para o recrutamento e fortalecimento de facções criminosas. A seletividade penal tem contribuído para a formação de criminosos mais perigosos e envolvidos em atividades ilícitas mais graves, perpetuando a criminalidade e a violência no contexto penitenciário e na sociedade como um todo.

É fundamental que sejam adotadas políticas públicas mais abrangentes e efetivas para enfrentar essa realidade, buscando a desarticulação e desmantelamento das facções criminosas dentro dos presídios, bem como investindo em programas de prevenção, tratamento e ressocialização dos detentos. Além disso, é necessário

repensar a aplicação da Lei de Drogas, priorizando abordagens mais humanas, justas e efetivas, que considerem a complexidade do fenômeno das drogas e busquem enfrentar suas causas e consequências de forma mais ampla e integrada. É preciso também investir em ações de combate à seletividade penal, garantindo que a aplicação da lei seja justa, equitativa e não discriminatória, evitando que grupos sociais vulneráveis sejam mais afetados por políticas de repressão e encarceramento.

Além disso, é importante promover ações voltadas para a ressocialização dos detentos, oferecendo oportunidades de educação, trabalho e capacitação profissional, bem como programas de saúde e apoio psicossocial. É fundamental compreender que a prisão não deve ser apenas um local de punição, mas também de ressocialização e reinserção na sociedade.

Outra abordagem relevante é a implementação de estratégias de prevenção ao ingresso de novos membros nas facções criminosas, por meio de políticas de redução de danos, programas de prevenção ao uso de drogas, e o fortalecimento de redes de apoio social e comunitário, que possam oferecer alternativas aos indivíduos em situação de vulnerabilidade.

Ademais, também adotar medidas para combater a corrupção e a criminalidade dentro do sistema penitenciário, garantindo a integridade e a segurança dos detentos, bem como a adoção de medidas de controle efetivas para evitar o ingresso de drogas e outros ilícitos nas prisões.

Em conclusão, a seletividade penal presente na aplicação da Lei de Drogas no Brasil, além de dar tratamento desigual às populações, tem contribuído para a formação e fortalecimento de facções criminosas dentro do sistema penitenciário, transformando pequenos criminosos em grandes criminosos e perpetuando o ciclo da criminalidade. É imprescindível adotar políticas públicas mais abrangentes, efetivas e justas, que enfrentem a seletividade penal, promovam a ressocialização dos detentos e busquem abordagens integradas para o enfrentamento do problema das drogas. Ações

voltadas para a prevenção, ressocialização, controle da corrupção e garantia dos direitos dos detentos são essenciais para a construção de um sistema penitenciário mais justo, eficiente e que promova a reintegração dos indivíduos na sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discrepância na aplicação da lei, onde os pequenos traficantes e usuários de drogas são os mais afetados, enquanto os verdadeiros barões do tráfico muitas vezes gozam de impunidade, revela uma clara disparidade na justiça penal brasileira. Essa seletividade penal é ainda mais agravada quando consideramos a cor da pele e a classe social dos envolvidos, com dados estatísticos alarmantes evidenciando que a maioria dos presos por crimes relacionados às drogas são jovens, negros e de baixa renda.

Há uma falta de diferenciação clara entre usuários e traficantes na Lei de Drogas. A ambiguidade na definição de usuário e traficante muitas vezes resulta em prisões injustas de pessoas que são consideradas traficantes apenas por portarem pequenas quantidades de drogas, o que abre margem para abusos por parte do sistema de justiça. Além disso, a abordagem simplista e punitiva da legislação brasileira em relação às diferentes drogas, sem considerar critérios de saúde pública e redução de danos, também é problemática. É necessário repensar a política de drogas no país de forma mais abrangente, levando em consideração a saúde e o bem-estar dos indivíduos envolvidos.

A superlotação e as condições desumanas nos presídios brasileiros decorrentes da política de encarceramento em massa resultante da aplicação rigorosa da Lei de Drogas também são preocupantes. Os presos por crimes relacionados às drogas, muitos deles pequenos traficantes ou usuários, sofrem com a precariedade do sistema carcerário, agravando ainda mais a seletividade penal e a injustiça social.

É necessário também promover políticas públicas mais abrangentes e efetivas de enfrentamento às drogas, que considerem a complexidade do fenômeno, a diversidade das substâncias e os diferentes contextos de uso. É preciso investir em programas de prevenção, tratamento e reinserção social, em vez de priorizar a punição e o encarceramento, e garantir que a aplicação da lei seja justa, imparcial e baseada em princípios de igualdade e não discriminação.

É necessária uma reflexão crítica sobre a Lei de Drogas e suas consequências na sociedade brasileira, buscando soluções mais justas, equitativas e efetivas para enfrentar o problema das drogas. Isso inclui a revisão da legislação, com a definição clara de critérios para distinguir usuários de traficantes, a promoção de políticas de redução de danos e saúde pública, o combate à seletividade penal baseada em raça e classe social, e a busca por alternativas ao encarceramento, especialmente para pequenos traficantes e usuários não violentos.

Além disso, é importante promover ações que abordem as causas estruturais do tráfico de drogas, como a desigualdade social, a falta de oportunidades de emprego e educação, e a exclusão social. Isso pode incluir investimentos em políticas sociais, programas de desenvolvimento comunitário e fortalecimento de redes de apoio social, a fim de abordar as raízes do problema das drogas e reduzir sua incidência. A seletividade penal na aplicação das leis antidrogas é um problema complexo e multifacetado que requer uma abordagem abrangente e baseada em evidências.

É fundamental que as políticas de drogas sejam reformadas de maneira a promover a justiça social, a igualdade e o respeito aos direitos humanos, garantindo que a aplicação da lei seja imparcial, proporcional e livre de discriminação. Somente assim será possível avançar em direção a uma política de drogas mais justa, equitativa e efetiva, que priorize a saúde e o bem-estar dos indivíduos e da sociedade como um todo.

Por fim, a atual abordagem da Lei de Drogas no Brasil tem gerado desigualdades e violações de direitos humanos. É necessário repensar essa política de forma mais abrangente, considerando critérios de saúde pública, redução de danos, prevenção, tratamento e reinserção social. Assim, deve-se buscar garantir a igualdade perante a lei, independentemente de raça, classe social ou qualquer outra característica pessoal, e promover políticas públicas baseadas em evidências e que priorizem a dignidade e bem-estar de todas as pessoas envolvidas no fenômeno das drogas. Somente com uma abordagem mais justa, inclusiva e efetiva será possível enfrentar os desafios relacionados às drogas de maneira mais humanitária e equitativa.

## REFERÊNCIAS

SILVA, Camila Rodrigues da GRANDIN, Felipe, CAESAR, Gabriela e REIS, Thiago et al. Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26a posição em ranking dos países que mais prendem no mundo, G1 Globo, Monitor da Violência [online]. 2021 Disponível em: <[g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-pren-dem-no-mundo.ghtml](http://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-pren-dem-no-mundo.ghtml)> Acesso em 15/09/2022.

Conselho Nacional do Ministério Público et al. Sistema Prisional em Números. Disponível em: <[www.cnpm.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros](http://www.cnpm.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros)> Acesso em 23/12/2022.

MENDES, Gil Luiz. Guerra às drogas, guerra aos pobres. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasmidias/guerra-as-drogas-guerra-aos-pobres/>> p: 15/06/2021, Acesso em 20/04/2023

RODAS, Sérgio. Em grande parte, usuários, condenados por tráfico têm baixo índice de reincidência. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/grande-parte-usuarios-condenados-trafico-reincidem#:~:text=Enquanto%2019%2C3>>. Acesso em 10/04/2023.

IPEA. Reincidência criminal no Brasil. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/70/reincidencia-criminal-no-brasil>> Acesso em 10/11/2022.

OLIVEIRA, José Carlos. ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-2021>> Acesso em 10/04/2023.

PERES, Aline; RIBEIRO, Diego. Uma década de impunidade. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/uma-decada-de-impunidade-puqyj2/>> 2010. Acesso em 11/12/2022.

MARONNA, Cristiano Avila. IBCCRIM. Seminário 10 anos de Lei de Drogas 1o dia. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8BgBxIalpsc>> 2017. Acesso em 01/02/2023.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2017.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, N. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12a edição. [s.l.] Revan, 2011.

BATISTA, V. M. Difíceis Ganhos Fáceis. Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAGLEY, Bruce. The Evolution of drug trafficking organized crime in Latin America. Sociologia, Problemas e Práticas. 2013

FILIPPONE, Robert. The Medellin Cartel: Why we cannot win the drug war. Studies in Conflict & Terrorism, v.17, n.4. 1994

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramalheite. 42a edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

GUILHERME, V. M. Quem tem medo do lobo mau? A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil: por uma perspectiva abolicionista. 172 f. Monografia (Graduação em direito) Centro Universitário Ritter dos Reis, UniRITTE

GUIZADO, Álvaro. RESTREPO, Andrés. Perspectives on Narcotics Trafficking in Colombia. *International Journal of Politics, Culture, and Society*, v. 14, n. 1, 20

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. *Injerencia y Dominio del Hecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1996.

JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1996.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6a edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Editorial Thomson Reuters, 2020.

ROXIN, Claus. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas, 2017.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas, 2011.

RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico e militarização nas Américas: vício de guerra. Contexto Internacional*. Rio de Janeiro, v. 34, 2012.

SANTOS, Marcelo. *A Política dos Estados Unidos de Combate ao Narcotráfico e o Plano Colômbia (1998 - 2005)*. *Estudos de Sociologia, Araraquara*, v. 12, n. 22, 2006.

STIPPEL, Jörg; SERRANO MORENO, Juan Enrique. *La nacionalización de la lucha contra el narcotráfico en Bolivia. Política criminal*, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro - Teoria Geral. 4o ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro - parte geral. 11o ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 20 IPEA. CAMPOS. Marcelo da Silveira. O Novo Nem Sempre Vem: Lei de Drogas e encarceramento no Brasil. Disponível<<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/821981206bapi18cap3.pdf>>2018. Acesso em 09/09/2022.

SEMER. Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando opapel dos juízes no grande encarceramento. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/publico/1346596\\_Tese\\_Corrigida.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/publico/1346596_Tese_Corrigida.pdf)> 2019. Acesso em 09/04/2023.



# O CRIME DE INFANTICÍDIO: (IM) POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA INIMPUTABILIDADE POR ENFERMIDADE MENTAL DA MULHER PARTURIENTE

Maria Eduarda Borges Xavier  
João Paulo Calves  
Jodascil Gonçalves Lopes  
Lindomar Tiago Rodrigues  
Marianny Alves

## INTRODUÇÃO

O crime de infanticídio é um tema que pode causar estranheza e certa reprovação, por ser um evento que se opõe ao que se espera do papel materno na sociedade. Partindo desse contexto, se levarmos em conta o pensamento da sociedade induzida pelo aspecto do senso comum quanto a criminalização, esta clamara por severas punições quanto a penalização do infanticídio. Portanto, seguindo o liame da psicologia jurídica e o direito penal, é possível observar tal questão de uma esfera diferenciada.

Tipificado no artigo 123 do Código Penal, o infanticídio determina este como o ato de a mãe matar o próprio filho sob a influência do estado puerperal, no momento do parto ou logo após ele (BRASIL, 1940). Esse conceito, vai além de uma análise ótica criminal, sendo necessário observar o lado frágil que a mulher passa, levando em conta as situações complicadas, desde a gravidez até a expulsão da criança do ventre materno.

Assim, um aspecto importante do debate sobre este tema é a punibilidade da puérpera que comete o ato, trazendo certa polemica sobre este tema, especialmente no campo do direito. A legislação atual (BRASIL, 1940) adota penas mais atenuadas para esse crime, pois acredita que a mulher em razão do estado puerperal não pode ser totalmente culpada de seus atos devido à sua condição. O

objetivo deste estudo foi analisar se o crime de infanticídio pode atender aos critérios de inimputabilidade, se se verifica a influência do estado de psicose puerperal no psiquismo da mulher ou a possibilidade para a mulher que se encontra sob influência do estado puerperal e que tenha sido comprovado por laudo médico, dependendo do grau em que foi diagnosticado, a pena de culpa poderá ser diminuída.

O estado puerperal, decorrente o que Bitencourt (2018) expõe:

a) o estado puerperal não produz nenhuma alteração no estado da mulher; b) acarreta perturbações psicossomáticas que são a causa da violência contra o próprio filho; c) causará uma doença mental na parturiente; d) produz-lhe perturbação da saúde mental da genitora diminuindo a capacidade de entendimento ou determinação.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo a análise dos aspectos da influência do estado puerperal da mulher parturiente no crime de infanticídio; compreendo os motivos que elevam o grau de influência desse estado e a possibilidade do enquadramento do estado puerperal como causa de inimputabilidade da parturiente. O artigo foi elaborado mediante pesquisa qualitativa, com características exploratórias e descritivas sob o método de raciocínio dedutivo. Utilizou-se pesquisas em livros, artigos e trabalhos de conclusão de curso nas fontes Google Acadêmico.

No primeiro capítulo foi abordada a relação sobre o conceito de crime, esclarecendo pontos acerca dos elementos que constitui crime, seu conceito analítico, no qual abrange-se os componentes, sendo a tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Além disso, será abordado o aspecto sobre a inimputabilidade, expondo suas causas e critérios adotados pelo código penal.

No segundo capítulo, foi apresentado a análise dogmática do crime de infanticídio, sua caracterização, os elementos do tipo, a questão sobre o concurso de pessoas, verificando se somente a mãe responde pelo delito cometido, ou é passível de participação de terceiros e suas respectivas punições.

E, no terceiro e último capítulo, trará a caracterização do estado puerperal como enfermidade mental, sua definição, a diferença entre o estado puerperal e o puerpério. Observar as condições que podem levar a mulher a ter o seu estado psíquico alterado de tal forma ao ponto de se manifestar como forma de transtorno mental.

## **A ENFERMIDADE MENTAL COMO CAUSA DA EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE**

A doença mental ou o desenvolvimento mental deficiente ou retardado, quando associados à falta de capacidade de compreender a ilicitude dos fatos e ser determinado em conformidade com esse entendimento, resulta em inimputabilidade. Partindo desse entendimento, o objetivo deste capítulo é explicar desde os elementos que constitui o crime, até a relação quanto a inimputabilidade por enfermidade mental, verificando sobre o cabimento da exclusão da culpabilidade pela enfermidade mental dentro do crime de infanticídio.

## **CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME**

Para que se tenha uma clara abordagem sobre o tema apresentado, é importante primeiramente esclarecer alguns pontos que configuram os elementos de crime, antes de verificarmos a tipificação que será objeto de estudo, o artigo 123 do Código Penal. Quando nos deparamos com conceituação de crime, podemos observar que no decorrer do tempo existiam vários sentidos para essa tipificação, desde o significado de pecado para os teólogos, a um fato que contrasta com os valores sociais, conforme expõe os sociólogos (GOLDFINGER, 2022, p 254).

O conceito de crime, embora se saiba que é puramente doutrinário, pois, não há no atual Código Penal. É importante observar a definição de Guilherme de Souza Nucci (2009, p.166) ao crime:

Inicialmente, cumpre salientar que o conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível classificar uma conduta, ontologicamente, como criminosa. Na verdade, é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador transformar esse intento em figura típica, criando a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos.

No entanto, há doutrinadores que apresentam de forma mais direta essa conceituação Fernando Capez (2023, p. 62) por exemplo, é bem direto no que concerne a esse conceito:

O crime pode ser conceituado sob três enfoques, sendo: o aspecto material (estabelece a essência do crime), sob o aspecto formal e sob o aspecto analítico. Conceito material de crime. Violação de um bem penalmente protegido. Conceito formal de crime. Conduta proibida por lei, com ameaça de pena criminal. Conceito analítico de crime: fato típico, ilícito e culpável.

Diante dos conceitos apresentados e conforme mencionado acima, o conceito de crime é eminentemente constituído por orientações doutrinárias e isso significa que nunca haverá um conceito único para ele. Entretanto, Fernando Capez (2023), com seu relato sucinto e pertinente, toca no cerne dessa apreciação ao descrever o conceito analítico de crime como: ato típico, ilícito e culpável. Conseqüentemente, o objetivo dessa exposição é trazer o conceito de crime à luz do aspecto analítico.

A partir do conceito trazido por Capez, é importante expor que os elementos que definem o conceito analítico de crime formam-se a partir da concepção tripartite, no qual, se baseia no crime como fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável. Tal corrente, tripartite dividida em Causalista e Finalista. A teoria finalista elaborada por Hans Welzel, funda-se na ideia de que a conduta deve ser valorada, por se tratar de um juízo de realidade e não fictício, deslocando a culpa para o fato típico. Para Hans Welzel qualquer pessoa, ao agir, tem uma finalidade. NUCCI (2023, p.259)

Diante disso, pode-se definir o conceito analítico de crime como a análise do fato e sua caracterização no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Capez ainda define que, para que se tenha um delito concreto é preciso observar se o praticante do ato criminoso o fez de acordo com uma ação típica, ilícita e culpável.

Aspecto analítico: é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou o intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas. Sob esse ângulo, crime é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se ela é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu. Para a existência da infração penal, portanto, é preciso que o fato seja típico e ilícito. (CAPEZ, p. 62. 2023).

Em face dos argumentos apresentados, é importante observar que, ao jurista, não cabe analisar o resultado da ação por si só, pois, o resultado ao qual se chegaria poderia constatar com uma cruel injustiça. Por isso, faz-se necessário analisar cada componente que configura o crime, sendo a tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

No que tange à tipicidade e tendo em vista o Princípio Constitucional, denominado de Princípio da Legalidade (ou Reserva Legal), sabe-se que é impossível taxar uma determinada conduta como ilícita se não houver no ordenamento jurídico uma norma que a tipifique como tal, desse modo, é inconcebível imputar alguém a qualquer tipo de repreensão que não seja de ordem legal. Adotando esse princípio, é possível analisar que determinada conduta, apresentada como delituosa, deve-se observar, primeiramente, se ela se enquadra em algum tipo penal. Se for constatado que sim, necessário se faz averiguar os elementos contidos no mesmo, em outras palavras, deve-se analisar a conduta, o nexo de causalidade e o resultado (NUCCI. 2023).

Com base nisso, fica claro que o fato típico é um dos requisitos mais importantes para que um ato seja qualificado como crime,

talvez o mais importante, porque sem ele não se deve falar em ilicitude nem culpabilidade. Observando o primeiro artigo do Código Penal no qual o legislador define que “Não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal.” (Código Penal, 1940). Logo, cabe ao juiz analisar segundo o que descreve a legislação, não tendo como base analogia, ou qualquer outro artifício que venha prejudicar o réu. Quanto à ilicitude ou antijuridicidade, merece destaque o que expõe Rogério Greco (2022, p. 375) acerca do tema:

Ilicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude não se resume a matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributária etc. Se a conduta típica do agente colidir com o ordenamento penal, diremos ser ela penalmente ilícita.

Desta forma, percebe-se que toda e qualquer conduta que se enquadra perfeitamente aos tipos penais são tidas como ilícitas. Porém, na legislação há também, nos casos em que o legislador exclui a ilicitude do fato, e no que compete a este enfoque aduz a disposição do art.23 do Código Penal.

Conforme já exposto, estudando a conduta de um agente, de modo analítico, constata-se que para ser configurado crime a mesma precisa ser típica e ilícita, com isso é chegado o

momento de verificar a sua culpabilidade. Para melhor entendimento, é importante analisar os dizeres de Greco neste aspecto: “Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.” (GRECO, p 431, 2022). Isto é, o indivíduo tendo praticado conduta típica e ilícita, estará sujeito a um juízo de censura, no qual, serão apreciadas as circunstâncias de culpabilidade da qual o sujeito veio a praticar, sendo ela ação ou omissão.

Desse modo, a culpabilidade existirá quando o fato for praticado mediante três “pré-requisitos”, sendo: a. Imputabilidade; b. Consciência sobre a ilicitude do fato; c. Exigibilidade de conduta

diversa. Logo, ao se deparar com uma conduta, típica e ilícita, o julgador ao analisar o caso concreto, nesta última etapa, deverá observar esses três requisitos. Isto é, o juiz deverá se perguntar, o agente é imputável? Ele tinha consciência sobre o fato ilícito? No momento da ação ou omissão o autor poderia ter escolhido outro modo de agir? Se a todas essas perguntas a resposta for SIM, o agente, deverá ser considerado culpado por seus atos.

### **DA INIMPUTABILIDADE POR ENFERMIDADE MENTAL:**

O código Penal não traz elencado em sua órbita o conceito de inimputabilidade, no entanto, elenca as limitações de casos em que ela não se verifica, (como os artigos 26 caput, 27 e 28 do código penal).

A partir disso Goldfinger (2022, p.533) retoma as ideias de Flávio Barros, aduz que “o imputável é o homem que, ao tempo da conduta, apresenta maturidade mental para entender o caráter do criminoso do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento”

Capez (2022, p.143, ) expõe que a imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. No direito penal, o fundamento da imputabilidade baseia-se na capacidade de compreender e de querer. Só a soma de maturidade e saúde mental dá isso a uma pessoa responsabilidade penal. Reconhecê-lo depende da capacidade de saber da ilicitude do fato e é determinado por este entendimento.

A partir disso, no nosso ordenamento jurídico como já dito anteriormente há exclusão da imputabilidade nas hipóteses descritas nos artigos 26 a 28 do código penal. Tais hipóteses são consideradas a partir dos seguintes critérios que são analisados, como o biopsicossocial.

Gonçalves (2023, p. 248) explica que quanto ao primeiro critério se considera apenas o desenvolvimento mental do agente (doença

mental ou idade), independentemente se tinha, ao tempo da conduta, capacidade de entendimento e autodeterminação. Isto é lei fundamenta a inimputabilidade exclusivamente na causa geradora; o critério psicológico leva-se em conta apenas se o agente, ao tempo da conduta, tinha a capacidade de entendimento e autodeterminação, independentemente de sua condição mental ou idade, logo bastaria o efeito para caracterizar a inimputabilidade; o porquê seria irrelevante.

O critério biopsicológico, adotado pelo código penal quanto a imputabilidade por doença mental, se caracteriza inimputável aquele que, em razão de sua condição mental (por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era, ao tempo da conduta, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

!No que se refere-se que uma pessoa doente mental somente será considerada inimputável se, além de sua enfermidade (causa), constatar-se que, no momento da conduta (ação ou omissão), encontrava-se desprovido de sua capacidade de entender a natureza ilícita do ato ou de se determinar conforme essa compreensão. O sistema biopsicológico é aquele que se baseia, para o fim de constatação da inimputabilidade, em dois requisitos: um de natureza biológica, ligado à causa ou elemento provocador, e outro relacionado com o efeito, ou a consequência psíquica provocada pela causa. (Gonçalves 2023, p 248)

É importante destacar que entre a zona de saúde mental ou normalidade e a zona de doença mental está a zona que inclui as pessoas que não possuem plena capacidade intelectual (capacidade de entender a ilicitude de um fato) o comando da vontade ou determinação da vontade. Eles são semi – imputáveis ou de imputabilidade reduzida ou diminuída. Considerou-os o Código Penal, no parágrafo único do art. 26 assim:

parágrafo único: “A pena pode ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento

mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento”.

É possível observar que o dispositivo em questão também oferece uma base biológica, pois menciona a frase “perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou atrasado”. De acordo com nosso Código, o termo “doença mental”, usado no art. 26, caput, refere-se à incapacidade total, “transtorno a perturbação da saúde mental”, prevista no parágrafo único do referido art. 26, significa apenas uma incapacidade parcial.

Nesse sentido, Capez explica as causas que excluem a imputabilidade de acordo com o artigo supracitado, são quatro: “I) doença mental; II) desenvolvimento mental incompleto; III) desenvolvimento mental retardado; IV) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior”. (CAPEZ p 144, 2022). Para o nosso estudo em concreto, devemos observar em relação à doença mental. Conforme define Capez, essa causa está ligada a uma perturbação mental ou psíquica, no qual, é capaz de afetar a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, ou de comandar sua vontade.

Trata-se de uma perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar à vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infundável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia conduto ática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranóias, psicopatia, epilepsias em geral.

A vista disso, é importante observar que a inimputabilidade se aproxima da semi – imputabilidade, tendo em vista que ambas, é comum a existência de uma anomalia mental. As duas afetam a capacidade de autodeterminação. No entanto, há diferenças básicas: na inimputabilidade o agente se acha inteiramente privado da capacidade de autodeterminação; enquanto, que na semi – imputabilidade, a capacidade de autodeterminação encontra-se diminuída. Na inimputabilidade a única sanção cabível é a medida de segurança, ao passo que na semi – imputabilidade o magistrado

pode aplicar pena reduzida ou medida de segurança, conforme a necessidade do agente. O Código penal vigente, conforme mencionado anteriormente adotou um critério para que seja possível realizar uma apuração de inimputabilidade, sendo o sistema biopsicológico, no qual, para a pessoa ser considerada inimputável, não basta à doença mental, devendo ainda ao tempo do crime, a pessoa não se encontrar em uma situação de entender e querer. Conforme definição de GONÇALVES (2023, p 248): “Considera-se inimputável aquele que, em razão de sua condição mental (causa), era, ao tempo da ação ou omissão, totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com tal entendimento (consequência) ”.

Por isso, destaca que a inimputabilidade, é causa de exclusão da responsabilidade penal, não significa irresponsabilidade pessoal ou social. A partir disso, é importante destacar, que o inimputável e o semi-imputável mesmo que isentos de culpabilidade não estão fora de responder pela prática delitativa. O atual código penal, elenca uma modalidade de “sanção penal” que se aplica nos casos mencionados, sendo a medidas de segurança, internação e tratamento ambulatorial. Tais medidas, se caracteriza como uma sanção penal imposta pelo Estado, no qual, sua finalidade é exclusivamente preventiva, no sentido de evitar que o autor de uma infração penal que tenha demonstrado periculosidade volte a delinquir.

Diante do enquadramento da medida no sistema penal, faz-se necessário discerni-la da pena. Segundo Goldfinger (2022, p. 701), as principais diferenças entre elas são: as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva, destinadas aos inimputáveis e aos semi- imputáveis que possua periculosidade, enquanto as penas caracterizam-se pelo aspecto retributivo e preventivo, destinadas aos imputáveis, fundamentando-se na culpabilidade.

Conforme aduz Capez (2023), a respeito da periculosidade, a qual é considerada fator fundamental na distinção entre pena e medida de segurança, é dividida em presumida e real. Fala-se em presumida quando, independentemente da periculosidade real do

sujeito, a lei a presume. Enquadra-se, dessa forma, no art.26, caput. Enquanto isso, a periculosidade real, também chamada de judicial, ocorre nos casos de agentes semi-imputáveis (art.26, parágrafo único), quando o juiz averiguar a necessidade de especial tratamento curativo. Assim, ela deve ser verificada pelo juiz conforme descreve Capez (2023, p.200) que.

Na inimputabilidade, a periculosidade é presumida. Basta o laudo apontar a perturbação mental para que a medida de segurança seja obrigatoriamente imposta. Na semi-imputabilidade, precisa ser constatada pelo juiz. Mesmo o laudo apontando a falta de higidez mental, deverá ainda ser investigado, no caso concreto, se é caso de pena ou de medida de segurança.

No que se refere ao sistema de aplicação das medidas de segurança, o sistema adotado pelo atual código é o vicariante, sendo impossibilitado a aplicação de medida de segurança e pena de forma dupla para os imputáveis e semi-imputáveis. Seguindo ainda o que expõe Capez (2023, p.200) refere-se a pena ou medida de segurança, em que “aos imputáveis, pena; aos inimputáveis, medida de segurança; aos semi-imputáveis, uma ou outra, conforme recomendação do perito”.

Quanto aos seus pressupostos e aplicação, é possível afirmar, ainda conforme Goldfinger, (2022, p703) são necessários a observância de três requisitos para a aplicação da medida de segurança. Em primeiro lugar, cita-se a prática de fato típico e antijurídico, sendo necessário que se tenha praticado um ilícito típico. De tal modo, excludentes de criminalidade, de culpabilidade e ausência de provas impediriam a aplicação da medida de segurança. Em segundo lugar, faz-se necessário que exista prova da periculosidade do agente em razão da inimputabilidade decorrente de doença mental. E, por último, é indispensável a ausência de imputabilidade plena, não sendo permitida a aplicação de medida aos imputáveis e, somente em casos excepcionais, aos semi-imputáveis.

Elencadas no artigo 96 do código penal, existem duas modalidades de medidas de segurança são: ( código penal, 1940)

I – Detentiva: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; neste sentido, os arts 97, caput e 98 do CP, caso o crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. II – Restritiva: sujeição a tratamento ambulatorial, será aplicado nos crimes apenados com detenção, quer se trate de réu inimputável ou semi-imputável.

## **CRIMES CONTRA VIDA: ANÁLISE DOGMÁTICA DO CRIME DE INFANTICÍDIO**

O objetivo deste terceiro capítulo é abordar de maneira clara e objetiva em relação à conduta do objeto do título, o Infanticídio desde seu conceito, a questões que envolve sua consumação. Sem, contudo, pretender esgotar o assunto, porém com a intenção de expor maior sustentáculo quanto à pesquisa proposta.

### **CONCEITO DE INFANTICÍDIO**

Na Concepção semântica, conforme conceitua Alves (2020) significa a morte provocada de uma criança, especialmente de um recém-nascido. De maneira abrangente, partindo de uma conceituação simples, deve-se acrescentar somente que o infanticídio se trata da morte da nascente ou recém-nascido provocada pela mãe sob a influência do estado puerperal.

A fim trazer a conceituação doutrinária, Nucci (2023, p.80) define que se trata de homicídio cometido pela mãe contra seu filho, nascente ou recém-nascido, sob a influência do Estado Puerperal. “É uma hipótese de homicídio privilegiado em que, por circunstâncias particulares e especiais, houve por bem o legislador conferir tratamento mais brando à autora do delito, diminuindo a faixa de fixação da pena (mínimo e máximo) ”.

Seguindo a definição legal expressa do infanticídio, é importante destacar a respeito dos elementos do tipo os sujeitos

ativo e passivo, sendo ativo, a mãe, somente ela, pode praticar o crime em tela. Uma vez que, o crime de infanticídio se configura como crime próprio, isto é, o tipo penal exige qualidade especial do sujeito ativo. Quanto o sujeito passivo, a vítima, no caso, será o recém-nascido ou o ser nascente. O tipo também importa num elemento subjetivo que se traduz no dolo.

Nesse sentido, a respeito do sujeito ativo, é importante destacar algumas particularidades para que assim seja caracterizado, sendo: o primeiro deles é que o delito seja praticado pela própria mãe do infante e que este ainda esteja sob o domínio perturbador do estado puerperal. O segundo, elenca acerca do tempo, durante ou logo após o parto, delimitando o período a ser disposto para que se configure o tipo. Dessa forma, o delito somente se caracteriza se estiverem presentes os elementos anteriores descritos. Assim sendo, se assimila que o sujeito ativo desse tipo penal somente poderá ser a mãe puérpera em relação ao seu filho nascente ou nascido, sob o domínio de perturbações advindas do parto. Conforme elenca Capez, (2022. P 63).

Trata-se de crime próprio. Somente a mãe puérpera, ou seja, a genitora que se encontra sob influência do estado puerperal, pode praticar o crime em tela. Nada impede, contudo, que terceiro responda por esse delito na modalidade de concurso de pessoas, questão esta que estudaremos mais adiante.

Decorrente a isso, observa-se que o sujeito passivo do delito sempre será o próprio filho, neonato ou nascente. No entanto, é importante arguir a situação que se uma mãe, em estado puerperal matar criança diversa achando que era seu filho, mesmo assim responderá por infanticídio, em consonância o que explica o §3o do artigo 20 do código penal. Neste caso, estará sobre o conceito do erro sobre a pessoa, por isso o crime que se coaduna à conduta da autora se a vítima de fato fosse seu filho. Nas palavras de Damásio (2015. p, 54) “Qual a solução se a mãe, sob a influência do estado puerperal, mata outra criança, supondo tratar-se do próprio filho? Responde

por delito de infanticídio. Trata-se de infanticídio putativo. A falsa noção da realidade aproveita o agente”.

Quando nos referimos ao elemento subjetivo e materialidade, o crime de infanticídio só é punível a título de dolo, traduzindo-se na vontade de matar o próprio filho, refletindo ao dolo direto. O dolo eventual também pode ser invocado para ser aplicado à espécie, em que a mãe assume o risco de causar a morte do próprio filho. Capez (2022, p 60)

No entanto, quando se trata de modalidade culposa do tipo penal existem duas posições doutrinárias: De acordo com Damásio (2015: 136) “[...] se a mulher vem a matar o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, de forma culposa, não responde por delito algum (nem homicídio, nem infanticídio) ”. Defende que o fato será penalmente atípico. Já a posição doutrinária majoritária defende que responderá pelo delito de homicídio culposo, por exemplo, consoante ao entendimento de Júlio Mirabete (2001:92)

Não existe forma culposa do infanticídio, sendo que, se o infante vier a morrer por negligência, imprudência ou imperícia da parturiente, esta não responderá por homicídio culposo, mesmo estando sob a influência do considerado estado puerperal, posto que o fato se amolda perfeitamente a norma do parágrafo terceiro do artigo 121, do atual Código Penal.

Importa destacar ainda a respeito do Infanticídio o aspecto do seu conceito legal e doutrinário. Conceito Legal: Conforme expressa o art. 123 do código penal “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.” (BRASIL, 1940). É neste sentido que a legislação penal define legalmente o infanticídio, cominando pena de detenção de dois a seis anos. A legislação vigente estipula o infanticídio como um crime praticado sob circunstâncias especiais, quais sejam: a gestante; a consumação do crime durante ou logo após o parto e a influência do estado puerperal, que trouxe confusão na psique da parturiente, ficando está com suas faculdades mentais abaladas.

Já a conceituação doutrinária acerca deste tipo penal, compreende-se que se trata de uma espécie de homicídio doloso privilegiado, cujo privilégio é concedido em virtude da “influência do estado puerperal” sob o qual se encontra a parturiente. É que o estado puerperal, por vezes, pode acarretar distúrbios psíquicos na genitora, os quais diminuem a sua capacidade de entendimento ou auto inibição, levando-a a eliminar a vida do infante. (Capez, 2023: 69)

O privilégio constante dessa figura típica é um componente essencial, pois sem ele o delito será outro (homicídio, aborto). Assim é que o delito de infanticídio é composto pelos seguintes elementos: matar o próprio filho; durante o parto ou logo após; sob influência do estado puerperal. Excluído algum dos dados constantes nessa figura típica, esta deixará de existir, passando a ser outro crime.

A partir disso, é importante observar que o crime de infanticídio se qualifica quando presente todos os requisitos descrito no tipo penal sendo seus elementos: 1. Feto nascente ou recém-nascido; 2. Necessário que tenha havido vida extrauterina; 3. A parturiente tenha intenção de matar (dolo); e 4. Faz imperioso que seja constatado que a gestante realmente encontra-se com a psique abalada, sendo influenciada pelo estado puerperal quando do cometimento do delito. (DAMÁSIO, 2015 p:50)

## **QUESTÕES SOBRE CONCURSO DE PESSOAS**

Conforme já exposto anteriormente o sujeito ativo trata-se da mãe sob influência do estado puerperal, cumpre agora observar a possibilidade do concurso de agentes na prática da conduta delituosa.

Nos termos do artigo 29, caput do código penal: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. A partir disso, o excluir alguns dados sobre o infanticídio, o personagem típico deixaria de existir e se tornaria outro crime (relativamente atípico). Assim, os componentes de gênero, incluindo o estado puerperal, são

pré-requisitos desse tipo. Sendo necessárias, são comunicadas ao coautor ou partícipe (CP, art. 30), a menos que tenha conhecimento delas, para evitar qualquer responsabilidade objetivamente. No entanto, as consequências podem variar dependendo se o terceiro é autor, coautor ou partícipe.

Neste sentido, Capez (2022. P70) elenca que há três possíveis situações para enquadrar a coautoria no infanticídio, sendo quando a mãe mata contando com o auxílio de terceiro; o terceiro que mata o recém-nascido; mãe e terceiro matam. Para cada situação apresentada, haverá uma maneira de punir, levando em conta as circunstâncias e a conduta de cada um para que ambos possam ter suas respectivas punições.

Mãe que mata o próprio filho, contando com o auxílio de terceiro: a mãe é autora de infanticídio e os elementares desse crime comunicam-se ao partícipe, que, assim, responde também por infanticídio. A “circunstância” de caráter pessoal (estado puerperal), na verdade, não é circunstância, mas elementar; logo, comunica-se ao partícipe.

O terceiro mata o recém-nascido, contando com a participação da mãe: o terceiro realiza a conduta principal, ou seja, “mata alguém”. Como tal comportamento se subsuma ao art. 121 do Código Penal, ele será autor de homicídio. A mãe, que praticou uma conduta acessória, é partícipe do mesmo crime, pois o acessório segue o principal. Com efeito, a mãe não realizou o núcleo do tipo (não matou, apenas ajudou a matar), devendo responder por homicídio.

No entanto, embora esta seja a solução apontada pela boa técnica jurídica e a prevista no art. 29, caput, do Código Penal (todo aquele que concorre para um crime incide nas penas a ele cominadas), não pode, aqui, ser adotada, pois levaria ao seguinte contrassenso: se a mãe mata a criança, responde por infanticídio, mas como apenas ajudou a matar, responde por homicídio. Não seria lógico. Portanto, nesta segunda hipótese, a mãe responde por infanticídio.

Mãe e terceiro executam em coautoria a conduta principal, matando a vítima: a mãe será autora de infanticídio e o terceiro, por força da teoria unitária ou monista, responderá pelo mesmo crime, nos expressos termos do art. 29, caput, do Código Penal. Não pode haver co-autoria de crimes diferentes, salvo nas exceções pluralísticas do § 2º do art. 29 do Código Penal, as quais são expressas e, como o próprio nome diz, excepcionais.

Antes do exposto, há posições divergentes quanto ao cabimento de concurso nesse tipo, segundo essa posição. Capez (2022) para melhor esclarecer cita Heleno C. Fragoso, A. Mayrink da Costa, no qual, não se admite coautoria nem participação em infanticídio, em face dos elementares personalíssimos do tipo legal, como, por exemplo, o “estado puerperal”. Por outro lado, Damásio E. de Jesus, Custódio da Silveira, Magalhães Noronha, Celso Delmanto, admitem-se coautoria ou participação em infanticídio, vez que a lei não fala, em qualquer momento, em condições personalíssimas

## **O ESTADO PUERPERAL COMO ENFERMIDADE MENTAL E (IM)POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE**

Sabe-se que o pós-parto é uma das fases mais complicadas para a mulher puérpera (que concebeu recentemente). Pois, além das mudanças naturais e consequenciais de uma gravidez, o estado físico e psíquico da mulher acaba sendo prejudicado em razão das modificações hormonais que esse período provoca. Segundo Croce (2012): o estado puerperal se inicia na dequitação da placenta à volta do organismo materno às condições pré-gravídicas. Estudiosos apontam que esse período pode permanecer cerca de seis a oito semanas após o parto.

NUCCI (2019) explica sobre o puerpério, no qual, seu termo vem de *puer* (criança) e parece (parir), tendo como significado “gerar uma criança”, compreendendo o período entre o parto até o retorno do organismo materno a sua normalidade. O puerpério é o período que decorre desde o parto até que os órgãos genitais e o estado geral

da mulher voltem às condições anteriores, implica diretamente no psiquismo e na possível manifestação de transtorno mental. Trata-se de uma condição psíquica que alcança apenas determinadas mulheres e pode atuar sob níveis diversos.

A partir do exposto, é importante destacar que o estado puerperal, e o puerpério, são elementos “diferentes” dentro desse contexto. Pois o puerpério reflete no espaço de tempo compreendido entre a expulsão da placenta e a involução total das alterações da gravidez, pelo retorno do organismo materno às suas condições pré-gravídicas. Por outro lado, o chamado estado puerperal se caracteriza como a alteração do psiquismo da mulher. (França, 2018 p: 249)

Neste sentido Bitencourt (2018) expõe, os efeitos do estado puerperal podem apresentar-se em quatro hipóteses:

- a) o estado puerperal não produz nenhuma alteração no estado da mulher; b) acarreta perturbações psicossomáticas que são a causa da violência contra o próprio filho; c) causará uma doença mental na parturiente; d) produz-lhe perturbação da saúde mental da genitora diminuindo a capacidade de entendimento ou determinação; na primeira hipótese, haverá homicídio; na segunda, infanticídio; na terceira, a parturiente é isenta de pena em razão de sua inimputabilidade (art. 26, capuz', do CP); na quarta, terá uma redução de pena, em razão de sua semi- imputabilidade.

Em uma atuação gravosa, o estado puerperal pode se manifestar como forma de psicose. Conforme expõe, França (2018 p 219) estabelece que o parto em si não leva a mulher a transtornos psíquicos graves, mas pode trazer pequenas alterações emotivas, trazidas pelas dores e emoções que normalmente se apoderam da parturiente. No entanto, há formas autênticas de patologia mental que são caracterizadas por manifestações anteriores, mas agravadas pela gravidez e pelo parto, como estados de alienação existentes, e somente reveladas durante o parto, pela psicose pós-parto de origem toxi infecciosa de manifestações um pouco prolongada, que podem ser de forma confusional, delirante, maníaca e melancólica. No entendimento doutrinário de Capez (2021,p.70)

Além das psicoses que afloram na mulher durante o parto ou logo após, podendo constituir o *privilegium*, sucede, às vezes, que, dias após o parto, outras psicoses já presentes anteriormente na genitora, mas ainda não manifestadas, se afloram agravadas pelo puerpério. Ocorre, por vezes, que o parto pode provocar transtornos psíquicos patológicos que suprimem inteiramente a capacidade de entendimento e determinação da genitora.

Barros (1997, p. 57) também diz que o chamado estado puerperal pode ser entendido como "o conjunto das perturbações psíquicas e fisiológicas sofridas pela mulher em razão do fenômeno do parto."

É possível analisar que a disposição, expressa na lei, não presume a imputabilidade restrita em favor da parturiente, pois deve-se restar provada que existiu algum abalo psíquico capaz de diminuir a capacidade de auto inibição ou de entendimento da mulher. Autores como (CAMACHO, 2006; LOPES, 2017; MALDONADO, 1976) apontam uma maior vulnerabilidade para o surgimento de transtornos psiquiátricos nesse período e, segundo seus estudos, as principais patologias que podem emergir são a disforia puerperal (também conhecida como *baby blues* ou *maternity blues*), a depressão pós-parto e a psicose pós-parto.

Seguindo essa linha, os autores supracitados elencam ainda que há transtornos que podemos considerar "mais leves" como a disforia puerperal, que é também a mais recorrente entre as mães. Inclui sintomas como choro fácil (que nem sempre está associado a sentimentos de amargura), labilidade afetiva, irritabilidade e comportamento hostil para com os familiares podendo, para alguns, sentimentos de estranheza e despersonalização, além da "euforia", poder aparecer nos primeiros dias do pós-parto e desaparecem em no máximo duas semanas. E os mais graves como a depressão pós-parto, que possui uma recorrência bem menor, porém são mais severos que os de disforia puerperal enquanto o início de seus sintomas é mais tardio, ocorrendo entre duas e três semanas após o parto como relata Cantilino, (2023, p.127) explica acerca da psicose:

A psicose puerperal é, ao mesmo tempo, a mais perigosa e a menos compreendida das doenças psiquiátricas perinatais. Afeta 1-2 por 1.000 mulheres e constitui uma verdadeira emergência psiquiátrica, que requer tratamento imediato e, muitas vezes, hospitalização. O início é tipicamente súbito e ocorre nos primeiros dias após o parto. A literatura com frequência descreve as características clínicas distintas que incluem aumento e diminuição da consciência semelhante ao delírium, desorganização e confusão, despersonalização e delírios bizarros (em geral relativos à criança ou ao parto).

Dessa forma, fica evidente que o transtorno é capaz de se elevar, ao ponto da mulher não ter controle de suas capacidades de bom senso e autodeterminação, ao passo que “[...] os sintomas característicos englobam alucinações, delírios e paranóias que idealizam uma falsa realidade e podem desencadear ações totalmente desconexas e contrárias às normas e aos bons costumes.” (CANTILINO 2023, p 129).

Para a mãe em surto o bebê não existe enquanto tal, ele se torna um espaço vazio que é preenchido com elementos presentes no psiquismo da mulher e apartados do real. A angústia por ela experimentada é da ordem do insuportável, podendo fazer emergir rituais obsessivos e pensamentos desconexos (IACONELLI, 2005).

Dessa forma, a mãe que possui transtorno psicótico no período puerperal poderá ter sua capacidade de maternagem afetada profundamente, e isso irá variar de acordo com a intensidade do transtorno, impactando na relação mãe-bebê. “Tal fato dificulta que a mulher assume o papel de uma mãe suficientemente boa, que protege, cuida e é confiável, o que pode influenciar de forma a comprometer o desenvolvimento psíquico do bebê” (ARRUDA; ANDRIETTO, 2009).

Essa diferença de tratamento entre os crimes ocorre porque a mulher não pode ser totalmente responsável por seu ato porque as perturbações decorrentes do estado puerperal não lhe permitem discernir plenamente suas ações. Legislação de acordo com o artigo 26 do Código Penal, o brasileiro entende que o agente de qualquer crime que, como resultado de doença mental ou desenvolvimento

mental incompleto ou retardado, é completamente incapaz de entender que a ilegalidade da ação está isenta pena. Isso significa que será considerado intransferível. No caso de um crime infanticídio, há redução da pena e não exoneração da pena, pois o autor é classificado como semi-imputável Brasil (1940, Art. 26 -)

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Redução de pena Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

Segundo Camacho e colaboradores (2006), existem estudos neurocientíficos que defendem mais o tratamento e reabilitação dessas mulheres portadoras de psicose puerperal que cometem o infanticídio, do que a punição legal. Dessa forma, é possível evitar outras fatalidades que podem ocorrer por conta do quadro.

Conforme já foi exposto anteriormente, o período do puerpério pode trazer diversas adversidades para a mulher, incluindo transtornos psiquiátricos característicos do pós-parto. Esse cenário é entendido nas jurisdições como a máxima influência do estado puerperal no psiquismo da mulher, tornando-a totalmente incapaz de compreender a ilicitude de suas atitudes ou de se determinar de acordo com isso. Dessa forma, ela é considerada inimputável, ou seja, não é passível de pena e assim deverá ser absolvida.

Em um trabalho intitulado “Infanticídio e estado de psicose puerperal: uma análise das jurisprudências”, (ALMADA 2019; MONTEIRO 2019) encontramos uma interessante análise acerca de julgamento referente ao crime de infanticídio, no qual, em seu Estado de pesquisa encontrou um caso que uma mãe foi absolvida por ser comprovado sua inimputabilidade:

“O documento conta com a conclusão do exame de sanidade mental da ré realizado por um médico e um psiquiatra, atestando

que "[...] em razão da influência do estado puerperal, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento" (MINAS GERAIS, Proc. no 1.0024.03.012110-7/001).

Também foi possível observar a influência através do depoimento da própria ré e das testemunhas. Ela afirma não se recordar do que ocorreu após o parto e relata eventos que as provas do processo apontam não terem ocorrido, demonstrando possíveis alucinações com ideias de cunho persecutório. Segundo depoimento de uma das testemunhas, a primeira a encontrá-la após o ocorrido, a ré se encontrava em estado letárgico, pálida e se expressando de maneira lenta e desconexa.

Diz que ela permaneceu deitada até o dia seguinte, repetindo palavras sem sentido indicando, mais uma vez, a presença de delírios. Visto isso, o magistrado afirma que é possível concluir que a ré "[...] ao se desfazer de seu filho, apresentava quadro de desvinculação completa da realidade. Até porque, sequer consegue se recordar do que ocorreu após o nascimento do bebê, o que denota seu estado de total inconsciência" (MINAS GERAIS, Proc. no 1.0024.03.012110-7/001). (Grifo nosso)

A partir do caso apresentado, fica notório, que a relação da mãe parturiente e o estado puerperal, deve-se ter uma atenção e que provoca sofrimento a mãe ao ponto de torná-la totalmente incapaz de compreender suas ações, principalmente quando se referimos ao crime de infanticídio, no qual, há mães que chegam ao ponto de cometer tal ato sem ter noção da sua conduta, e que sua maior pena será quando "sair do estado que a acometia" e não ter seu filho ali, de acordo com Cantilino (2023, s/p)

A DPN é uma condição que provoca significativo sofrimento para as mães em um momento tão importante da vida. Ela acaba conturbando o período de mudança de papel existencial considerado por muitas mulheres como o mais relevante. Também dificulta a formação de um dos vínculos mais bonitos que é a idade mãe-bebê. Há Estudos mostrando que a DPN afeta, inclusive, o desenvolvimento cognitivo e afetivo da criança no longo prazo. Dessa forma, é necessária a implementação de instrumentos de rastreio de rotina e

protocolizados para identificar mulheres em risco de depressão em consultas regulares na gravidez e no pós-parto. Além disso, recursos de saúde já disponíveis no Brasil no âmbito das Unidades de Saúde da Família podem ser usados, por exemplo, para intervenções psicossociais com suporte de educação e de desenvolvimento de habilidades para as gestantes e puérperas.

Logo, observa-se que a mãe, em decorrência da gravidez, estado puerperal, pode-se elevar significativo sofrimento ser enfraquecida na consciência do caráter criminoso de sua ação, sendo totalmente incapaz de entender a ilicitude do fato, devendo ser enquadrada frente ao que expõe o artigo 26 do código penal, logo considerada inimputável criminalmente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir da pesquisa realizada constata-se que o Estado puerperal, no qual, se refere ao período pós-parto ocorrido com a expulsão da placenta e a volta do organismo da mãe para o estado anterior a gravidez, conforme exposto anteriormente não há um consenso exato sobre a duração desse período. Pode trazer transtornos psiquiátricos no puerpério, sendo um importante fator de risco para a ocorrência do infanticídio, representando o risco de fatalidades principalmente se falando em psicoses no pós-parto, como depressão pós-parto.

Porém o que pôde ser observado frente às pesquisas realizadas é que o ponto de chegar a cometimento de tal estado, pode estar acompanhado de outros fatores como dar à luz desassistida, não ter tido acesso a atendimento médico e ter passado por condições precárias no momento do parto, com dores muito fortes.

A presente pesquisa foi realizada a fim de tentar expor sobre o infanticídio, com ênfase acerca da possibilidade de reconhecer a inimputabilidade da mulher parturiente. Nesse sentido, é importante destacar que há certa limitação no estudo, quanto há análise dessa possibilidade, uma vez que muitas vezes as fatalidades decorrentes do infanticídio não chegam à esfera jurídica, ou muitos

deles são expostos de forma resumida, não apresentando dados suficientes que permitam a compreensão do fato.

Frente ao objetivo da pesquisa, foi possível verificar somente um caso, objeto de estudo de outro trabalho que conseguiu expor um julgado que concedeu absolvição de uma mãe no caso de infanticídio, no qual, por meio de deferimento no seu exame de sanidade mental que constatou seu estado totalmente avançado pela psicose, sendo considerada inimputável.

Com isso, destaca-se que não se encontra recorrentes comprovações acerca da desclassificação, ou absolvição frente ao crime de infanticídio, pois verifica-se uma dificuldade em se provar a materialidade do delito, bem como, verificar a presença do elemento fisiopsíquico da mãe, no qual, deve ser apresentada por peritos e que estes precisam provar a obnubilação na consciência da mulher, em um outro período em que a mulher já não demonstra, nenhum sinal de perturbação.

Neste sentido, conclui-se que é de suma importância articular debates sobre a prevenção do infanticídio, uma vez que quase não há material sobre isso na literatura do tema. Esta não deve se concentrar apenas em mulheres acometidas por transtornos psicológicos, mas também em mulheres em situação de vulnerabilidade social fazendo possível a articulação da rede de forma a investir na saúde mental da mulher grávida e ampará-la tanto psicológica quanto socialmente, pois dessa forma traria para o ordenamento jurídico maiores garantias não só a mãe, mais a vida do ser nascente. Além de trazer aos juristas, ferramentas mais concretas na solução de casos dessa natureza.

Sendo assim, o posicionamento frente a pesquisa, é favorável quanto a descriminalização do infanticídio, visto que existe previsão legal da figura do homicídio. Desse modo, se a mãe parturiente praticar, o delito, eliminando a vida do filho acometida, simplesmente pela maldade ou egoísmo, ou seja, razão injustificável, responderia pelo artigo 121 do código penal.

Mas se a mãe, em decorrência da gravidez, estado puerperal ou puerpério, ser enfraquecida na consciência do caráter criminoso de sua ação, sendo totalmente incapaz de entender a ilicitude do fato, deveria ser enquadrada frente ao que expõe o artigo 26 do código penal, logo considerada inimputável criminalmente.

## REFERÊNCIAS

ALMADA, Anna Clara de Carvalho; FELIPPE, Andréia Monteiro. **INFANTICÍDIO E ESTADO DE PSICOSE PUERPERAL: UMA ANÁLISE DAS JURISPRUDÊNCIAS**. 2019 trabalho de conclusão de curso de Graduação em Psicologia do Centro Universitário Academia.

ALVES, Jamil Chaim. **Infanticídio**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/42](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/426/edicao-1/infanticidio)

6/edicao-1/infanticidio

ARRUDA, Sérgio Luiz Saboya; ANDRIETO, Elisângela. Mães psicóticas e seus bebês: umaleitura winnicottiana. Arquivo brasileiro psicologia, Rio de Janeiro, v. 61, n. 3, p. 97-106, dez. 2009

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 1940

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Especial** 3a edição, revista e ampliada 2003 Editora Saraiva.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts. 1o a 120). v.1. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627109. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 20 mai. 2023.

CAMACHO, Renata Sciorilli et al. Transtornos psiquiátricos na gestação e no puerpério: classificação, diagnóstico e tratamento. *Revista psiquiatria clínica*, São Paulo, v. 33, n. 2, p. 92-102, 2006.

CANTILINO, Amaury; NEVES, Maila C L.; JR., Joel R. Transtornos psiquiátricos na mulher: diagnóstico e manejo. [Digite o Local da Editora]: Grupo A, 2023. E-book. ISBN 9786558820789. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786558820789/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1o a 120. v.1.: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626096. Disponível em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial – arts. 121 a 212. v.2.: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596045. Disponível em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596045/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

CROCE, Delton – **Manual de medicina legal** 8o edição 2012 Editora Saraiva

FRANÇA, Genival Veloso – **Medicina Legal** 11o edição 1935 Editora Guanabara Koogan

JESUS, Damásio de. Direito penal: parte especial (arts. 121 a 183). v.2.: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502619302. Disponível em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502619302/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: artigos 1o a 120 do código penal. v.1.: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774593. Disponível em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774593/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

GOLDFINGER, Fábio. Manual do direito penal: parte geral -2.ed 2022

IACONELLI, Vera. Depressão pós-parto, psicose pós-parto e tristeza materna. **Revista Pediatria Moderna**, v. 41, n.4, p. 1-6, jul-ago. 2005

LOPES, Larissa de Almeida. Infanticídio: uma análise acerca da punibilidade da mãe no puerpério. 2017. 62 f. Trabalho de Conclusão

de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília (DF), 2017

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, 2a edição. São Paulo, Atlas, 1985.

NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1o a 120. v.1.: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646852. Disponível em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646852/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Arts. 121 a 212 do Código Penal. v.2 : Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643721. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643721/>. Acesso em: 24 mai. 2023.



# O ESTATUTO DO DESARMAMENTO BRASILEIRO: ANÁLISE DA CONCESSÃO DE REGISTRO PARA CAÇADOR, ATIRADOR E COLECIONADOR

Pâmela Beatriz Maia de Souza  
João Paulo Calves  
Tiago Bunning Mendes  
Jeferson Borges dos Santos Júnior

## INTRODUÇÃO

O estudo tem por objetivo analisar a concessão de registro de atividade e aquisição de arma de fogo por caçador, atirador e colecionador (CAC), de acordo com o arcabouço normativo atual, bem como identificar as repercussões penais diante da nova regulamentação da atividade.

Justifica-se a pesquisa considerando a evolução das normativas acerca da concessão de registros para a atividade CAC, tendo em vista que, no período compreendido entre os anos de 2018 e 2022, houve expressivo aumento do registro de CACs a partir da edição de decretos normativos pelo então Presidente da República. Todavia, com o início do novo governo em janeiro de 2023, o Decreto n.11.366/23 restringiu sobremaneira a autorização de registros e aquisição de armas de fogo para a atividade CAC.

Tem-se como problema da pesquisa os seguintes questionamentos: Quais são os requisitos legais para a autorização de registro e aquisição de arma de fogo para CAC? Quais são os efeitos penais relacionados à nova regulamentação?

Nos últimos anos, a prática do tiro esportivo e dos clubes de tiro cresceram no Brasil e, como todo crescimento de forma acelerada, veio também o desconforto da população, especialmente pelo desconhecimento da legislação e dos requisitos para o exercício da atividade CAC, de modo que, pela falta de informação ou mesmo

desinteresse, fomentou-se a falsa percepção de atribuir o aumento da criminalidade ao acesso legal das armas de fogo e o aumento do número de CACs.

Não há como negar que o número de CACs aumentou de forma significativa entre 2018 e 2022, superando 430%, conforme os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022. Contudo, a narrativa do perigo é equivocada e é preciso desmistificar a ideia generalizada de insegurança decorrente do aumento da atividade legal do CAC. Do mesmo modo, é importante reconhecer que existem pessoas que usam do exercício da atividade CAC para finalidades ilícitas, assim como acontece em qualquer outra área de atividade regular, seja no âmbito governamental, policial, empresarial, não podendo considerar a parte como o todo.

## **CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DE CONTROLE DE ACESSO A ARMAS DE FOGO**

Ao longo da história, o controle de armas de fogo foi objeto de interesse de diversos governos e sociedades em todo o mundo. Desde a antiguidade, as armas foram utilizadas como instrumentos de defesa, caça e guerra, mas também como símbolo de poder e status. Com o passar dos anos e a evolução tecnológica, as armas se tornaram cada vez mais sofisticadas e letais, o que levou à necessidade de regulamentação de seu uso (FARIAS; SILVA, 2015).

Na Europa, as primeiras leis de controle de armas datam do século XVI, quando foram criadas medidas para evitar o uso de armas de fogo por pessoas consideradas perigosas ou desonestas. No século XVIII, a Lei de Armas de 1713, na Inglaterra, proibiu a posse de armas de fogo por pessoas sem licença e instituiu o conceito de "legalidade protegida", que garantia o direito à defesa da propriedade, mas exigia que as armas fossem registradas e que seu uso fosse justificado (MENDES; GARCIA, 2016).

Nos Estados Unidos, a regulamentação do controle de armas começou a ser discutida já no século XIX. A Segunda Emenda da

Constituição dos EUA, promulgada em 1791, garantia o direito de portar armas, mas não impedia a regulamentação do seu uso. Em 1934, foi criada a Lei de Controle de Armas de Fogo, que impunha a obrigação de registro de armas de fogo de uso militar e exigia a obtenção de uma permissão governamental para adquirir tais armas.

Na década de 1960, houve nos EUA um aumento significativo da violência armada, o que levou à aprovação da Lei de Controle de Armas de Fogo de 1968. Essa lei proibiu a venda de armas para pessoas com antecedentes criminais, usuários de drogas e indivíduos com problemas psiquiátricos, além de impor regras rigorosas para a importação de armas de fogo. (SANTOS; BOITO JR, 2014).

Na década de 1990, o aumento do número de tiroteios em escolas e outros locais públicos levou à aprovação da chamada "Lei Brady" de 1993, que impunha a obrigatoriedade de verificação de antecedentes criminais para a compra de armas de fogo e criava um sistema nacional de registro de armas. (MELO; ALMEIDA, 2003).

O controle de acesso a armas de fogo no Brasil tem sido uma questão relevante ao longo da história do país. Durante a época colonial, o uso de armas era permitido apenas para as classes privilegiadas e para a defesa do território, sendo proibido para os escravos e para a população em geral. (GOMES, 2018)

Durante os primeiros 500 anos da história do Brasil de pessoas armadas nas ruas era bastante comum, no período do Império, cidadãos de diversos cantos do país tinham porte de arma legalizado sem burocracia e sem aplicação de multa. Nas cidades até quem aí para programas como teatro ou bar levavam pistolas e revolver nas mãos. No campo corria solta a história que os limites das terras eram definidos pelos Bacamartes (arma comum na região sertaneja), na época que os grandes senhores mantinham os cargos eletivos colocando um grupo armado para ameaçar os eleitores no momento das eleições, mais que isso, o povo era incentivado pelo próprio governo a estar armado, era uma Política de Estado, isso porque o governo não tinha recursos para montar um exército ou polícia que pudesse estar defendendo o país internamente e externamente ao

mesmo tempo e aí entrava a atuação da população. (LIMA; PINHEIRO, 2011)

Figura 1 – Bacamarte



Fonte: Lima e Pinheiro (2011)

Com a Proclamação da República em 1889, o acesso às armas de fogo tornou-se mais fácil e o país passou a ser um dos maiores produtores de armas do mundo. No entanto, a falta de regulamentação e controle sobre a fabricação, venda e posse de armas de fogo levou a um aumento na violência e na criminalidade. (WESTIN, 2021)

Em 1934, o país promulgou a primeira legislação sobre o controle de armas de fogo, exigindo a autorização para a compra e a posse de armas. No entanto, essa legislação foi pouco eficaz e foi revogada em 1969, durante o período da ditadura militar (WESTIN, 2021)

Em 1997, a Lei nº 9.437 foi aprovada, estabelecendo novas regras para o registro, posse e comercialização de armas de fogo. A lei também criou o Sistema Nacional de Armas (SINARM), responsável por controlar e fiscalizar a produção, a importação, a exportação, o comércio, o registro, a posse e o porte de armas conforme expõe nos artigos 1º e 2º:

Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional de Armas - SINARM no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, com circunscrição em todo o território nacional.

Art. 2º Ao SINARM compete:

I - Identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro;

II - Cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País;

III - cadastrar as transferências de propriedade, o extravio, o furto, o roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais; IV - identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo; V - integrar no cadastro os acervos policiais já existentes; VI - cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais. Parágrafo único. As disposições deste artigo não alcançam as armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares, bem como as demais que constem dos seus registros próprios.

Mas não faz muito tempo assim que comprar armamento legalmente no Brasil era consideravelmente fácil, antigamente até 2003 não existia uma legislação que limitasse qualquer processo na hora de adquirir uma posse de arma, qualquer pessoa com 21 anos ou mais poderia adquirir uma arma sem tantos impedimentos. As revistas, os jornais e os espaços de compras eram cheios de propagandas que incentivavam a comercialização como um meio de proteção individual.

Cabe ressaltar que em números, a sensação de proteção parecia mais distante, de 1980 a 2003 a taxa de homicídios subiu de maneira desenfreada e era possível constatar um aumento de 8% ao ano. Fazendo um comparativo, em 1983 o Brasil tinha 14 homicídios por 100.000 mil habitantes, 20 anos depois esse número disparou mais que o dobro, sendo registrado mais de 36 homicídios para cada 100.000 mil habitantes. (WESTIN, 2021)

Foi com a crescente desses números que uma forte mobilização da época que o processo de implementação do Estatuto do desarmamento começou a acontecer, sendo aprovado em 2003 pelo Congresso Nacional, endurecendo ainda mais as regras para a posse e a compra de armas de fogo no país. O estatuto proibiu a venda de armas de fogo e munições para civis, exceto em casos especiais e mediante autorização do SINARM. Além disso, o estatuto estabeleceu a necessidade de comprovação de capacidade técnica e

de aptidão psicológica para a obtenção de autorização para posse e porte de armas.

O que era relativamente fácil de se fazer nos anos 80 e 90 começou a ficar mais burocrático e rigoroso, os registros de arma começaram a ser controlados, as publicidades desses produtos foram proibidas, os tipos de profissionais autorizados a portar armas diminuiu cada vez mais.

Com isso, a descoberta de porte de arma irregular que antes era de simples solução, passou a ser considerado crime; civis precisavam cumprir seis critérios mínimos: idade mínima de 25 anos; ocupação lícita e residência fixa; não possuir antecedentes criminais; aptidão técnica e psicológica; efetiva necessidade para a posse; pagamento de taxa.

Art. 5º do Decreto nº 11.366/23 Para fins de aquisição de arma de fogo de uso permitido e de emissão do Certificado de Registro de Arma de Fogo administrado pelo Sinarm, o interessado deverá:

I- Comprovar efetiva necessidade; II- ter, no mínimo, vinte e cinco anos de idade;

III- apresentar original e cópia de documento de identificação pessoal; IV- comprovar: a) idoneidade e inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais das Justiças Federal, Estadual, Militar e Eleitoral; b) capacidade técnica para o manuseio da arma de fogo; c) aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo credenciado pela Polícia Federal; e d) ocupação lícita e de residência certa, por meio de documento comprobatório; e V) apresentar declaração de que a sua residência possui cofre ou lugar seguro, com tranca, para armazenamento das armas de fogo desmuniadas de que seja proprietário, de modo a adotar as medidas necessárias para impedir que menor de dezoito anos de idade ou pessoa civilmente incapaz se apodere de arma de fogo sob sua posse ou de sua propriedade, em observância ao disposto no art. 13 da Lei nº 10.826, de 2003.

Com a implementação da nova lei, na visão dos desarmamentistas, o número de homicídios teria que ter uma queda considerável nos anos seguintes, já que no seu entendimento, quanto

menor o número de armas, menor também seria o número de homicídios, correto? Mas infelizmente não foi isso que aconteceu.

Como se pode observar, Barbosa e Quintela (2015, p. 117) destacam que:

Em 2004, ano em que o Estatuto do Desarmamento entrou em vigor, o Brasil vivenciou o número assustador de 48.374 homicídios, de acordo com o Mapa da Violência 2006. Nesse ano a população brasileira, de acordo com o IBGE, era de 180 milhões de habitantes, o que nos dá um índice de 26,9 homicídios para cada 100 mil habitantes. Nos dez anos anteriores, de 1994 a 2003, o número de homicídios já havia saltado de 32.603 para 51.043, um aumento acima de 56%, três vezes mais do que o aumento populacional do mesmo período, de 18,4%. Ou seja, a taxa de homicídios em 1994, que já não era baixa (21,4 para cada 100 mil habitantes), evidenciava um problema sério de segurança pública, e que viria piorar muito até os dias de hoje.

Na análise de Barbosa e Quintela (2015, p. 119) “em 2005 o número de homicídios tem uma pequena queda, em 2006 ele sobe acima do que fora em 2004, em 2007 cai de novo, para então voltar a subir sem parar”.

No referendo realizado em 2005 a população foi as urnas responder a uma pergunta, “O comércio de arma de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”.

Figura 2 – representação dos votos para a comercialização de armas de fogo no Brasil, 2005.



Fonte: TSE (2005)

O resultado foi que 63,94% da população votou NÃO e derrubou um dos mais restritivos artigos do estatuto de desarmamento, Art. 35. “É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei 10826/03”. Segundo Barbosa e Quintela (2015, p. 120).:

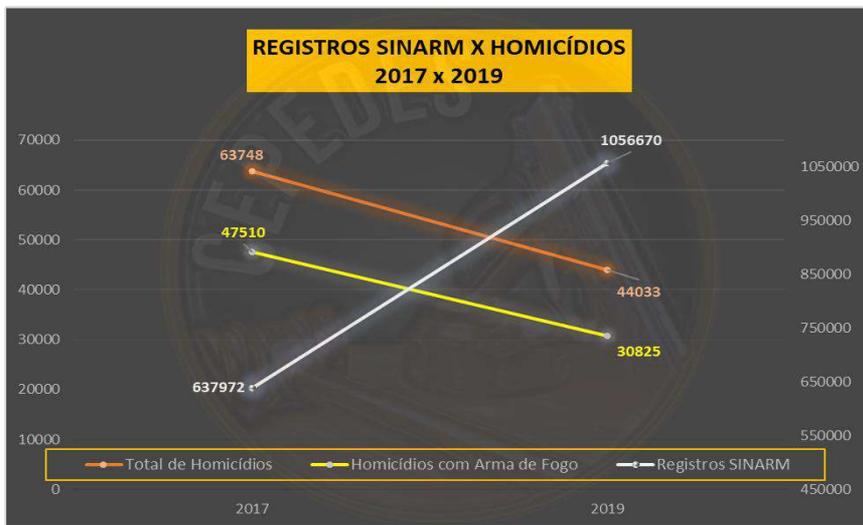
As medidas de desarmamento da população não foram acompanhadas por reformas essenciais dos aparatos judiciário, penitenciário e policial, e as quedas no número de homicídios em 2004 e 2005 não possuem correlação estatística com as entregas de armas que foram feitas no período, mesmo quando tomadas em nível estadual. Por exemplo, em estados como Sergipe e Ceará, onde foram entregues 16.560 e 24.543 armas, respectivamente, entre 1998 e 2008, a criminalidade aumentou 226,1% e 115,8%.

O desarmamento da população civil continuou sendo alvo de críticas por diferentes setores da sociedade, e a contestação dos resultados do Estatuto no combate à violência ganhou força.

Pode-se perceber que a medida não estancou por completo o crescimento do número de homicídios. Acontece que não foram só esses números que subiram, de 2019 a 2021 foram registradas uma média anual de 153 mil novas armas, isso representa um aumento de 225% aos 3 anos anteriores. Em janeiro de 2019 até outubro de 2020 o governo federal acionou 10 decretos, 13 portarias e 2 projetos de lei que flexibilizaram o acesso da população civil as armas de fogo. (FARIAS; SILVA, 2015).

Entre os anos de 2017 e 2019, houve um grande aumento no número de armas de fogo, saltando de 637.972 (2017) para 1.056.670 (2019), totalizando assim 65,6% nos registros civis de arma de fogo, de acordo com os dados publicados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. (RABELO, 2020).

Figura 3 – Registro Sistema Nacional de Armas (SINARM) versus número de homicídios



Fonte: CEPEDES (2020)

Como pode perceber na figura 3 o aumento significativo de armas de fogo tem se revelado uma inversa proporção numérica. Atualmente, em muitos países, as leis de controle de armas visam não apenas impedir que elas caiam nas mãos de criminosos, mas também limitar o acesso a armas de fogo para pessoas com histórico de problemas psiquiátricos, violência doméstica ou abuso de drogas.

A regulamentação do controle de armas de fogo continua a ser um tema polêmico em todo o mundo, com defensores e opositores argumentando sobre a eficácia e o impacto de leis e regulamentos específicos (MELO; ALMEIDA, 2003). Com a flexibilização desses decretos também foram revogados regulamentos que contribuem para o controle e rastreamento das armas e das munições.

## PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO, DECRETO 11.366/23

O aumento do armamento na população brasileira é um tema controverso que tem gerado muitas opiniões divergentes. Por um

lado, existem aqueles que acreditam que o aumento de armas nas mãos da população é uma forma de defesa pessoal e que pode contribuir para a redução da violência. Por outro lado, há quem argumente que o aumento do armamento pode levar a um aumento da violência, acidentes com armas de fogo e mortes. (PINHEIRO-MACHADO, 2015).

Em 2019, foi criado um decreto pelo governo Bolsonaro que facilitava o acesso da população às armas de fogo. Com essa medida, o processo de aquisição de arma de fogo tornou-se mais fácil e o exame psicológico, que antes era obrigatório, deixou de ser.

Esta flexibilização das regras para a compra de armas gerou uma grande demanda por esses produtos, principalmente entre aqueles que se sentem inseguros ou temem a violência nas ruas. Segundo o Estatuto do Desarmamento, o número de armas registradas no Brasil cresceu cerca de 25% nos últimos anos. (MENDES, 2013)

No entanto, há muitas críticas em relação a essa medida do governo, já que muitos acreditam que a solução para o problema da violência não está no armamento da população, mas sim em uma política de segurança pública eficiente. De acordo com dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o número de mortes causadas por armas de fogo no Brasil é alarmante. Foram registradas, em média, mais de 40 mil mortes por ano nos últimos anos, cerca de 70% do total de homicídios. (CYRINO; SCHENKEL, 2018).

Além disso, há preocupação com o fato de que muitas pessoas que adquirem armas não têm habilidades para utilizá-las corretamente, o que aumenta a probabilidade de acidentes com armas de fogo. Diante desses pontos, fica evidente que o aumento do armamento na população é uma questão complexa e que merece ser discutida com cautela e cuidado. É necessário avaliar os prós e contras dessa medida, bem como buscar alternativas para combater a violência no país. (MENDES; GARCIA, 2016).

Outra questão relevante é diferenciar o porte e a posse de arma de fogo. A posse de arma nada mais é do que a autorização de

aquisição da arma de fogo, permitindo que a pessoa faça o uso da arma de fogo no local previamente autorizado, seja em casa ou no trabalho, mediante a expedição do documento chamado de Certificado de Registro de Arma de Fogo (CRAF), não podendo transitar livremente armado. (PINHEIRO-MACHADO, 2015).

Por sua vez, o porte de arma de fogo permite a pessoa a transitar com a arma, de modo não ostensivo, para sua própria segurança, mediante autorização da Polícia Federal. É importante ressaltar que a lei 10.826/03, de modo geral, proíbe o porte de arma ao cidadão comum em todo o país, devendo o solicitante demonstrar a efetiva necessidade, o que depende da análise subjetiva e discricionária da autoridade policial responsável pelo procedimento. (MENDES, 2013)

Outro fator importante também é saber qual a responsabilidade que o exército tem sobre as armas de fogo no país. Lei 10826/03 determina que o exército controle a fabricação, comercialização, importação e exportação de arma de fogo no país, ela também determina que o exército controle as atividades dos caçadores, colecionadores e atiradores desportivos que utilizam arma de fogo nas suas atividades. (CYRINO; SCHENKEL, 2018).

No início de janeiro de 2023, na gestão do novo Presidente da República, foi emitido um novo decreto 11.366/23, que vai tratar diretamente de suspensões, revogações e modificações de normas regulamentares referente ao Estatuto do Desarmamento como podemos observar no Artigo 1º deste decreto:

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, **DECRETA**: Art. 1º Este Decreto: I - Suspende os registros para a aquisição e transferência de armas e de munições de uso restrito por caçadores, colecionadores, atiradores e particulares; II - Restringe os quantitativos de aquisição de armas e de munições de uso permitido; III - suspende a concessão de novos registros de clubes e de escolas de tiro; IV - Suspende a concessão de novos registros de colecionadores, de atiradores e de caçadores; e V - Institui grupo de trabalho para apresentar nova regulamentação à Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

Tendo em vista, esse Decreto tem por objetivo revogar os decretos anteriores, então assinado pelo ex Presidente Jair Messias Bolsonaro, no que diz respeito às armas de fogo e regulamentações, em especial aos CACs.

Como podemos observar no Artigo 1º deste decreto, quem está comprando, transferindo arma de fogo de uso restrito está suspenso, ele vale para as munições. No que tange o quantitativo das munições, antes eram de 5 mil unidades para cada arma de fogo, para cada calibre, caiu para 600 unidades por calibre no intervalo de 1 ano.

Art. 16. A aquisição de munição para armas de uso permitido por colecionadores, atiradores e caçadores ficará condicionada à apresentação pelo adquirente de documento de identificação válido e do Certificado de Registro de Arma de Fogo no Sinarm ou no Sigma, conforme o caso, e ficará restrita ao calibre correspondente à arma de fogo registrada. § 1º Os atiradores e os caçadores proprietários de arma de fogo poderão adquirir, no período de um ano, até seiscentas unidades de munição para cada arma de uso permitido registrada em seu nome.

Suspendeu também a concessão de novos registros CR para pessoa física e para a concessão de novos clubes de tiro. No artigo 2º deste decreto, traz a necessidade de recadastramento:

Art. 2º As armas de fogo de uso permitido e de uso restrito adquiridas a partir da edição do Decreto nº 9.785, de 7 de maio de 2019, serão cadastradas no Sistema Nacional de Armas - Sinarm, no ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.826, de 2003.

O Sinarm é o sistema da polícia federal, não tem vínculo com o exército que é o SIGMA, sendo assim os CACs que tem suas armas registradas no sistema do exército terão que fazer esse recadastramento no sistema da polícia federal. Vale abordar que nunca houve uma comunicação entre esses dois sistemas, tanto que anteriormente para se transferir uma arma do SINARM para o SIGMA, inicialmente tem que ser feito uma solicitação de autorização para a PF, ela autorizando, é encaminhado essa autorização para o Exército que faz o registro da arma no sistema SIGMA, após o registro o CRAF, esse registro tem que ser levado na

Policia Federal para assim dar baixa dessa arma no sistema da PF, tudo isso para verificarmos que não havia relação entre os dois sistemas.

Um outro ponto de suma importância desse Decreto é o porte de trânsito para os CACs, antes chamado como “Porte Abacaxi”, que possibilita ao CAC o porte de trânsito com a arma muniçada, de sua residência ao clube de tiro, hoje já não é possível como podemos observar:

Art. 14. Não será permitido o porte de trânsito de arma de fogo muniçada por colecionadores, atiradores e caçadores, inclusive no trajeto entre sua residência e o local de exposição, prática de tiro ou abate controlado de animais.

§ 1º Fica garantido, no território nacional, o direito de transporte das armas desmuniçadas dos clubes e das escolas de tiro e de seus integrantes e dos colecionadores, dos atiradores e dos caçadores, por meio da apresentação do Certificado de Registro de Colecionador, Atirador e Caçador ou do Certificado de Registro de Arma de Fogo válido e da Guia de Tráfego, desde que a munição transportada seja acondicionada em recipiente próprio e separado das armas.

Sendo assim, a guia de tráfego que antes dava direito ao CAC portar sua arma muniçada até o Club de tiro, agora passa ser proibida, devendo assim efetuar o trajeto com a sua arma desmuniçada, uma vez que não for observada essa nova regra, o CAC que for pego portando essa arma muniçada, responderá por crime e por sua vez perde sua arma e seu registro.

Vale ressaltar que existem alguns decretos que foram totalmente revogados, são eles o Decreto nº 9.845/19, Decreto nº 9.846/19, o Decreto nº 10.628/21, Decreto nº 10.629/21. Já nos demais decretos, eles sofreram revogação pontuais e outras algumas alterações. Mas vale ressaltar que dentre essas revogações pontuais está o Decreto nº 10.629/21, onde autorizava o transporte dessa arma de fogo, com essas revogações e alterações, agora passou a ser proibido o transporte de arma de fogo no Brasil.

## ANÁLISE DOS CRIMES DE POSSE E PORTE DE ARMA DE FOGO LEI 10.826/03

No Brasil, a posse e o porte de armas de fogo são regulamentados pelo Estatuto do Desarmamento, lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

O Bem Jurídico Tutelado na lei em questão é a segurança pública e a incolumidade pública, sendo todos os crimes de ação penal pública incondicionada e são afiançáveis, com exceção dos crimes que são considerados hediondos, estes estão previstos nos artigos a seguir:

### **Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito**

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 2º Se as condutas descritas no **caput** e no § 1º deste artigo envolverem arma de fogo de uso proibido, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

### **Comércio ilegal de arma de fogo**

Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

### **Tráfico internacional de arma de fogo**

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa.

Vale ressaltar que a justiça competente para julgar os crimes previsto nessa lei é de competência da Justiça Estadual, que será de competência da Justiça Federal. Todos os crimes são de perigo abstrato ou presumido inclusive o crime de disparo de arma de fogo conforme entendimento do STJ e STF.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART.15 DA LEI N. 10.826/2003. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** 1. Como destacado na decisão agravada, a leitura do acórdão prolatado pelo Tribunal de origem evidência, claramente, a conclusão de que o agravante efetuou disparo de arma de fogo no interior de sua residência, existindo pessoas por perto. 2. O disparo de arma de fogo em local habitado configura o tipo penal descrito no art.15 da Lei n. 10.826/2003, **crime de perigo abstrato que presume o dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de comprovação da lesividade ao bem jurídico tutelado.** 3. Para acolher o pleito defensivo e absolver o réu, seria necessário o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 684.978/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

É importante ressaltar que a posse de arma de fogo de uso permitido pode ser autorizada pelo órgão competente, desde que o requerente preencha os requisitos legais, como ser maior de 25 anos, ter residência e emprego fixo, comprovar capacidade técnica e aptidão psicológica, entre outros.

Já o porte de arma de fogo de uso permitido é concedido apenas a profissionais de segurança pública, como policiais e guardas municipais, e a pessoas que comprovem a necessidade de portar a arma para sua segurança pessoal ou patrimonial, como políticos, juízes e empresários ameaçados.

A legislação brasileira tem como objetivo controlar o acesso às armas de fogo, a fim de reduzir a violência e garantir a segurança da população. Por isso, a posse e o porte de armas sem a devida autorização legal são considerados crimes graves e podem levar à prisão e ao pagamento de multa.

É muito importante diferenciar de uma vez por todas a posse e o porte de arma de fogo. Vejamos o que diz Fernando Capez (2021, p. 176)

Conforme visto anteriormente, o registro assegura o direito à posse da arma de fogo pelo interessado nos locais indicados pela lei. A ausência do registro torna a posse irregular, caracterizando a figura criminosa 28 do art. 12 (arma

de fogo de uso permitido) ou art. 16 da Lei (arma de fogo de uso restrito ou de uso proibido). A concessão do porte de arma de fogo, por sua vez, permite que o sujeito traga a arma de fogo consigo, transportando-a de um lugar para outro. O porte ilegal de arma configura os crimes previstos nos arts. 14 (arma de fogo de uso permitido) ou 16 (arma de fogo de uso restrito ou proibido). Saliente-se que, com o advento da Lei n. 13.964/2019, os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido (art. 16, § 2º), comércio ilegal de armas de fogo (art. 17) e tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição (art. 18) passaram a ser considerados crimes hediondos.

O artigo 14 da Lei nº 10.826/03, por sua vez, trata do porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Tal crime, qualificado como comum, formal, de mera conduta, de perigo abstrato, de ação múltipla, comissivo unissubjetivo e que constitui norma penal em branco, tem como objeto jurídico a segurança pública, sendo que por se tratar de crime comum, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo e não há forma culposa. (MARCÃO, 2021)

Além disso, o artigo 14 possui 13 núcleos descritos (tais como portar, deter, adquirir), sendo que a prática efetiva de um desses é suficiente para a consumação do crime, embora a prática de dois ou mais desses, dentro do mesmo contexto, tipifica crime único. Vale ressaltar ainda que condutas como possui arma no interior do automóvel, transportar e até a detenção momentânea de arma de fogo configuram o crime de porte ilegal. (MARCÃO, 2021)

A pena descrita no artigo 14 da Lei nº 10.826/03 para o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de reclusão, de dois a quatro anos, e multa. O parágrafo único desse artigo diz que tal crime é inafiançável, porém esse parágrafo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2007. (BRASIL, 2003)

Desse modo, analisando os crimes de posse e porte de armas, no item seguinte serão tratadas a concessão de registro para colecionador, atirador desportivo e caçador.

## A CONCESSÃO DE REGISTRO PARA COLECIONADOR, ATIRADOR DESPORTIVO E CAÇADOR

Conforme a Cartilha de Guia do CAC, o colecionador é a pessoa física ou jurídica registrada no exército com a finalidade de adquirir, reunir, manter sob sua guarda e conservar PCE (Produtos Controlados pelo Exército) de forma a ter uma coleção que ressalte as características e sua evolução tecnológica.

**Colecionador:** é a pessoa física ou jurídica registrada no Exército com a finalidade de adquirir, reunir, manter sob sua guarda e conservar PCE de forma a ter uma coleção que ressalte as características e a sua evolução tecnológica

O tiro desportivo está enquadrado como esporte formal, conforme previsto na Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.

**Atirador desportivo:** é a pessoa física registrada no Exército e que pratica, habitualmente, o tiro como esporte.

**Caçador:** é a pessoa física registrada no Exército, vinculado a uma entidade ligada à caça ou ao tiro desportivo, e que realiza o abate de espécies da fauna conforme normas do IBAMA. São consideradas entidades de caça os clubes e associações, as federações e as confederações de caça que se dedicam a essa atividade e que estejam registradas no Exército.

Pelo Decreto 10.030/19 foram listadas as armas de calibre permitido art. 3º anexo 1, os calibres de uso restrito e de uso permitido não sofreram alteração no novo decreto nº 11.366/2023. A questão do porte de armas é sempre discutida e envolve diversas opiniões e perspectivas. No caso dos caçadores, atiradores e colecionadores, a posse e o porte de armas são permitidos mediante autorização do órgão competente, que é a Polícia Federal do Brasil.

Para obter essa autorização, é necessário atender a uma série de requisitos, entre eles estão: idade mínima de 25 anos; ocupação lícita e residência fixa; não possuir antecedentes criminais; aptidão técnica e psicológica; efetiva necessidade para a posse; pagamento de taxa.

Além disso, o CAC precisa estar vinculado a uma entidade de tiro esportivo ou caça registrada no órgão competente. Em relação à necessidade do porte de arma para esse grupo, é importante

ressaltar que o uso dessas armas é restrito a atividades específicas, como o esporte de tiro e a caça controlada. Essas atividades são regulamentadas por lei e devem ser realizadas em locais e condições específicas, visando garantir a segurança do atirador ou caçador e das pessoas ao redor.

No caso dos colecionadores, a posse de arma é permitida para a aquisição de armas antigas ou raras, desde que sejam mantidas desmuniçadas e em local seguro. O porte de armas para esse fim não é permitido.

Portanto, a necessidade do porte de arma para caçadores, atiradores e colecionadores é limitada às atividades específicas regulamentadas por lei. É importante ressaltar que a segurança e a responsabilidade são fundamentais em qualquer situação envolvendo armas de fogo, e que o uso indevido ou irresponsável dessas armas pode trazer graves consequências, como em qualquer outra atividade envolvendo armas de fogo.

## **PONTOS IMPORTANTES DO PROJETO DE LEI 3723/2019**

O PL 3723/2019 visa alterar o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03) que trata conforme abordado anteriormente, da posse e comercialização de armas de fogo e munição. Esse Projeto de Lei visa normatizar o uso das armas no Brasil, prevê anistia, e estabelece que a partir da sua aprovação quem tiver armas sem registro terá 2 anos para regularizar a situação junto a Polícia Federal.

Art. 21-AK Os CACs e as entidades referidas no § 1º do art. 21-C desta Lei terão o prazo de 2 (dois) anos, contado da publicação desta Lei, para, de boa-fé, registrar, no seu CR, as máquinas de recarga que não estejam devidamente regularizadas.

Art. 2º Os possuidores e os proprietários de arma de fogo não registrada na vigência da anistia concedida pela Lei nº 11.706, de 19 de junho de 2008, prorrogada até 31 de dezembro de 2009, por força do art. 20 da Lei nº 11.922, de 13 de abril de 2009, deverão solicitar seu registro no prazo de 2 (dois) anos, contado da data de entrada em vigor desta Lei, mediante apresentação de documento de identificação pessoal, de comprovante de residência fixa e de certidão negativa de antecedentes criminais, acompanhados de nota fiscal de

compra ou de comprovação da origem lícita da arma de fogo, pelos meios 37 de prova admitidos em direito ou declaração firmada da qual constem as características da arma, a numeração legível e a sua condição de proprietário, dispensados o pagamento de taxas e o cumprimento das demais exigências constantes do caput do art. 4º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

Autoriza que pessoas a partir de 21 anos de idade possa adquirir arma de fogo e assim conseguir a posse da arma e fogo, ou seja, tela em casa ou no seu local de trabalho, sendo que hoje a idade mínima é e 25 anos de idade: “Art. 21-AC Com exceção dos menores de 21 (vinte e um) anos de idade, o praticante da atividade de caça poderá adquirir armas, munições e equipamentos de recarga”.

Se tratando de penas, esse Projeto de Lei vai aumentar as penas para o porte ou posse de arma de fogo de uso restrito, em algumas situações a pena aumenta em até cinquenta por cento, tornando mais rigorosa essa situação.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido: Art. 16-A Aquele que possuir ou portar arma de fogo ou artefato de uso proibido incorre nas mesmas penas previstas no § 1º do art. 2º da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.” Art. 20. Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 16-A, 17 e 18 desta Lei, a pena é aumentada da metade se forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º desta Lei.”(NR) “Art. 20-A Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16 e 16-A, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se forem praticados sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa ilícita que determine dependência. Parágrafo único. A pena é aumentada da metade se o agente da conduta referida no caput deste 15 artigo for integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º desta Lei.

Na tratativa sobre a posse de arma de fogo, ele estende a posse não somente para sua residência ou local de trabalho, mas para todo o ambiente, inclusive não edificado, ela é estendida dentro da propriedade privada, não só a parte edificada, mas toda a propriedade, bem como o local de trabalho, não somente dentro de escritório, mas também em todo o ambiente de trabalho.

§ 5º Para fins do disposto no caput, considera-se:

I - Interior da residência ou domicílio ou dependências desses - toda a extensão da área particular do imóvel, edificada ou não, em que reside o titular do registro, inclusive quando se tratar de imóvel rural;

II - Local de trabalho - toda a extensão da área particular do imóvel, edificada ou não, em que esteja instalada a pessoa jurídica, registrada como sua sede ou filial.

Outro ponto importante é que modifica o artigo 6º da atual lei que começa assim “é proibido o porte de armas”, essa expressão desaparece e que passa a dizer que:

“Art. 6º O porte de arma de fogo, com validade em todo o território nacional, é pessoal, intransferível e será concedido para:

IX - Para os integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades esportivas demandem o uso de armas de fogo, observada a legislação ambiental;

X - Integrantes das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário;

XI - os tribunais do Poder Judiciário descritos no art. 92 da Constituição e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP;

XII - caçadores e colecionadores de arma de fogo registrados junto ao Comando do Exército; e

XIII - outras categorias previstas em regulamento.

Sendo assim, acrescenta os CACs devidamente registrados perante o Exército, e vai ampliar o poder do Executivo de estabelecer novas categorias que terão o direito a porte de arma no inciso XIII desse art 6º.

A concessão de registro de atividade e aquisição de arma de fogo por caçador, atirador e colecionador (CAC) é um assunto que gera muita discussão e debate, principalmente no que tange à segurança pública. Nesse sentido, é importante entender os procedimentos exigidos para que um indivíduo se torne um CAC e possa legalmente adquirir armas de fogo.

Inicialmente, é preciso ressaltar que para obter o registro de CAC, o interessado deve cumprir uma série de requisitos, como ter mais de 25 anos de idade, estar em pleno gozo de seus direitos civis e não estar respondendo a nenhum processo criminal. Além disso, é necessário comprovar aptidão psicológica para a atividade e possuir bons antecedentes.

Outro ponto importante é que os CACs não podem simplesmente comprar qualquer arma de fogo que desejarem. Eles só podem adquirir as armas permitidas pela legislação, como aquelas de uso permitido ou restrito para a prática esportiva, tiro ao alvo e caça. Além disso, as armas só podem ser utilizadas em locais autorizados, com a devida fiscalização e segurança.

Por outro lado, os críticos dessa concessão argumentam que o fato de um indivíduo possuir armas de fogo em casa aumenta o risco de acidentes e possibilita o acesso a essas armas por pessoas não autorizadas, como criminosos. No entanto, é preciso lembrar que, na maioria das vezes, os crimes cometidos com armas de fogo são realizados com armas ilegais e não de CACs.

Em resumo, a concessão de registro de atividade e aquisição de arma de fogo por caçador, atirador e colecionador (CAC) é um processo rigoroso e controlado pelo Estado, e que tem como objetivo incentivar a praticidade de atividades esportivas e de lazer, como caça e tiro ao alvo. Apesar das críticas, é importante ressaltar que a maioria dos CACs é composta por pessoas responsáveis e que seguem as normas estabelecidas, garantindo a segurança pública.

## CONCLUSÃO

A concessão de registro de atividade e aquisição de arma de fogo por caçadores, atiradores e colecionadores (CAC) é um tema controverso que tem sido amplamente discutido nas esferas jurídicas, de segurança e sociais. Esta prática é permitida em alguns países do mundo, e é vista como uma forma de garantir a segurança pública, mas também tem sido alvo de críticas por parte de

organizações que apontam para os riscos envolvidos na venda de armas para o público em geral.

Ao longo deste trabalho, foi possível analisar a evolução histórica da arma de fogo e trazer, leis que foram sendo criadas ao longo dos anos e trazer os requisitos para se tornar um CAC.

Ao garantir o porte de arma de fogo para os CACs, reconhecemos a importância da preservação da tradição e do patrimônio cultural desses grupos. A prática da caça esportiva, do tiro esportivo e a coleção de armas representam atividades enraizadas em diferentes culturas, garantidas para o desenvolvimento de habilidades técnicas, a promoção da competitividade saudável e o resgate histórico.

Além disso, é fundamental destacar que os CACs são aprovados a rigorosos processos de seleção, treinamento e regulamentação. A posse e o porte de arma de fogo estão sujeitos a legislações específicas, onde são exigidos requisitos de idoneidade, comprovação de conhecimentos técnicos e psicológicos. Esses controles garantem que apenas indivíduos com capacidade e responsabilidade possuam e utilizam armas de fogo, minimizando riscos e garantindo a segurança tanto para os próprios CACs quanto para a sociedade em geral.

Por fim, é importante ressaltar que a defesa do porte de arma de fogo para os CACs não se trata de uma abordagem irresponsável, mas sim de uma forma de equilibrar a segurança pública com a liberdade individual e o respeito às tradições culturais. Promover um debate amplo e embasado sobre o tema é essencial para que encontremos soluções que conciliem esses interesses de forma adequada.

Diante disso, concluí que o porte de arma de fogo para os caçadores, atiradores e colecionadores é um direito legítimo, desde que seja exercido dentro dos limites estabelecidos pela legislação e com a responsabilidade devida. A preservação da liberdade individual, a preservação cultural e o compromisso com a segurança

são pilares que sustentam essa defesa, buscando um equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos.

Ademais, para que isso seja possível, ainda dependemos da aprovação do Projeto de Lei 3723/2019 que possibilita que os CACs tenham acesso ao porte de arma de fogo, trazendo assim mais segurança para a prática e proteção do acervo.

## REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. **Como era o Brasil quando as armas eram vendidas em shoppings e munição nas lojas de ferragem**. São Paulo: EL PAÍS, 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/25/politica/1508939191\\_181548.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/25/politica/1508939191_181548.html). Acesso em: 11 mar. 2023.

BARBOSA, Bene; QUINTELA, Flavio. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. 1. ed. Campinas, SP: Vide Editorial, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 mar. 2023.

Câmara dos Deputados. (2003). **Estatuto do Desarmamento: histórico, estudo e consulta parlamentar**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CYRINO, L. T. SCHENKEL, A. (2018). Política de controle de armas de fogo no Brasil: o papel do Ministério Público. *Veredas do Direito*, 15(31), 127-146.

FARIAS, R. P. de, SILVA, L. R. da. (2015). Política de controle de armas de fogo no Brasil: uma análise dos principais dispositivos legais e seu impacto na segurança pública. *Revista de Informação Legislativa*, 52(207), 119-136.

GOMES, L. M. (2018). A política de controle de armas de fogo no Brasil: história, marcos legais e desafios para sua efetividade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 33(97), e339706.

LIMA, M. C. de, & PINHEIRO, R. S. (2011). Controle de armas e violência no Brasil. *Boletim de Análise Político-Institucional*, 5(1), 1-20.

MARCÃO, Renato. **Estatuto do Desarmamento**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARQUES, Hugo. O retrato do Brasil armado, da Colônia ao Governo Bolsonaro. **Revista Veja**. 2 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/brasil-triplica-registro-de-armas-novas-durante-o-governo-bolsonaro> . Acesso em 11 de março de 2023

MELO, J. L. de, ALMEIDA, P. H. (2003). O Estatuto do Desarmamento: uma análise da política de controle de armas no Brasil. *Revista de Administração Contemporânea*, 7(1), 95-114.

MENDES, K. de F.; GARCIA, E. H. (2016). A política de controle das armas de fogo no Brasil e os efeitos na segurança pública: uma análise do Estatuto do Desarmamento. *Custo Brasil*, 6(1), 103-117.

MENDES, P. M. (2013). O debate sobre o controle de armas no Brasil: o que revelam as propostas legislativas? *Opinião Pública*, 19(1), 68-91.

PINHEIRO-MACHADO, R. (2015). O mercado negro de armas no Brasil. *Nexo Jornal*. Recuperado em 23 de julho de 2021, de <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2015/O-mercado-negro-de-armas-no-Brasil>.

WESTIN, Ricardo. Incentivados na Colônia e no Império, cidadãos armados se tornaram preocupação nacional só nos anos 1990. **Agência Senado**. Edição 77. 9 de abril de 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivos/armamento-da-populacao-foi-incentivado-na-colonia-e-nimperio-e-so-virou-preocupacao-nos-anos-1990>>. Acesso em: 2 maio 2023.

\_\_\_\_\_. PROJETO DE LEI N.º 3.723, DE 2019. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1771273](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1771273). Acessado 19 de abril de 2023.

REBELO, Fabricio. DATASUS consolida indicadores e ratifica maior queda de homicídios em 40 anos. Disponível em: [<https://www.cepedes.org/2020/12/datasus-consolida-indicadores-e.html>]. Data de Publicação: 25/12/2020. Acesso em 16 de junho de 2023.

SANTOS, S. R. dos BOITO JR, A. (2014). O lugar da luta pelo controle das armas na política brasileira. *Seminário Internacional de Ciência Política*, 8(1), 27-48.

WESTIN, Ricardo. Incentivados na Colônia e no Império, cidadãos armados se tornaram preocupação nacional só nos anos 1990. **Agência Senado**. Edição 77. 9 de abril de 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/armamento-da-populacao-foi-incentivado-na-colonia-e-no-imperio-e-so-virou-preocupacao-nos-anos-1990>>. Acesso em: 2 maio 2023.



**O MATERNAR NO CÁRCERE:  
UM ESTUDO SOBRE VIOLAÇÕES DE DIREITOS E A  
APLICAÇÃO DO HC 143.641/SP**

Ana Vitória Silva de Menezes  
Marianny Alves  
Jodascil Gonçalves Lopes  
João Paulo Calves

## **INTRODUÇÃO**

A princípio, é importante ressaltar que o sistema penitenciário brasileiro enfrenta diversos problemas como infraestrutura e violações da lei. No entanto, pode-se argumentar que prisões femininas têm mais necessidades, considerando as particularidades do gênero mulher e ainda assim, há uma maior violação de direitos quando comparado com o cárcere masculino. Desse modo, a discussão do problema torna-se necessária, não só do ponto de vista de como essas mulheres (não) são vistas pelo Estado, mas também a partir do momento em que a prisão atinge não apenas a pessoa encarcerada, mas também terceiros, ou seja, aos filhos das presas.

Destaca-se que, ao se falar sobre encarceramento feminino, principalmente no que tange à maternidade, é necessária empatia, uma vez que há gigantesca invisibilidade dessas mulheres perante o Estado e a sociedade, além da falta de estrutura básica para atender as especificidades do gênero feminino e das crianças inseridas em um cárcere projetado para homens.

Devido a inércia do Poder Público, a vivência dessas mulheres encarceradas se torna cruel e traumática, pois há inúmeras violações aos direitos humanos e à dignidade, visto que no pensamento conservador, a finalidade das prisões é apenas punir, não se importando os direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer ser humano.

Sendo assim, observando as condições insalubres que as grávidas e puérperas vivem no sistema prisional, se faz necessário considerar alternativas diversas ao aprisionamento feminino, enfatizando a prisão domiciliar, já prevista em Habeas Corpus Coletivo perante o Supremo Tribunal Federal (STF), para que a mulher tenha uma gestação apropriada e possa cuidar de seu filho.

O texto apresenta, resultados de estudos de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) a nível de graduação em Direito, tem por objetivo apresentar a situação alarmante da mãe encarcerada, identificar quais direitos maternos das mulheres encarceradas são constantemente violados e refletir acerca da aplicabilidade dos direitos humanos antes à decisão proferida no Habeas Corpus 143.641, que determina prisão domiciliar para as mulheres grávidas ou mães em prisão preventiva, com o intuito de garantir um cumprimento de pena digno devido à falta de condições nos estabelecimentos prisional.

Para tanto, o artigo será dividido em 3 (três) capítulos. O primeiro aborda um breve apanhado histórico do encarceramento feminino, com o objetivo de demonstrar como a sociedade é baseada nos padrões patriarcais, visto que as mulheres devem se comportar e agir como este determinar. Posteriormente, no segundo capítulo, trata mais profundamente dos direitos e das garantias fundamentais inerentes às mães encarceradas, bem como se essas orientações legais são cumpridas na prática. E por fim, no terceiro capítulo, versa tópicos a respeito do Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, especialmente sobre sua aplicabilidade no estado do Mato Grosso do Sul.

Para alcançar os objetivos apresentados, foi aplicado um método dedutivo e uma abordagem quali-quantitativa, através de pesquisas bibliográficas, que buscaram aprimorar o conhecimento demonstrado no artigo além disso, obteve-se uma pesquisa de caráter exploratório dos julgados sul-mato-grossenses, com o fulcro de verificar a devida aplicabilidade do Habeas Corpus 143.641.

## HISTÓRICO DO APRISIONAMENTO FEMININO

Desde os primórdios da sociedade condutas desviantes são inerentes a ela, porém, a prática de crimes era praticada predominantemente pela população masculina, o que faz com que a criminalidade introduzida no cosmo feminino cause mais desconforto aos membros da sociedade uma vez que a natureza da mulher é tida como “mais dócil”. Com isso, se faz necessário percorrer brevemente pela problemática e o desconforto social que envolve o encarceramento feminino, especialmente em relação ao masculino e de maneira adjacente explorar o histórico do aprisionamento.

Estudar a situação das mulheres no sistema de justiça criminal, cientificamente, é confrontar tanto a questão feminista quanto a questão criminal, ambos no quadro de uma teoria social. Portanto, é necessário simultaneamente ter modelos epistemológicos adequados, bem como fazer com que esses modelos funcionem em sinergia. Por outro lado, não é possível pensar na questão criminal sem levar em conta os fatores de gênero. Criminologia crítica e feminista deve constituir uma única criminologia. (BARATTA, 1999, p. 43)

Do ponto de vista do imaginário social, mulher e agressão não formavam e ainda não formam uma dupla aceitável. Desse modo, seja qual for a causa dos comportamentos antissociais e agressivos das mulheres, tende a ser visto como um desvio do objetivo final da feminilidade e não como uma resposta à motivação de exclusão. Pode-se verificar então que as reações sociais às mulheres que cometem crimes são expressas com descaso pois por mais que se discuta a necessidade de diferenciação, tudo continua como se essas necessidades não existiam. (LOPES, 2004, p. 58).

O crime e a violência sempre estiveram associados ao mundo dos homens. As mulheres, sempre cometeram crimes em menores proporções do que os homens. Os mecanismos de controle social informal e as famílias agem de forma mais rápida e eficaz quando as mulheres discordam dos papéis que a sociedade lhes apresenta. Isso

fortalece o funcionamento do sistema penal quando se trata de criminalidade feminina. (SPOSATO, 2007, p. 253).

A falta de pesquisas sobre a criminalidade feminina pode ser devida ou de alguma forma relacionada a teorias baseadas no culturalismo. Historicamente, o papel da mulher era ocupar um espaço privado reduzido no lar, sendo praticamente imune a qualquer tipo de socialização que pudesse ocasionar comportamentos desviantes. Por outro lado, o habitat do homem consistia em frequentar os mais diversos espaços, resultando em maior interação dentro desses grupos e maior submissão a influências negativas. (HELPE, 2014, p. 34)

Existe uma percepção de que crimes violentos envolvendo mulheres como perpetradores geram muito mais indignação do que quando os perpetradores de tais crimes violentos e/ou de grande repercussão são homens. Quando a violência é praticada por parte das mulheres, o desprezo da sociedade é feito com mais veemência, o que demonstra a equivalência dos seres na espécie humana. Nesse contexto, fica perceptível que as mulheres não podem se comportar de maneira que demonstrem sua capacidade de reverter o papel social de inferioridade imposto, uma vez que não é dado ao universo feminino o direito da violência. (LIMA, 2007, p. 317-8)

Agora, do ponto de vista histórico, o aprisionamento sempre fez parte da história, no entanto, sua associação como método de punição é relativamente recente. Na Roma antiga, as prisões não eram punitivas nem locais de execução, pois a única sanção real naquela época, quase exclusiva, era o castigo corporal. As prisões nos tempos antigos eram pouco mais do que uma forma de "segurar" o acusado, como se fossem locais de confinamento aguardando julgamento ou sentença de morte. Certas práticas penais da Idade Média foram moldadas por forças sociais e econômicas e tiveram um impacto direto na mudança dos conceitos de punição na sociedade moderna e no sistema penal. (SANTA RITA, 2006, p. 21).

Segundo Goffman (2010, p. 11), as instituições são definidas como lugares onde muitos indivíduos em situação semelhante que

foram marginalizados da sociedade por um período vasto e considerável de tempo vivem fechados e trabalham juntos de maneira formalmente controlada. “As prisões são instituições de totalização e despersonalização, onde reina a desconfiança e a violência é o meio de troca. O único objetivo para quem está lá é sair, fugir e alcançar a liberdade”. (ESPINOZA, 2004, p. 78)

A custódia feminina era uma preocupação dos homens, pais e maridos, e das instituições religiosas, políticas e econômicas que queriam que as mulheres fossem excluídas da vida pública. Assim foi criada uma política milenar de correção e submissão das mulheres entre os gregos, romanos, hebreus e outros. Esta política, ultrapassou o mar para chegar às Américas, sobreviveu a baixa Idade Média, e chegou a um período muito próximo ao presente. (MENDES, 2014, p. 145)

No final da baixa Idade Média, conventos e ambientes de formação intelectual para as mulheres foram convertidos em prisões destinadas à correção daquelas que eram suspeitas de perversão. Foram encontrados escritos dirigidos às mulheres do século XII ao final do século XV e todos eles pregavam ações destinadas a controlar os instintos demoníacos das mulheres. (MENDES, 2014, p. 120-121)

O aprisionamento de mulheres sempre foi mais do que significativo para o universo masculino. A constatação de que o conceito de crime, criminoso e pena nada tem a ver com o processo de transformação econômica que vem desde o século XVI até praticamente os dias de hoje, fez com que à administração prisional feminina coordenada pela ordem religiosa fosse algo comum até meados do século XX. (MENDES, 2014, p.153)

As escravas foram as primeiras mulheres cativas conhecidas no Brasil. Em primeiro lugar, as mulheres foram presas junto com os homens, não tiveram garantida sua integridade física e mental e foram submetidas a várias formas de violência física e sexual. Em 1924, Lemos de Brito, então oficial de justiça, foi o pioneiro e principal idealizador de um projeto que começou a abordar de alguma forma as condições prisionais femininas. (HELPE, 2014, p.

69) Na verdade, a separação de gênero dentro das prisões foi feita apenas por preocupação com o bem-estar dos homens, uma vez que quando as mulheres estavam na prisão, os prisioneiros homens ficavam perturbados. Desse modo, tal medida visava garantir sossego masculino e proporcionar às mulheres um ambiente mais digno. (HELPEES, 2014, p. 71)

Historicamente, a administração dos estabelecimentos que abrigava mulheres presas era delegada a grupos religiosos, o que demonstra como o Estado brasileiro lidava com tal situação. Tendo em vista que o problema das mulheres criminosas é inseparável dos problemas sociais, os mesmos deveriam ser resolvidos pelo Estado, não pela Igreja, pois não se trata de uma questão de necessidade de catequizar a mulher, o que torna inviável a compreensão de como tal incumbência que deveria ser tratada pela segurança pública foi parar nas mãos dos religiosos. Diante da laicidade do Estado, tais considerações soam como meros resquícios de preconceitos religiosos atrelados a políticas equivocadas. (HELPEES, 2014, p. 72)

A origem do conceito de criminalidade feminina está relacionada à bruxaria e à prostituição. Tal comportamento ameaçava os papéis socialmente estabelecidos das mulheres. As razões para o encarceramento de mulheres e o surgimento das prisões femininas no Brasil estão relacionadas aos discursos morais e religiosos. (SANTA RITA, 2006, p. 32);

Ao longo da história, esperava-se um comportamento exemplar das mulheres, tais como boas mães, esposas, boas nas tarefas domésticas, as chamadas prostitutas, boêmias, mães solteiras, masculinizadas, escandalosas, histéricas, entre outras, que não seguiam as “normas” de comportamento social ideais, eram vistas como “desviantes”. Usualmente, esses “desvios” eram relacionados à sexualidade e essas “sexualidades desviantes” que desviavam da norma tinham que ser combatidas e antigas prisões no Brasil eram relacionadas à religião. (ANGOTTI, 2012, p. 107-109).

O papel social da mulher como sexo frágil, submisso e sensível é resultado de estruturas discriminatórias de gênero. Essa condição

limitou a história das prisões e o tratamento discriminatório de homens e mulheres. Assim, a intenção das prisões femininas era "domesticar" os criminosos e fiscalizar sua sexualidade. (BRASIL, 2008, p. 15)

Autoridades religiosas e estatais declararam que o "caráter feminino" era mais fraco que o dos homens e, por isso, as mulheres precisavam ser guardadas e protegidas da tentação. Também, nas prisões femininas a comunicação era baseada no modelo casa convento, uma vez que as detidas eram tratadas como "irmãs perdidas" que precisavam de um bom exemplo e tinham que assumir tarefas de gênero como costurar, lavar e cozinhar. (MENDES, 2014, p. 153).

No entendimento científico prevalecente na época, as criminosas eram vistas como vítimas de fraqueza moral, falta de racionalidade e inteligência e, portanto, não eram forçadas a entrar nas mesmas estruturas rígidas e militarizadas que os homens presos, mas sim submetidas em ambientes amorosos e maternais, para serem catequizadas como a sociedade bem entender. (MENDES, 2014, p. 153).

O projeto de "domesticação" de mulheres presas por freiras falhou devido à violência geral e à falta de disciplina no departamento prisional. Em vez de serem submissas, as mulheres na verdade se tornaram mais duras e selvagens. Foi então que em 1955, o Presídio Central do Distrito Federal deixou de estar a cargo de freiras e em 1966 passou a se chamar Instituto Penal Talavera Bruce, hoje Penitenciária Talavera Bruce, unidade prisional feminina de maior segurança do estado do Rio de Janeiro. (SANTA RITA, 2006, p. 34)

Construções sociais pré-existentes de papéis sociais masculinos e femininos são ainda mais perversamente reproduzidas no sistema prisional, e as realidades do sistema penitenciário brasileiro de proteção masculina tornou-se ainda mais dolorosa quando o público-alvo também passou a consistir em mulheres criminosas. (Brasil, 2008, p. 15)

As prisões públicas foram estabelecidas para abrigar os acusados apenas durante a prisão temporária (duração de alguns dias) ou para prisão preventiva (duração de alguns meses enquanto ocorrem investigações ou julgamento). As duas penas privativas de liberdade são para casos muito específicos de crimes graves que impeçam o condenado de fugir, continuar o crime ou interferir na investigação, mas nem sempre é assim no Brasil. Assim como as punições, de acordo com a legislação brasileira, a permanência nesses locais deve ser temporária. Isso porque os presídios e delegacias públicas carecem de infraestrutura de saneamento básico para abrigar muitas pessoas e, na maioria das vezes, não têm acesso a leitos, produtos de higiene ou assistência médica. (QUEIROZ, 2015, p. 103)

Em uma observação, a violência contra a mulher se deve a diversos fatores visto que um sistema profundamente patriarcal agora se articula com o sistema capitalista e o neoliberalismo, de modo que as mulheres são duplamente dominadas e exploradas. No entanto, retoma-se o dito quanto ao obrigatório recorte de classes e de cor quando se busca verdadeiramente por equidade, pois uma mulher negra e pobre enfrenta a violência do preconceito quanto à sua cor, além de sua condição de mulher e de sua situação de classe.

A criminologia lida com essas questões ao examinar e mostrar a ineficácia do sistema de justiça criminal ao selecionar indivíduos como criminosos com base no controle social. (OLIVEIRA, 2017, p. 51)

Nesse contexto, observados alguns pontos que envolvem o encarceramento feminino, severamente atrelados à sociedade patriarcal, faz-se necessário chegar à investigação do tratamento da maternidade no ambiente carcerário, objeto principal deste estudo.

## **DIREITOS DAS PRESAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A REALIDADE ENCONTRADA FRENTE A MATERNIDADE**

Primeiramente, antes de dar início ao tópico em questão, é importante destacar a vulnerabilidade social, que conforme

menciona Zaffaroni, (2010, p. 27) “o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça um poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis”.

Há uma seletividade no sistema penal que atinge principalmente os segmentos mais pobres da população, sintetiza comportamentos criminosos e mais graves indissociáveis da falta de oportunidade, levando a supor que assim existe um sistema penal para réus pobres e um sistema penal para réus ricos.

Os fatores de vulnerabilidade estão indissociavelmente ligados ao estado de fragilidade e à contribuição pessoal para a situação. Esse estado de vulnerabilidade é determinado socialmente e consiste no nível de risco ou perigo a que uma pessoa está exposta por causa de sua filiação a um grupo, classe social, minoria, porque corresponde ao estereótipo ou pelas características. No nível individual, a preocupação pessoal por fazer parte de um grupo vulnerável consiste no grau de perigo ou risco a que uma pessoa está exposta como resultado de um determinado comportamento. Quando o sujeito decide por si mesmo, a consciência da "injustiça" já faz parte do esforço que representa o caminho da vulnerabilidade. (ZAFFARONI, 2010, p. 270).

Há pessoas que, sob certas condições, levam suas vidas na normalidade das regras socialmente estabelecidas, e outras que, sob a influência de tais estímulos, sucumbem e cometem crimes, ou seja, comportam-se de forma diferente do esperado do ponto de vista daquele que detém uma posição dominante. A vulnerabilidade social contribui para o encarceramento em massa e ainda possui peso no aprisionamento feminino pois mulheres segregadas se tornam vulneráveis uma vez que não possuem seus direitos e garantias asseguradas. O gênero vira vulnerável quando a isonomia não é observada.

A prisão como um ambiente violento é baseada no equívoco de que homens e mulheres na prisão são como "cidadãos de segunda classe". O princípio da dignidade humana, base que forma a

doutrina dos direitos humanos, deve ser levado em consideração ao determinar o contexto de exclusão que constitui o cárcere. (ESPINOZA, 2004, p. 52-3)

As pesquisas que possuem as mulheres encarceradas como objeto de estudo, manifestam a necessidade de incluir a perspectiva de gênero como referencial para abordagem do universo carcerário e refletir as transformações das mulheres presas diante de valores impostos, os quais compreendem a doçura e a domesticidade como virtudes que fortalecem a submissão da mulher e restringem o exercício de práticas cívicas. (ESPINOZA, 2004, p. 52-3)

Nesse contexto, é conveniente apresentar dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres (2018, p. 40), que declarou informações sobre a raça, cor ou etnia da população prisional feminina, disponíveis para 29.584 mulheres (ou 72% da população prisional feminina) e a partir da análise da amostra de mulheres sobre as quais foi possível obter tais dados, pode-se afirmar que 62% da população prisional feminina é composta por mulheres negras. (INFOPEN, 2018, p. 40).

Também foram obtidas informações acerca da escolaridade. Para 73% da população feminina privada de liberdade no Brasil (ou 29.865 mulheres), 14, 66% ainda não acessaram o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Apenas 15% das mulheres presas concluíram o ensino médio. (INFOPEN, 2018, p. 43).

Além disso, 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos. Ao se analisar os dados referentes aos homens para o mesmo período, encontra-se que 53% dos homens que estão no sistema prisional declararam não ter filhos. Em que pese as desigualdades persistentes na sociedade quanto à distribuição da responsabilidade sobre a execução do trabalho de cuidados (domésticos e com os filhos, especialmente), entre homens e mulheres, que podem influenciar a declaração sobre filhos junto aos cadastros sociodemográficos, é preciso aprofundar a análise sugerida pelos dados do INFOPEN, que apontam para uma importante desigualdade na distribuição de filhos entre homens e mulheres no

sistema prisional e demandam, assim, a formulação de serviços e estruturas penais capazes de responder, por um lado, à possibilidade de institucionalização da criança e, por outro, aos efeitos da separação da mãe na vida das crianças e comunidades. (INFOPEN, 2018, p. 51)

Entre as unidades prisionais que dispunham de informação sobre o tipo penal, foram computadas 33.861 incidências penais nos registros de mulheres, distribuídas entre os grupos do Código Penal e de legislações específicas. De modo geral, pode-se afirmar que os crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico. Entre as tipificações relacionadas ao tráfico de drogas, o crime de Associação para o tráfico corresponde a 16% das incidências e o crime de tráfico internacional de drogas responde por 2%, sendo que o restante das incidências se refere à tipificação de tráfico de drogas, propriamente dito. (INFOPEN, 2018, p. 53)

No geral, de acordo com os dados coletados pelo INFOPEN MULHERES, mencionados anteriormente, a população carcerária feminina é composta por mulheres jovens, negras, de baixa escolaridade, com pelo menos um filho e que foram presas por crime de tráfico de drogas. Dando início a exploração do ordenamento jurídico brasileiro, é importante mencionar que as gestantes livres e as não livres têm direito a receber cuidados pré-natais, perinatais e pós-natais. Isso nada mais é do que uma vigilância profissional e humanizada para garantir a saúde da mãe e da criança, bem como o direito ao atendimento psicológico nesses períodos com o objetivo de “prevenir ou reduzir as consequências das condições pós-parto” (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Agora, no que tange mais especificamente aos direitos das gestantes privadas de liberdade, tendo em vista a nutrição correta do bebê, a estimulação de seu cérebro, o impulsionamento do

crescimento, a redução da mortalidade infantil e o fortalecimento do vínculo entre a mãe e o bebê, a Constituição Federal, em seu Art. 5o, inciso, L, prevê que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. (Brasil, 1978) Além do mais, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), que atua como escritório Regional da Organização Mundial da Saúde (OMS), em julho de 2021, na campanha “Todos pela amamentação”. É proteção para a vida inteira”, feita no marco da Semana Mundial do Aleitamento Materno, promoveu o aleitamento materno e incentivou a amamentação no país até os dois anos de idade ou mais e, de forma exclusiva, nos seis primeiros meses de vida.

Outrossim, a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984, chamada Lei de Execução Penal, que tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, dispõe e assegura direitos a mãe encarcerada. Observa-se a seguir alguns artigos:

Art. 14, § 3o Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Incluído pela Lei no 11.942, de 2009)

Art. 14, § 4o Será assegurado tratamento humanitário à mulher grávida durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como à mulher no período de puerpério, cabendo ao poder público promover a assistência integral à sua saúde e à do recém-nascido. (Incluído pela Lei no 14.326, de 2022)

Art. 82. § 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. (Redação dada pela Lei no 9.460, de 1997)

Art. 83, § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (Redação dada pela Lei no 11.942, de 2009)

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade

de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei no 11.942, de 2009).

No entanto, a falta de creches, berçários e locais adequados para a vida familiar durante a pena viola e restringe esses direitos. Deve-se ter em mente, ainda, que mães reclusas mantêm seus filhos presos e os que não estão com suas mães são privados dessa convivência, da formação e manutenção de vínculos afetivos. (SPOSATO, 2007, p. 261).

Diante da necessidade de garantir a equidade de gênero nas políticas públicas, a resolução no 04 de 15 de julho de 2009 do Conselho nacional de política criminal e penitenciária, estabelece em seu artigo 2o o seguinte texto:

Deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as (os) filhas (os) de mulheres encarceradas junto às suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua (seu) filha (o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro.

Tal resolução mencionada ainda acrescenta nos artigos posteriores que após um ano e meio deve ser iniciado um processo gradual de separação e que a escolha do local onde a criança ficará deve ser de responsabilidade do pai e da mãe em conjunto com as assistentes sociais e psicólogas da unidade prisional. O artigo 6o por sua vez, determina que:

Deve ser garantida a possibilidade de crianças com mais de dois e até sete anos de idade permanecer junto às mães na unidade prisional desde que seja em unidades materno-infantis, equipadas com dormitório para as mães e crianças, brinquedoteca, área de lazer, abertura para área descoberta e participação em creche externa.

Em 8 de março de 2016 foi publicada a Lei no 13.257, importante do ponto de vista do tema de discussão, afinal, alterou os artigos 60, inciso X, 185, § 10 e 304, § 4º do Código de Processo Penal, que, em tese, obriga as autoridades a questionar o preso sobre a existência de filhos, a respectiva idade, se é deficiente e quem é responsável por seu cuidado, frisa-se ainda o dever de inclusão dessas informações nos autos. No artigo 318, do CPP, que relaciona as pessoas que podem ter convertidas a prisão preventiva em prisão domiciliar, foram acrescentados os incisos V e IV pela referida lei, que abrange mulheres grávidas ou mulheres com filhos menores de 12 anos como favorecidas da prisão domiciliar.

Posteriormente, em 2018, quase dois anos após a sanção da Lei no 13.257/2016, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão sobre o Habeas Corpus Coletivo no 143.641/SP. Em suma, foi determinada a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar a todas as mulheres grávidas, puérperas, mães de filhos e deficientes, salvo se tiverem cometido atos de violência ou graves ameaças à sua prole ou, no entanto, em situações muito excepcionais que devem ser devidamente justificadas.

Em relação à capacidade de oferecer espaço adequado para que a mulher privada de liberdade permaneça em contato com seus filhos e possa oferecer cuidados ao longo do período de amamentação (...) apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 31-32).

Nas palavras de Zem (2020, p. 29), faltam programas específicos para mães e filhos confinados nos cárceres e assistência às famílias e filhos separados pelo cárcere, com o objetivo de promover a manutenção do vínculo.

O retrato do sistema prisional brasileiro hoje como um todo é composto por imagens que revelam um total desrespeito aos direitos humanos. A situação é muito mais terrível para as mulheres em particular, pois elas só têm o que resta do sistema prisional

masculino: aquelas prisões que não podem mais abrigar homens infratores passaram a ser destinadas às mulheres, assim como os recursos remetidos ao sistema correcional. Os presos sempre contam com o apoio externo das mulheres (mães, irmãs, esposas e/ou companheiras), enquanto as presas são deixadas sozinhas pelos companheiros e maridos restando apenas a solidão e preocupação com os filhos (BRASIL, 2008, pp. 15-16).

No contexto da brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras, a jornalista Nana Queiroz lançou, em 2015, o livro *Presos que menstruam*, onde apresenta a história de sete mulheres encarceradas e relata os fatos que levaram essas mulheres às prisões, o cotidiano e os momentos mais dramáticos vividos por elas. A detenta Gardênia é uma dessas mulheres e sua história ganhou voz pela ativista que abriu seus ouvidos e coração para escutá-la.

Gardênia ganhou, no grito, o direito de dar à luz no hospital. E foi muito bom que tenha feito assim porque Ketelyn nasceu com hiperglicemia e precisou ficar em observação. Mesmo nessas condições frágeis de saúde, só permitiram que Gardênia amamentasse a filha uma vez por dia. A caridade acabou junto com o plantão de Dariane.— Na hora de ir para o quarto tem que ficar algemada. Para amamentar você vai até o berçário. Aí tinha um guarda que me levava para amamentar, mas tinha guarda que não levava, não. Eles que amamentava lá do jeito deles. Tinha só um polícia que me levava, que ele era bonzinho e levava eu. As guardas mulheres não deixavam e o homem que deixava, acredita? Mas não era todo dia não. Ele ficava lá dentro do quarto comigo, a gente ia no banheiro, tinha que mandá-lo sair. Quando você ganha nenê, tem que pôr aquelas roupas horrorosas as que fica com a bunda aparecendo atrás. Tinha que mandar sair e, às vezes, ele achava ainda ruim. Ele dormia lá no quarto mesmo, em cima daquelas camas que tinha lá. Eu ficava presa na cama e ele roncando lá do outro lado, roncava mais do que não sei o quê.

Em cinco dias, Gardênia ganhou alta, mas Ketelyn continuaria internada por mais quinze. Sem visitas. Gardênia pediu para se despedir da filha antes de voltar ao presídio. Os policiais a levaram para o vidro em frente ao berço da garota e disseram que devia dizer seu tchau dali. Chorou em silêncio, jogou um beijinho da janela e engoliu a vontade de abraçá-la.

Como figura importante para o tema em discussão, o oncologista, pesquisador e autor brasileiro, Antônio Drauzio Varella (São Paulo, 3 de maio de 1943), conhecido por popularizar o conhecimento médico no Brasil por meio de aparições em rádios, televisão e internet, conta seus relatos trabalhando como médico voluntário na Penitenciária Feminina da cidade de São Paulo no livro *Prisioneiras*, publicado pela Companhia das Letras em 2017. Portanto, a seguinte narração demonstra um pouco sobre a maternidade carcerária.

Quando cheguei à penitenciária, as mulheres ficavam apenas dois meses com a criança, contraposição injustificável às diretrizes do Ministério da Saúde, que recomenda pelo menos seis meses de amamentação exclusiva. Quando a Justiça se deu conta da injustiça que é punir um bebê pelos erros cometidos pela mãe, o período de seis meses passou a ser respeitado (...) passam o tempo todo envolvidas com a criança, dando de mamar, lavando roupa, trocando experiências com as companheiras, as mais velhas orientando as marinheiras de primeira viagem. Quando menos esperam, vem a separação. De uma hora para a outra, voltam ao pavilhão de origem e à rotina dos dias repetitivos que se arrastam em ócio, gritaria, tranca, solidão e saudades do bebê que acabaram de perder de vista. Uma semana depois de ver a filhinha levada por uma prima do namorado, Margarete, presa duas vezes por receptação de mercadorias roubadas, comentou com um fiapo de voz: — Só não me suicido porque tenho esperança de recuperar minha filha quando sair. (VARELLA, 2017, p. 32-33).

Ainda de acordo com o escritor, de todas as torturas do cárcere, a que mais atormenta as mulheres encarceradas é o abandono, uma vez que, ao cumprirem suas penas, são esquecidas pelos familiares, amigos, cônjuges, namorados e até pelos filhos. A sociedade pode olhar para a prisão de um parente do sexo masculino com alguma gentileza, mas a prisão de um parente do sexo feminino traz vergonha para toda a família. No presídio, um homem recebe a visita de uma mulher, seja mãe, esposa, namorada, prima ou vizinha, já a mulher é esquecida. (VARELLA, 2017, p. 27).

A maternidade, além dos aspectos biológicos e dos instintos protetores, também tem seus aspectos culturais e sociais. Mesmo

quando encarceradas, as mulheres são na maioria das vezes o vínculo familiar e não é incomum que permaneçam responsáveis pelo sustento, senão pelo cuidado direto dos filhos que a acompanham até durante o cumprimento da pena. (QUINTINO, 2005, p. 58).

A prisão leva as mulheres a retratar conflitos sobre a maternidade. Após o encarceramento, elas passam por uma série de mudanças que refletem os danos causados por escolhas erradas em seus relacionamentos com seus filhos e familiares. A internação criminal faz com que essas mulheres morram para o mundo exterior e para as experiências que ele trouxe. Quando se trata da maternidade, agem como se o mundo lá fora as esperasse quando partiram, como se seus filhos fossem os que viram pela última vez quando estavam livres. (LOPES, 2004, p. 137).

A vida cotidiana na prisão é a manifestação ideal do instinto materno na forma de uma maternidade possível. Diante de poucas oportunidades de desempenhar o papel de mãe com eficácia, elas se sentem culpadas e envergonhadas. Para mitigar a dura realidade, buscam fantasias e idealizações baseadas em experiências passadas e projetam sonhos no futuro. (LOPES, 2004, p. 148).

Não há como negar que a execução penal deveria receber mais atenção. Na prática, a penitenciária funciona como se fosse um cemitério, onde o condenado é enterrado vivo. Condenado o réu é como se ele tivesse morrido e não precisasse mais ser alvo de preocupação, todas as pessoas, retornam às suas atividades e não mais se lembram do “morto”. (CARNELUTTI, 2012, p. 102) A privação da liberdade também não deveria ter influência sobre o exercício da maternidade. As mulheres presas com seus filhos são invisíveis, ocupam os lugares dos homens, vestem roupas de homens e não têm direitos legais respeitados, nem há lugares decentes e salubres para os filhos permanecerem o mínimo estabelecido visto que as prisões são instrumentos de exclusão idealizados e construídos numa lógica essencialmente masculina,

não garantem às mulheres a oportunidade de gozar plenamente a maternidade. (LOPES, 2004, p. 149)

Portanto, considerando a dificuldade no exercício do direito à maternidade por falta de locais salubres e adequados para a permanência da criança junto com a mãe no prazo estabelecido na legislação e a insegurança instalada, há a alienação da encarcerada do convívio com seus filhos e familiares, o que resulta em abandono, exclusão social e dificuldade de manter os vínculos com o mundo externo para poder preservar os laços afetivos até poder sair do cárcere.

### **O HABEAS CORPUS COLETIVO NÚMERO 143.641/SP COM ÊNFASE NOS JULGADOS SUL-MATO-GROSSEENSES**

Quando há a associação das categorias “criminosa” e “maternidade”, conseqüentemente há uma deslegitimação da mulher encarcerada como uma boa mãe tendo em vista que o sistema de justiça e a própria sociedade limita a possibilidade do exercício da maternidade por mulheres condenadas pois não leva em conta o contexto específico daquela mulher e em decorrência disso, vê-se uma violação de direitos e o submetimento dessas mulheres e seus filhos a condições desumanas e nada empáticas. O sistema penitenciário feminino nacional é marcado pela violação de direitos humanos das pessoas presas, em geral, e pelo descaso com a dignidade da mulher grávida visto a escassez de recursos básicos e a submissão das gestantes a situações bárbaras devido ao instinto punitivista e conservador do Estado, principalmente em relação às mulheres.

No atual Estado Democrático de Direito em que vivemos, o não fornecimento de condições mínimas de saúde física, mental e social, de educação, entre outros, é inaceitável pois viola pressupostos essenciais à dignidade. Ainda, é preciso levar em consideração que mulheres encarceradas possuem necessidades específicas visto as peculiaridades do gênero feminino, além disso, há as singularidades

da gestação e da maternidade, de maneira que o não atendimento dessas demandas citadas intensificam o sofrimento no cárcere.

Nesse contexto, a Lei no 13.257/2016, denominada Marco da Primeira Infância, veio com o intuito de melhora nas políticas nacionais relacionadas à criança e facilitar sua convivência com a mãe, pois modificou o art. 318 do Código de Processo Penal, aplicável a gestantes ou crianças menores de 12 anos, para alterar a prisão preventiva para prisão domiciliar. No entanto, a lei não trouxe muito sucesso porque as mães que precisam dessa medida não a recebem, mesmo atendendo aos critérios para tal benefício, considerando que a determinação está limitada ao entendimento e convicção do juiz em cada caso FACCIN, 2019. ALMEIDA, 2019. p. 171-193)

Dessa forma, com a iniciativa da Advocacia em Direitos Humanos e sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal concedeu o Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, que prevê a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de todas as mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos ou mães de pessoas com deficiência, salvo aquelas que tenham cometido crimes contra seus filhos, mediante grave ameaça ou violência, ou salvo situação excepcional que justifique a sua permanência no cárcere. O pedido e a concessão foram baseados nas péssimas condições dos presídios femininos, superlotação, falta de instalações especiais para gestantes e crianças e na seletividade do sistema penal, além da vulnerabilidade socioeconômica, pois a maioria são mulheres negras e pobres. (STF, 2018).

Entretanto, a mulher ainda dependerá do entendimento do juiz do caso, que deverá observar as normas e princípios observados na decisão do Habeas Corpus em questão e com isso, denota se uma resistência à concessão da substituição pela prisão domiciliar. A falta de documentação, o cuidado pelos avós, a periculosidade das acusadas e até a contratação de um escritório de advocacia eficaz levaram os tribunais a rejeitar as prisões domiciliares para gestantes e mães de crianças menores de 12 anos, apesar do Habeas Corpus

coletivo 143.641/SP expedido pelo Supremo Tribunal Federal. (VITAL, 2018).

Em termos absolutos, o Estado de Mato Grosso do Sul possui o 9o maior número de mulheres presas do país e, em termos relativos, é o estado com o maior número de mulheres encarceradas em todo o país, pois há 113 mulheres presas em cada grupo de 100 mil mulheres. (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 18)

A Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul informou que apenas 68 mulheres no estado foram beneficiadas com o Habeas Corpus coletivo das 448 presas com filhos menores de 12 (doze) anos, segundo dados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen). De acordo com os dados, a maioria das recusas foi baseada na falta de comprovação de que a mulher precisava cuidar dos filhos.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) noticiou que o Brasil tem 14.750 mulheres aptas para prisão domiciliar por Habeas Corpus coletivo. O Coletivo da Advocacia dos Direitos Humanos também informa que a decisão da segunda turma do STF foi ignorada por decisões judiciais que não reconhecem a excepcionalidade da prisão.

No ano de 2022, a Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul realizou, pelo Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) e Coordenadoria de Pesquisas e Estudos (CPES), diagnóstico com perspectiva de gênero e atendimento das mulheres privadas de liberdade do Estabelecimento Penal Feminino “Irmã Irma Zorzi” (EPFIIZ), com a finalidade de qualificar a análise e compreender a questão do encarceramento feminino, a fim de possibilitar ações efetivas e propostas relevantes no tema. Através de um formulário eletrônico aplicado às mulheres encarceradas no EPFIIZ foi possível a percepção do perfil nacional de mulheres encarceradas, bem como informações importantes sobre maternidade, violência e questões de gênero.

Para o estudo em questão, a ênfase se encontra no tópico da maternidade, onde foi relatado que, das 230 mulheres entrevistadas

na penitenciária feminina, 89,57% possuem filhos, sendo 65,05% mães de menores de 12 anos. Essas mulheres, que em sua maioria se tornaram mães quando ainda eram crianças e/ou adolescentes, mais especificamente na faixa etária entre 11 e 17 anos, eram, em 90% dos casos, responsáveis pelo sustento material de alguém antes de ser presa, o que faz com que surja a indagação de porque não fora concedido a essas detentas o Habeas Corpus coletivo 143.641/SP.

Todo esse cenário mostra que a prisão preventiva, que deve ser aplicada apenas em casos excepcionais, ainda é considerada a regra. Essa cultura do aprisionamento, que cria resistência às medidas alternativas na prisão, mesmo em casos tão delicados como a maternidade e a decisão do STF de impor a prisão domiciliar, leva a uma situação em que as mulheres são submetidas a uma prisão preventiva excessiva que obtêm principalmente absolvições em julgamento ou seguros para punições alternativas.

Com isso, foi realizada uma categorização jurisprudencial tendo em vista a investigação da concreta repercussão do precedente do Supremo Tribunal Federal quando na aplicação dos artigos 318 e 318-A do Código de Processo Penal pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, em especial no período de 20 de março de 2020 à 19 de março de 2021, quando diante da situação de pandemia instaurada em todo o mundo e a contaminação da população pela Covid-19, defensores públicos e advogados (a) passaram a propor ações judiciais, individuais e coletivas, com o objetivo de solicitar a aplicação de medidas alternativas à prisão em razão da crise sanitária.

Tal lapso temporal foi escolhido em razão da proteção do direito fundamental à saúde, uma das garantias da pessoa presa provisoriamente, uma vez que as responsabilidades e cargas relacionadas ao cuidado aumentaram com a pandemia. Também foi levado em consideração o alto índice de contágio dentro das prisões, tendo em vista a superlotação do sistema prisional que impede a implementação das medidas de distanciamento. O objetivo principal é observar se os magistrados levaram em consideração os

riscos da COVID-19, tanto à mãe, que mesmo presa ainda é portadora de direitos, quanto à criança, no momento de julgarem conceder ou não a substituição da pena privativa de liberdade provisória pela prisão domiciliar.

Com o intuito de filtrar somente os processos que mencionaram o Habeas Corpus coletivo em suas fundamentações e que se tratava de mulheres presas preventivamente estando gestante ou ser mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, foram utilizadas como palavras-chaves de pesquisa no website do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, os termos “143.641/SP”, prisão domiciliar e prisão preventiva.

Ademais, a pesquisa ainda foi restringida ao crime de tráfico de drogas visto que de acordo com o diagnóstico proferido pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, já mencionado anteriormente, 65.90%, das acusações feitas às mulheres detidas no estabelecimento penal, estão relacionadas a drogas, sendo este então, o crime de mais relevância para o estudo em questão. Nesse sentido, foram totalizadas 41 decisões que citaram o Habeas Corpus coletivo em algum momento da fundamentação.

No decorrer da leitura das decisões, foi construída uma tabela, conforme anexo I, composta pelas seguintes colunas: número do julgado; data do julgamento; relator; se houve voto divergente; se ocorreu a substituição ou a manutenção da prisão preventiva; ocorrendo a manutenção, se foi caso de violência ou grave ameaça, delito contra seus descendentes ou então uma situação tida como “excepcionalíssima”; e se houve análise pelo magistrado dos riscos que a COVID-19 representava naquele momento.

A partir dessa, pode-se extrair que em relação à resolução final do pedido, enquanto apenas 14 decisões optaram pela substituição da prisão preventiva pela domiciliar, 27 deliberaram pela manutenção da prisão, o que representa aproximadamente 65.85% do total dos processos analisados. Destaca-se que, das 27 manutenções, apenas 1 teve voto divergente, enquanto 26 foram por unanimidade.

Figura 1 - Representação da quantidade de votos para decisão final da manutenção ou substituição da Prisão Preventiva.



Fonte: Decisão Final do Supremo Tribunal Federal.

Como pode ser observado o resultado oriundo dos dados extraídos, e supracitados neste estudo, apesar da objetividade dos artigos 318 e 318-A do Código de Processo Penal e da decisão do STF, que além de dar indícios sobre o caráter excepcional da pena privativa de liberdade, também destinou evitar divergências sobre o tema, ainda é possível inferir resistência por parte dos magistrados em outorgar o direito à prisão domiciliar.

Utilizando como amparo o Habeas Corpus Coletivo no 143.641, verifica-se nos acórdãos considerados que a referência a “situação excepcionalíssima” foi utilizada como fundamento capaz de autorizar a prisão preventiva de mulheres que satisfazem os requisitos do CPP. Cabe destacar que em suma, a maioria dos desembargadores sustentaram seus argumentos com a afirmação de que o deferimento da liminar não é automático, pois não há obrigatoriedade de deferimento da medida, mas cabe na verdade uma análise do caso a caso para tirar conclusões.

Como exemplo, destaca-se, a priori, que uma das considerações mais utilizadas é de que a paciente somente terá a concessão da prisão domiciliar caso comprovada sua imprescindibilidade à sobrevivência dos filhos menores, conforme demonstrado no Habeas Corpus no. 1411333-56.2020.8.12.0000 de relatoria da Desembargadora Elizabete Anache, que no caso em específico, informa que embora a ré seja mãe de crianças menores de 12 anos,

ela não demonstrou ser imprescindível para o cuidado dos descendentes.

Similarmente, o Habeas Corpus no 1402924-91.2020.8.12.0000, de relatoria do Juiz Lúcio R. da Silveira, restou evidenciado que a situação excepcionalíssima que autoriza o afastamento do benefício requerido está amparado no ponto de que o principal objetivo da lei é a proteção da criança e não a concessão de um “salvo-conduto” às mulheres independentemente do risco que a sua liberdade possa oferecer, uma vez que entendimento diverso possibilitará que uma incalculável quantidade de mães, aproveitando-se da condição de seus filhos, requeiram o benefício para dar continuidade às atividades criminosas.

Ademais, outro ponto importante a ser ressaltado são os casos em que os pedidos relacionados à prisão domiciliar foram negados com base na justificativa de que a mulher traficava em sua própria residência, posto que foi firmado pelo STF quando do julgamento do HC 143.641/SP que tal circunstância não configura a “situação excepcionalíssima”, mas mesmo assim, pode-se considerar como o segundo argumento mais utilizado para denegar a prisão domiciliar nos julgados sul-mato grossenses apreciados neste estudo e que em muitos casos esteve atrelado ao da imprescindibilidade da mãe não comprovada como evidencia no Habeas Corpus No 1408586-36.2020.8.12.0000 de relatoria do desembargador Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Cabe aqui mencionar o conceito de “feminização da pobreza”, introduzido por Diane Pearce em 1978, que nada mais estaria do que um processo que se inicia quando a mulher, jovem e com filhos, passa a ser responsabilizada pelo sustento familiar pois não tem mais marido ou companheiro morando no mesmo domicílio e precisa manter a si e a seus filhos.

Com isso, essas mulheres acabam por ingressar no tráfico devido a uma vulnerabilidade social e econômica que as conduzem por buscar fontes alternativas de renda, ainda que ilegais, uma vez que a subsistência de sua família e a tentativa de superação da

exclusão social é o mais importante. Isso ficou comprovado no diagnóstico com perspectiva de gênero e atendimento das mulheres privadas de liberdade do Estabelecimento Penal Feminino “Irmã Irma Zorzi” (EPFIIZ), realizado pelo Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) e Coordenadoria de Pesquisas e Estudos (CPES) da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, pois 90% das entrevistadas disseram que eram responsáveis pelo sustento material de alguém, e 56,11% afirmaram que os dependentes seriam seus próprios filhos.

Aparenta, então, que os juízes estão usando do livre arbítrio conferido pelo habeas corpus coletivo para amparar uma decisão prévia do mérito, pois negam a medida às mães que teriam direito a substituição da prisão preventiva nos termos da lei com base no cometimento, teoricamente, de delitos indignos desse benefício. Não obstante, agora cabe evidenciar o outro objetivo principal da pesquisa, que consiste em como os magistrados lidaram com a situação da COVID-19 entre março de 2020 a março de 2021. Pois bem, das 41 decisões proferidas, apenas 20 discorreram sobre e todas foram porque os defensores das mulheres encarceradas preventivamente pleitearam pela concessão do benefício levando em consideração a pandemia.

Destaca-se que os 20 acórdãos tiveram o mesmo entendimento como base para formular o veredito, e a usar como exemplo o Habeas Corpus Criminal - No 1403274- 79.2020.8.12.0000 de relatoria do desembargador José Ale Ahmad Netto, foi transcorrido abaixo breve trecho da decisão:

E no presente caso, inexistente até o presente momento, informação específica de que o paciente esteja sob risco de contágio da pandemia no local onde encontra-se custodiado, do qual não se tem informação sobre possíveis contaminações do COVID-19 de qualquer dos outros segregados definitivos ou provisórios. Não também, qualquer informação de que o paciente também se enquadre em grupo de risco, nem acometido de enfermidades crônicas, imunossupressoras, respiratórias ou que possa ensejar agravamento do seu estado de saúde. (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1403274-

Nessa toada, resta claro que a garantia da pessoa presa provisoriamente no que tange ao seu direito fundamental à saúde, não é relevante para o Estado, visto que uma das medidas mais tomadas para prevenir e controlar o coronavírus no início da pandemia, foi o distanciamento social, portanto o mesmo deveria ao menos ser considerado, mesmo que não haja informações possíveis sobre contaminações do COVID-19 no ambiente prisional, pois é do saber de todos que as primeiras medidas de recolhimento residencial, buscava prevenir a contaminação, antes mesmo alguém no ambiente testar positivo para o vírus.

Contudo, vindo de um sistema de justiça punitivista, já era esperado tal posicionamento do judiciário, ainda mais quando em relação a aplicabilidade de direitos concedidos a mulheres, visto que os marcadores de gênero contribuem para que o acesso a esses permaneça excludente e limitado. Como já muito elucidado neste trabalho, Ana Gabriela Mendes Braga demonstra que por se tratar de um sistema machista, hierarquizado, que privilegia a perspectiva masculina, a prisioneira alternaria entre dois papéis diametralmente opostos na representação da feminilidade: o papel de mãe e o de criminosa. A primeira evoca a maternidade como vocação natural da mulher, a segunda apresenta o crime como desvio das expectativas sociais e morais que pesam sobre o sexo feminino.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, há vários pontos conclusivos que se pode chegar ao estudar a realidade das mães encarceradas. Ao adentrar no âmbito da discussão de gênero verifica-se a existência de uma desigualdade e dentro do cárcere esse estigma em relação ao sexo feminino se intensifica ainda mais.

Com isso, o problema se agrava, uma vez que a população prisional feminina atual é composta por um perfil de mulheres

predominantemente negras, de baixa renda, que buscam o sustento de sua casa através do tráfico, cuja qualificação criminal é a que mais prevalece nas pesquisas encontradas, isso devido a lógica punitiva da política de drogas.

Ocorre que, não bastasse todo esse contexto, o transtorno se estende ainda mais no que tange no cumprimento da pena no cárcere pois o delito cometido por uma mulher é tido como quebra de expectativa da sociedade perante seu papel feminino, o fardo é bem mais pesado. Na história das prisões, vemos que este é um sistema desenvolvido e voltado para homens, pois o patriarcado perpetua a mulher como “transgressora”, a violenta quando a torna totalmente invisível dentro de suas próprias instituições prisionais, que deveriam propiciar no mínimo suas necessidades mais básicas.

Fica claro que a concessão do Habeas Corpus Coletivo 143.641 teve por objetivo proteger as mães, puérperas e gestantes, que cumprem prisão preventiva em situação degradante, mesmo diante da existência de soluções mais humanitárias, previstas na legislação brasileira vigente. Entretanto, esse benefício das mulheres abarcadas pelas hipóteses legais, onde o bem jurídico tutelado está para além da mulher encarcerada pois atinge outro indivíduo que se encontra vulnerável, ainda é constantemente violado, por mais que seja um direito garantido a essas mulheres nas situações elencadas visto que ainda há tamanha resistência pelo judiciário, conforme demonstrou a pesquisa.

Portanto, conclui-se pelo reconhecimento de uma vulnerabilidade espinhosa da mulher, antes, durante e no próprio cárcere. Primeiramente verifica-se sua vulnerabilidade de gênero socialmente (antes), depois no âmbito criminal, visto que o tráfico de drogas vem como saída para sobrevivência própria e dos seus, o que propicia a seletividade penal do sistema (durante) e no encarceramento, a desigualdade continua se reproduzindo, tendo em vista que a mulher e mãe encarcerada sempre será lembrada pela sua condição de “criminosa”.

Sendo assim, o que se verifica dos fatos supracitados é a imprescindibilidade da implementação de políticas públicas voltadas ao perfil estudado, bem como discussões para conscientização, quando se diz respeito ao aspecto social. Agora, no que tange a privação da liberdade, o que deve ser combatido é o discurso punitivista, visto que serve como base para tais prisões, bem como busca-se o efetivo cumprimento das legislações existentes com o devido recorte de gênero, principalmente no que concerne à implementação das penas alternativas ou substitutivas, como o Habeas Corpus aqui estudado.

Entende-se que o aprisionamento deve ser considerado como última *ratio*, pois além de economicamente inviável quando desnecessário, ao se tratar dessas mulheres encarceradas, há consequências prejudiciais tanto para mãe quanto para o filho, onde deve-se priorizar o bem-estar da criança, sendo que o papel da mãe precisa ser analisado de forma independente do crime cometido.

## REFERÊNCIAS

ANGOTTI, BRUNA. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus:** o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BARATTA, ALESSANDRO. **O paradigma do gênero:** da questão criminal à questão humana. In CAMPOS, Carmen Hein de. Org. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BRAGA, ANA GABRIELA MENDES. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. Revista Direito GV, v. 11, p. 523-546, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/qHnWZrVyx7xV9DQwr97rdZQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL, DECRETO-LEI No 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Institui Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www>.

planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 20/09/2022.

BRASIL, LEI No 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm) Acesso em: 20/09/2022.

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

BRASIL. LEI No 10.048, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2000. Dispõe sobre a prioridade de atendimento às pessoas específicas e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l10048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm). Acesso em: 9 abr.2022.

BRASIL. LEI No 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 5 abr.2022.

BRASIL. LEI No 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 9 abr.2022. 31

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP. Prisão Domiciliar. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. 24 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoHC143641.pdf> Acesso em:02/09/2022.

CARNELUTTI, FRANCESCO. **As misérias do processo penal**. Campinas, SP: Servanda, 2012.

DINIZ, D. **CADEIA: relatos sobre mulheres**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

ESPINOZA, OLGA. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FREIRE, M. D. A.; CORDAZZO, K. A maternidade e o cárcere: uma análise sobre a realidade prisional feminina e os danos da separação mãe-filho. **Revista Jurídica Direito, Sociedade E Justiça**, [S. l.], v. 9, n. 13, p. 1–27, 2022. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/6499> Acesso em: 12/09/2022.

GOFFMAN, ERVING. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2010.

HELPE, SINTIA SOARES. **Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

INFOPEN MULHERES - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2. ed. Brasília – DF, 2018.

LIMA, PAULO MARCO FERREIRA. **A mulher delinquente: algumas perguntas e algumas conclusões**. In *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, ROSALICE. **Prisioneiras de uma mesma história: o amor materno atrás das grades**. 245fls. Tese (doutorado em psicologia) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

MARTINS, FERNANDA. **Feminismos criminológicos**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

MEDEIROS, C. G. S. **Onde as filhas choram e ninguém vê: as implicações do encarceramento feminino nas maternidades sob o olhar da interseccionalidade**. 125 f. dissertação em pós-graduação – instituto latino-americano de arte, cultura e história (ilaach), programa de pós-graduação interdisciplinar em estudos latino-americanos (ppg iela), Foz do Iguaçu.

MENDES, SORAIA DA ROSA. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, C. B. **A mulher em situação de cárcere: uma análise à luz da criminologia feminista ao papel social da mulher condicionado pelo patriarcado**. 1 ed. Porto Alegre: Fi, 2017.

\_\_\_\_\_. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Todos pela amamentação. É proteção para a vida inteira**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/29-7-2021-opas->

destaca-importancia-participacao- toda-sociedade-na-promocao-  
do-aleitamento Acesso em: 20/09/2022.

QUEIROZ, NANA. **Presos que menstruam**. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

QUINTINO, SILMARA APARECIDA. Creche na prisão feminina do Paraná: humanização da pena ou intensificação do controle social do Estado? 170fls. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

RAMOS, J. M. C. Maternidade no cárcere: uma análise crítica sobre a prisão domiciliar e o Habeas Corpus no 143.641/SP. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, [S. l.], v. 11, n. 2, p. 161–176, 2019. Disponível em:<https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/94> Acesso em:06/09/2022.

SANTA RITA, ROSÂNGELA PEIXOTO. Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade humana. 180fls. Dissertação (Mestrado em Política social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

SPOSATO, KARYNA BATISTA. **Mulher e cárcere** – uma perspectiva criminológica. In Mulher e direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. TJMS. Apelação Criminal n. 0010181-86.2019.8.12.0001, Campo Grande, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 25/09/2020, p: 30/09/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus - No 1402982-65.2018.8.12.0000 - Campo Grande. Relator – Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. DJ: 05/04/2018. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-tj-ms-negando-substituicao.pdf>. Acesso em: 25/10/2022.

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1400029-26.2021.8.12.0000, Campo Grande, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 10/02/2021, p: 11/02/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1400065-68.2021.8.12.0000, Terenos, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 02/02/2021, p: 07/02/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1400258-83.2021.8.12.0000, Cassilândia, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Desa. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 26/02/2021, p: 04/03/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1400570-59.2021.8.12.0000, Campo Grande, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 09/02/2021, p: 11/02/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1400756-82.2021.8.12.0000, Campo Grande, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 05/03/2021, p: 09/03/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1400955-07.2021.8.12.0000, Rio Brillhante, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desa. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 12/03/2021, p: 16/03/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1401586-48.2021.8.12.0000, Plantão, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Desa. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 05/03/2021, p: 09/03/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1401712-98.2021.8.12.0000, Campo Grande, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 18/03/2021, p: 22/03/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1401723-30.2021.8.12.0000, Miranda, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 12/03/2021, p: 15/03/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1401726-82.2021.8.12.0000, Bandeirantes, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 11/03/2021, p: 15/03/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1402640-49.2021.8.12.0000, Bataguassu, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 19/03/2021, p: 23/03/2021

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1402924-91.2020.8.12.0000, Paranaíba, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 03/04/2020, p: 07/04/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1403274-79.2020.8.12.0000, Coxim, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 29/04/2020, p: 04/05/2020

\_\_\_\_\_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1403687-92.2020.8.12.0000, Camapuã, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 15/04/2020, p: 17/04/2020

\_\_\_\_\_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1404219-66.2020.8.12.0000, Campo Grande, 1a Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 04/05/2020, p: 06/05/2020

\_\_\_\_\_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1406728-67.2020.8.12.0000, Nova Alvorada do Sul, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 17/07/2020, p: 21/07/2020

\_\_\_\_\_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1407274-25.2020.8.12.0000, Ponta Porã, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 27/08/2020, p: 02/09/2020

\_\_\_\_\_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1408121-27.2020.8.12.0000, São Gabriel do Oeste, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Desa. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 10/07/2020, p: 15/07/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1408392-36.2020.8.12.0000, Ponta Porã, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Desa. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 24/07/2020, p: 29/07/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1408514-49.2020.8.12.0000, Campo Grande, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Desa. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 24/07/2020, p: 29/07/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1408586-36.2020.8.12.0000, Dourados, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 24/07/2020, p: 28/07/2020

\_\_\_\_\_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1409635-15.2020.8.12.0000, Coxim, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 03/09/2020, p: 11/09/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1410761-03.2020.8.12.0000, Campo Grande, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 04/09/2020, p: 14/09/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1411238-26.2020.8.12.0000, Campo Grande, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 25/09/2020, p: 30/09/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1411333-56.2020.8.12.0000, Ribas do Rio Pardo, 1a Câmara Criminal, Relator (a): Desa Elizabete Anache, j: 28/09/2020, p: 01/10/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1411351-77.2020.8.12.0000, Campo Grande, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 18/09/2020, p: 22/09/2020

\_\_\_\_\_. \_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1412332-09.2020.8.12.0000, Agua Clara, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 05/10/2020, p: 08/10/2020

\_\_\_\_\_. \_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1412984-26.2020.8.12.0000, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 03/11/2020, p: 05/11/2020

\_\_\_\_\_. \_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1413483-10.2020.8.12.0000, Campo Grande, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 13/11/2020, p: 16/11/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1413496-09.2020.8.12.0000, Campo Grande, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 12/11/2020, p: 16/11/2020

\_\_\_\_\_. \_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1413755-04.2020.8.12.0000, Ribas do Rio Pardo, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 18/11/2020, p: 22/11/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1414885-29.2020.8.12.0000, Anastácio, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 29/11/2020, p: 01/12/2020

\_\_\_\_\_. \_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1414887-96.2020.8.12.0000, Paranaíba, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 29/11/2020, p: 01/12/2020

\_\_\_\_\_. \_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1414938-10.2020.8.12.0000, Maracaju, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 29/11/2020, p: 01/12/2020

\_\_\_\_\_. TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1415440-46.2020.8.12.0000, Costa Rica, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 12/12/2020, p: 15/12/2020

\_\_\_\_\_. \_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1415856-14.2020.8.12.0000, Anastácio, 2a Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 10/02/2021, p: 11/02/2021

\_\_\_\_\_. \_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1415901-18.2020.8.12.0000, Miranda, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Desa. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 10/12/2020, p: 14/12/2020

\_\_\_\_\_. \_TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1416850-42.2020.8.12.0000, Coxim, 3a Câmara Criminal, Relator (a): Desa. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 21/01/2021, p: 25/01/2021

VARELLA, DRAUZIO. **Prisioneiras**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VITAL, DANILO. Com brecha do Supremo, Tribunais resistem a aplicar HC Coletivo a mães presas. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/brecha-stf-tjs-resistem-Aplicarhccoletivo-maes-presas> Acesso em: 13/10/2022.

ZAFFARONI, EUGÊNIO RAÚL. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZEM, CÉLIA REGINA. **Maternidade na prisão**: análise e avaliação das relações de apego entre filhos e mães encarceradas. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2020.



# **O TRATAMENTO DAS PESSOAS SURDAS E COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA NO CURSO DA PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE DA RECOMENDAÇÃO Nº81/2020 DO CNJ**

Danielle de Rezende Gimenes  
João Paulo Calves  
Jeferson Borges dos Santos Júnior  
Jodascil Gonçalves Lopes

## **INTRODUÇÃO**

Ao tratar acerca da comunidade surda frente ao sistema prisional brasileiro, se faz necessário identificar os procedimentos iniciais e básicos para o tratamento dessas pessoas, verificando se as disposições trazidas pela Recomendação nº 81/2020 do CNJ estão sendo executadas de forma efetiva em sua totalidade. Esses procedimentos abrangem desde a presença do profissional especializado Tradutor Intérprete de Língua de Sinais até o atendimento por videoconferência para acompanhamento profissional, para que a língua materna dessa comunidade esteja em evidência e garantia.

A identificação da pessoa surda, vem de forma expressa na normativa, para que a partir dessa identificação sejam adotadas as premissas fundamentais de atendimento, garantindo a acessibilidade linguística do indivíduo surdo. Partindo da identificação do sujeito surdo, bem como considerando os procedimentos abarcados na própria recomendação do CNJ, ao analisar o curso do processo acusatório, é possível ter uma visão geral que pode ser embasada na desinformação desde os primeiros atendimentos da pessoa surda, até os procedimentos finais de sentença e trânsito em julgado do feito.

A normativa traz uma sequência de ações a serem tomadas assim que se realiza a identificação da pessoa surda. O que ocorre é que pouco se utiliza dessa normativa e os atendimentos em sua maioria não são realizados partindo das recomendações documentadas. Assim, a inclusão não ocorre de forma efetiva e passamos a ter uma espécie de acessibilidade velada, trazendo sérios prejuízos à persecução penal quando o réu ou a vítima são pessoas surdas. Quando partimos do viés abarcado pela recomendação nº 81/2020 do CNJ em consonância com a Lei 10.436/02 e 5.626/05 que preveem os direitos fundamentais das pessoas deficientes auditivas e surdas, é indispensável que haja uma reflexão acerca da efetividade das ações propostas e em caso negativo, quais as possíveis soluções para essa problemática.

O estudo baseia-se em referenciais teóricos, sendo então caracterizada como uma pesquisa referencial bibliográfica, promovendo subsídios teóricos e reflexivos no que concerne ao papel do advogado, quanto representante da pessoa surda e/ou deficiente auditiva. Da mesma forma, conscientizar a comunidade surda ao que se refere aos seus direitos fundamentais a comunicação e procedimentos processuais, garantindo uma representação efetiva dentro dos Tribunais de Justiça.

Considerando que a pesquisa tem como base a análise bibliográfica de diferentes teóricos da área da inclusão e acessibilidade da pessoa surda, bem como dos conceitos básicos acerca da persecução penal, o método hipotético dedutivo é o adotado na elaboração deste artigo. As informações relevantes tratadas nesse artigo, darão um norte conclusivo acerca da promoção da inclusão efetiva da recomendação nº 81/2020 do CNJ e por abranger uma abordagem que utiliza tanto métodos qualitativos quanto quantitativos para coletar e analisar dados, essa pesquisa além de hipotético dedutiva, é quali quantitativa, vez que combina a coleta de dados descritivos e narrativos com a análise estatística, buscando compreender o fenômeno da inclusão de forma mais abrangente e detalhada.

Quando se inicia o debate acerca da inclusão das pessoas surdas perante os Tribunais de Justiça do nosso país, surgem inúmeras questões e desafios que merecem ser abordados de maneira mais aprofundada. Esta pesquisa visa explorar essas questões de forma fundamentada, oferecendo uma análise mais abrangente e detalhada do tema.

No primeiro capítulo, foi descrito conteúdo para compreender e examinar os conceitos relacionados à produção de provas orais no âmbito do Direito Processual Penal. A partir desse embasamento teórico, busca-se promover uma reflexão crítica sobre a situação das pessoas surdas dentro desse contexto específico. Considerando a importância das provas orais como instrumento crucial para a busca da verdade e a garantia do devido processo legal, é imprescindível abordar os direitos adquiridos e garantidos às pessoas surdas. Nesse sentido, esta pesquisa se apoia em diversos teóricos renomados e tem como base principal a orientação no 81/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Tal orientação versa sobre ações e procedimentos no âmbito da persecução penal, reconhecendo e abordando a pessoa surda tanto como réu quanto como vítima.

Ao se aprofundar nesse arcabouço teórico e normativo, é possível identificar as lacunas existentes no sistema judiciário em relação à inclusão e participação efetiva das pessoas surdas nos processos judiciais. Por meio dessa pesquisa, busca-se contribuir para a promoção de uma justiça mais acessível e igualitária, visando garantir que as pessoas surdas possam exercer plenamente seus direitos e ter sua voz ouvida nos Tribunais de Justiça do país.

No segundo capítulo deste estudo, buscou-se estabelecer um parâmetro real de compreensão por meio da distinção fundamental entre a pessoa surda e a pessoa com deficiência auditiva. Essa diferenciação é essencial para uma abordagem mais precisa dos direitos inerentes a cada indivíduo, bem como para compreender e abordar adequadamente as necessidades específicas relacionadas à Língua de Sinais.

É necessário compreender que ser surdo e ter deficiência auditiva são condições distintas, com características próprias que impactam a forma como essas pessoas se comunicam e interagem com o mundo ao seu redor. Essa distinção é importante para garantir que as políticas e práticas sejam adequadas e abrangentes, considerando as necessidades de cada grupo.

Além disso, o capítulo também aborda a identificação da pessoa surda, fornecendo diretrizes claras para que seja possível identificar e reconhecer adequadamente as pessoas surdas, levando em consideração tanto os aspectos linguísticos quanto culturais relacionados à comunidade surda. Essa identificação correta é um passo fundamental para a implementação das demais orientações e diretrizes contidas na normativa, de modo a garantir a igualdade de direitos e oportunidades para as pessoas surdas.

Portanto, o segundo capítulo deste estudo oferece uma base sólida para compreender as diferenças entre pessoa surda e pessoa com deficiência auditiva, destacando os direitos específicos de cada grupo e fornecendo orientações claras sobre a identificação e abordagem adequada da pessoa surda. Essas informações são essenciais para a efetivação das políticas e práticas que visam promover a inclusão e garantir o pleno exercício dos direitos das pessoas surdas na sociedade.

No terceiro e último capítulo desta pesquisa, é o momento de refletir sobre os conceitos esclarecidos nos capítulos anteriores, à luz da Orientação no 81/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Neste ponto, busca-se obter uma visão geral do cenário enfrentado pela comunidade surda no contexto da persecução penal, reconhecendo que somente por meio do acesso à informação e do respeito às diretrizes estabelecidas na normativa é possível garantir a plena acessibilidade linguística.

A Orientação no 81/2020 do CNJ é uma referência fundamental para a promoção da acessibilidade e o respeito aos direitos da comunidade surda no âmbito da persecução penal. Ela estabelece diretrizes claras e abrangentes para garantir a comunicação efetiva

entre os surdos, os profissionais do sistema de justiça e as demais partes envolvidas nos processos criminais.

Ao analisar o cenário enfrentado pela comunidade surda na perseguição penal, torna-se evidente a importância do acesso à informação em sua língua materna, a Língua de Sinais. Por meio dessa abordagem linguística adequada, é possível assegurar que os surdos tenham pleno entendimento dos procedimentos jurídicos, possam se expressar de maneira eficaz e participar ativamente de todo o processo.

A garantia da acessibilidade linguística para os surdos na perseguição penal não se resume apenas à presença de um tradutor/intérprete de Língua de Sinais. É necessário também considerar a disponibilidade de recursos tecnológicos, como videoconferências com tradução em tempo real, para facilitar a comunicação e garantir a compreensão dos surdos. Além disso, é preciso promover a sensibilização e a capacitação dos profissionais do sistema de justiça para que compreendam as necessidades específicas da comunidade surda e possam atender de forma adequada às suas demandas.

Portanto, ao avaliar o cenário enfrentado pela comunidade surda na perseguição penal, torna-se evidente que a aplicação efetiva da Orientação nº 81/2020 do CNJ é fundamental para garantir a plena acessibilidade linguística. Somente por meio do acesso à informação em sua língua materna e do cumprimento das diretrizes estabelecidas na normativa, é possível assegurar que os direitos da comunidade surda sejam respeitados e que sua participação efetiva no processo de justiça seja garantida.

A priori, será realizada análise detalhada dos conceitos base, bem como dos sujeitos impactados pela normativa, explorando as origens e o desenvolvimento do tema em questão ao longo do tempo. Essa investigação permitirá uma compreensão mais profunda das bases e dos contextos que moldaram a área de estudo, estabelecendo uma sólida base para a análise atual.

Ao identificar as problemáticas relacionadas ao tema em estudo, a pesquisa buscará identificar questões fundamentais e lacunas no conhecimento existente. Esses problemas serão o ponto de partida para a busca de respostas por meio da análise da literatura existente, serão exploradas diversas abordagens, teorias e perspectivas, com o objetivo de obter respostas fundamentadas e bem embasadas.

Durante todo o processo de pesquisa, serão utilizadas fontes confiáveis e relevantes, como artigos científicos, legislação vigente, livros, dissertações, teses e relatórios de pesquisa. Além disso, serão empregadas técnicas de análise de dados qualitativos, como a síntese interpretativa, para organizar e interpretar as informações coletadas de maneira geral.

Dessa forma, a pesquisa bibliográfica tem como objetivo proporcionar uma abordagem abrangente, atualizada e crítica do tema em estudo. Por meio da revisão histórica, atualização, busca por respostas e discussão de paradoxos, espera-se contribuir para o avanço do conhecimento nessa área específica, fornecendo insights valiosos para pesquisadores, profissionais e todos os interessados no assunto.

## **PRODUÇÃO DE PROVAS ORAIS NO PROCESSO ACUSATÓRIO**

A produção de provas no processo penal é um elemento essencial para a busca da verdade dos fatos e a garantia do direito de defesa do acusado. A finalidade da produção de provas é esclarecer os fatos que levaram à acusação, demonstrando a existência ou não de elementos suficientes para a condenação. No processo penal, a produção de provas pode ser realizada por diversas formas, como depoimentos de testemunhas, perícias, juntada de documentos, interrogatórios, dentre outros meios. Cabe ao juiz, por sua vez, avaliar a relevância e a pertinência das provas produzidas, podendo determinar a sua produção de ofício ou a pedido das partes.

É importante destacar que, no processo penal, as provas devem ser produzidas de forma lícita, ou seja, sem violação de direitos fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade. As provas ilícitas são proibidas, conforme o princípio da exclusão das provas obtidas por meio ilícito, previsto no artigo 5º, LVI da Constituição Federal. Desta forma, tomando por base a obra de Luiz Flávio Gomes (2008, s/p)

O direito à prova conta, efetivamente, com várias limitações. Não é um direito ilimitado. Com efeito, (a) a prova deve ser pertinente (perícia impertinente: CPP, art. 184; perguntas impertinentes: CPP, art. 212; Lei 9.099/95, art. 81, 1o); (b) a prova deve ser lícita (prova obtida por meios ilícitos não vale); (c) devem ser observadas várias restrições legais: art. 207 (direito ao sigilo), 479 (proibição de leitura de documentos ou escritos não juntados com três dias de antecedência) etc.; (d) e ainda não se pode esquecer que temos também no nosso ordenamento jurídico várias vedações legais (cartas interceptadas criminosamente: art. 233 do CPP) e constitucionais (provas ilícitas, v.g.). De outro lado, provas cruéis, desumanas ou torturantes, porque inconstitucionais, também não valem. Não é admitida a confissão mediante tortura, por exemplo.

Outro aspecto relevante na produção de provas no processo penal é o contraditório, que é a garantia do direito das partes de se manifestarem sobre as provas produzidas. Assim, o acusado tem o direito de contestar as provas apresentadas pelo Ministério Público e de produzir suas próprias provas, visando a demonstração de sua inocência ou a atenuação da sua culpa.

Nesse viés, é importante ressaltar que a produção de provas deve ser conduzida com observância aos princípios da oralidade, da publicidade e da ampla defesa, garantindo o direito das partes de participarem ativamente do processo e de influenciarem na formação do convencimento do juiz, para que não versem sob o véu da ilicitude, como denota Fernando Capez em sua obra (2011).

As provas ilícitas constituem-se uma violação ao direito material e ocorrem no instante de sua colheita. As provas ilegítimas, por sua vez, infringem normas de direito processual e a violação se dá no exato momento em que são

introduzidas ao processo. Geralmente, surgem na ocasião em que são produzidas no processo e, por isso, são chamadas de endo ou intraprocessual.

No que tange o próprio Código Processual Penal, há uma espécie de regramento elencado para a produção de provas durante o processo acusatório, dentre elas, é relevante destacar:

a) Ônus da prova: O ônus de provar a acusação é do Ministério Público, enquanto o ônus de provar a defesa é do acusado; b) Liberdade na produção de provas: As partes têm liberdade para produzir provas, desde que respeitem as disposições legais; c) Meios de prova: São considerados meios de prova no processo penal brasileiro: depoimento pessoal, confissão, testemunhas, documentos, perícia, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, busca e apreensão, interceptação telefônica e outros meios admitidos em lei; d) Provas ilícitas: São consideradas ilícitas as provas obtidas por meio de violação de direitos fundamentais, como a invasão de domicílio sem mandado judicial, a tortura e a obtenção de confissão mediante violência ou grave ameaça. Essas provas são consideradas nulas e não podem ser utilizadas no processo; e) Valor probatório: O valor probatório de cada prova é avaliado pelo juiz, que pode decidir dar mais ou menos peso a cada uma delas; f) Contraditório e ampla defesa: As partes têm o direito de participar da produção de provas e contestar as provas apresentadas pela outra parte, garantindo o princípio do contraditório e ampla defesa; g) Princípio da verdade real:

O processo penal deve buscar a verdade real dos fatos, ou seja, a verdade dos acontecimentos, para que se possa aplicar a lei de forma justa e correta. Quando pensamos acerca da produção de provas orais no âmbito da persecução penal, é salutar ressaltar que essa é uma das formas mais importantes de se obter informações relevantes em um processo criminal. No Direito Processual Penal, as provas orais são aquelas obtidas por meio de depoimentos e testemunhos prestados por pessoas que tenham algum conhecimento sobre o fato objeto da investigação ou do processo.

Essas provas são produzidas perante o juiz da causa, que tem a função de ouvir as testemunhas, inquirir os depoentes e conduzir o interrogatório do acusado, caso haja necessidade. É importante destacar que a produção de provas orais deve ser realizada de forma

imparcial, garantindo-se aos envolvidos o direito de defesa e o contraditório.

A prova oral é considerada um meio de prova importante, pois permite ao juiz avaliar não apenas as palavras, mas também a forma como as testemunhas e o acusado se comportam diante das perguntas e respostas. É possível analisar a sinceridade e a veracidade das informações prestadas, bem como a capacidade de memória e observação dos depoentes, conforme corrobora Renato Brasileiro de Lima (2016, s/p):

ainda que determinada pessoa tenha sido ouvida na fase investigatória, seja no curso de um inquérito, seja durante um procedimento investigatório criminal, presidido pelo Ministério Público, seu depoimento deverá ser reproduzido em juízo, a fim de se fazer observar os princípios do contraditório e da ampla defesa

Para garantir a lisura da produção de provas orais, é fundamental que sejam observados alguns princípios, como o da oralidade, que exige que os depoimentos sejam prestados verbalmente perante o juiz; o da publicidade, que prevê que as audiências sejam públicas e que os interessados possam assistir aos depoimentos; e o da imediatidade, que determina que o juiz deve presenciar o depoimento, permitindo uma melhor avaliação da prova.

Vale destacar ainda que a produção de provas orais não é a única forma de obtenção de provas no processo penal. Existem outras formas de produção de prova, como a documental, a pericial e a testemunhal, que também são muito importantes e podem ser utilizadas de forma complementar às provas orais. O objetivo é sempre buscar a verdade dos fatos, garantindo a justiça e o respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos.

Ao tratarmos dos direitos fundamentais dos envolvidos, passamos a refletir acerca da pessoa surda, que na condição de vítima, réu ou testemunha, deve ter direito a acesso linguístico garantido, por meio da Língua Brasileira de Sinais, que será tratada nesta pesquisa, como língua materna. Pessoas surdas têm direito à acessibilidade em

todos os âmbitos da sociedade, inclusive no âmbito judicial. Isso significa que o processo judicial deve ser acessível para a pessoa surda, garantindo-lhe igualdade de oportunidades e tratamento justo, conforme versa o artigo 192 do Código de Processo Penal Brasileiro. Desta forma, compreende -se que a acessibilidade linguística é uma garantia enquadrada em seus direitos fundamentais, tendo características de indisponibilidade e inalienabilidade: Segundo Ferrajoli, (Apud por PIMENTEL; PIMENTEL, 2018, p.9)

a inalienabilidade baseia-se no fato de que os direitos fundamentais são normativamente direitos de toda a coletividade, por isso não são alienáveis ou negociáveis, já que correspondem a prerrogativas não contingentes e inalteráveis de seus titulares e a outros tantos limites e vínculos inarredáveis para todos os poderes, tanto públicos como privados.

Para garantir a efetividade desse direito, é necessário que o sistema judicial disponibilize tradutores intérpretes de Libras (Língua Brasileira de Sinais) para que a pessoa surda possa compreender e se fazer compreender durante o processo. O tradutor intérprete de Libras tem o papel de interpretar as falas do juiz, dos advogados e das testemunhas para a língua de sinais e, também, de traduzir a língua de sinais para o português falado, de forma que a pessoa surda possa acompanhar todo o processo.

Além disso, é possível que o sistema judicial disponibilize recursos tecnológicos para facilitar a comunicação entre a pessoa surda e os profissionais envolvidos no processo, um exemplo disso é a utilização de videoconferência com tradução e interpretação simultânea em Libras ou disponibilizar transcrições em tempo real para que a pessoa surda possa acompanhar o que está sendo dito.

As pessoas surdas podem ser partes em processos jurídicos como qualquer outra pessoa, independentemente de sua ausência auditiva. No entanto, pode ser necessário fazer alguns ajustes para permitir que a pessoa surda participe plenamente como parte processual, é importante que sejam tomadas medidas para garantir que a pessoa

surda tenha acesso a um processo justo e que possa compreender as informações e participar plenamente do processo judicial.

Quando se analisam as garantias linguísticas do sujeito surdo, pode-se pensar primordialmente na presença do Tradutor Intérprete de Língua de Sinais, vez que esse profissional é de extrema relevância para a pessoa surda durante todo o processo judicial, para que possa entender e se comunicar de forma adequada. O intérprete pode ser utilizado para traduzir as declarações da pessoa surda para a língua oral, bem como para traduzir o que é dito na língua oral para a língua de sinais para a pessoa surda; ainda, é válido refletir acerca de documentos em formatos acessíveis, uma vez que quando pensamos nos documentos relevantes, incluindo petições, decisões judiciais, depoimentos e outras comunicações, devem ser fornecidos em formatos acessíveis para a pessoa surda.

Ainda, é salutar pensar no treinamento adequado para profissionais, os profissionais envolvidos no processo judicial, como juízes, advogados e funcionários do tribunal, devem receber treinamento adequado sobre como lidar com casos envolvendo pessoas surdas. Isso pode incluir treinamento sobre língua de sinais e outras formas de comunicação com pessoas surdas, ao mesmo passo que avaliamos o acesso à tecnologia, à pessoa surda pode ser fornecida a tecnologia assistiva, como tablets com recursos de tradução ou dispositivos de alerta visual, para ajudá-los a entender e participar do processo judicial.

Em suma, as garantias linguísticas de uma pessoa surda em um processo judicial devem ser garantidas para que a pessoa possa compreender e participar plenamente do processo judicial, sem qualquer forma de discriminação ou exclusão.

## **CONCEITO BASE DE PESSOA SURDA E DEFICIENTE AUDITIVO**

No presente capítulo será abordado o conceito base de surdez e de pessoa surda, bem como especificar a diferença entre surdo e

deficiente auditivo, para que a partir de então, possamos traçar as problemáticas existentes no contexto jurídico para com essa comunidade com base em teóricos como Audrei Gesser (2009) e Ronice Müller de Quadros (2006).

Tomando por base os conceitos trabalhados pela OMS, quando se diz a respeito da pessoa com deficiência auditiva, refere-se a pessoa que possui a capacidade de ouvir reduzida, seja de forma unilateral ou bilateral. Porém, essa redução, ainda que severa, permite que o sujeito mantenha a sua comunicação por meio da língua oral, mesmo que se utilize de aparelhos auditivos. Dessa forma, compreende-se então que não há uma dependência da Língua de Sinais para efetivar a comunicação, pois essa se dá por meio da língua portuguesa modalidade oralizada.

Considerando a obra de Audrei Gesser (2009), é possível compreender que a pessoa surda é aquela que não houve em decorrência de uma ausência considerável da audição e se comunica de forma visual, tendo a Língua de Sinais como sua principal forma de comunicação. Compreendo que a Língua de Sinais é a língua natural da pessoa surda, tratada aqui como língua materna, que chamaremos de L1, sendo então a Língua Portuguesa a L2. Ao que se refere ainda a obra de Gesser (2009), é sempre necessário garantir a comunicação da pessoa surda, respeitando a sua L1, ou seja, a Língua de Sinais.

Para simplificar a compreensão desse contexto comunicativo, se faz necessário pensar no ensino da Língua Inglesa para um ouvinte: a L1 desse ouvinte, é a Língua Portuguesa, e em dado momento, esse ouvinte vai aprender uma L2, no caso, a Língua Inglesa. Todos os parâmetros de língua e comunicação desse ouvinte estão baseados na sua L1. No momento de fazer uma construção gramatical, esse ouvinte vai buscar recursos na sua L1. Registrar se essa mesma situação instaurada com a pessoa surda: ela aprende a se comunicar em sua L1, a Língua de Sinais, e quando vai aprender uma L2, no caso, a Língua Portuguesa, todos seus parâmetros se baseiam na Língua de Sinais. E é exatamente por isso, que quando se trata da

comunicação que precisa existir para tornar a justiça acessível, não se pode contar somente com a Língua Portuguesa modalidade escrita, é necessário oferecer muito além da comunicação escrita.

Ao partir das premissas tratadas por Skliar (2015) é possível vislumbrar que em nossa sociedade, a comunicação por língua oral é tratada como prioritária, deixando a comunicação gesto-visual em segundo plano, trazendo diversas consequências diretas para a comunidade surda, consequências que aqui trataremos de forma negativa, visto que o uso exclusivo da língua oral, traz incontáveis prejuízos ao indivíduo surdo.

Essa realidade tem acarretado uma série de consequências diretas e negativas para a comunidade surda, as quais serão abordadas neste contexto, a fim de enfatizar a importância de não se limitar ao uso exclusivo da língua oral no contexto da surdez.

Ao focar a predominância da língua oral como forma de comunicação, são negligenciadas as necessidades e os direitos linguísticos dos indivíduos surdos, como é possível perceber na obra de Ronice Quadros, 2006. A sociedade, em geral, tende a favorecer a norma linguística dominante, que é a língua falada, em detrimento das línguas de sinais, que são utilizadas pela comunidade surda como sua língua materna e principal meio de comunicação. Essa preferência pelo oralismo impõe barreiras e limitações significativas à participação plena e igualitária dos surdos na vida social, educacional e profissional.

A exclusão da língua de sinais e a ênfase excessiva na oralidade trazem prejuízos consideráveis ao desenvolvimento cognitivo, emocional e social dos indivíduos surdos. A língua de sinais possui uma estrutura linguística própria, com gramática e sintaxe específicas, e é fundamental para o pleno desenvolvimento das habilidades comunicativas e cognitivas dos surdos, como é possível compreender no contexto da obra de Quadros, 2006. Ao negar-lhes o acesso a essa língua, estes são privados de uma ferramenta essencial para a construção do conhecimento e para a expressão de suas ideias e sentimentos de forma autêntica e completa.

Além disso, ao enfatizar a língua oral como único meio de comunicação, perpetua-se uma visão normativa e excludente da surdez. Ao considerar a surdez como uma deficiência a ser superada, há uma negação à diversidade linguística e cultural da comunidade surda, bem como sua identidade e história. A comunicação gestual-visual, por meio da língua de sinais, é um aspecto fundamental da cultura surda, e restringir seu uso é ignorar e desvalorizar essa rica forma de expressão e interação.

Portanto, é imprescindível reconhecer a importância da comunicação gesto-visual na vida dos surdos e promover uma abordagem mais inclusiva e equitativa, que valorize e respeite a língua de sinais como um direito humano fundamental. Isso envolve a implementação de políticas linguísticas e educacionais que garantam o acesso pleno à língua de sinais, bem como o reconhecimento e o apoio à identidade surda. Somente assim pode-se pensar em superar as consequências negativas da priorização da língua oral e construir uma sociedade mais justa, inclusiva e respeitosa para todos.

Quando se vislumbra sobre o direito de um sujeito a acesso de diversos serviços em sua própria língua, trata-se diretamente de conceitos relacionados intrinsecamente aos direitos fundamentais, inerentes à todas as pessoas, vez que somos todos resguardados pela Constituição Federal/88, pelo princípio da igualdade. Assim, compreende-se que essa garantia linguística está contida dentro do princípio da dignidade humana, vez que esse princípio está interligado com as necessidades mais individuais e vitais de uma pessoa. Tomando por base a obra de Alexandre de Moraes (2011) é válido ressaltar que a dignidade da pessoa humana diz respeito a uma manifestação extremamente singular e particular do indivíduo, corroborando para que se estabeleça um mínimo invulnerável que deve ser assegurado.

Ao tomar por base a obra de Ingo Wolfgang Sarlet (2019) é possível abarcar um conceito mais concreto acerca dos direitos fundamentais, sendo estes, sempre reconhecidos e positivados

resguardando uma relação harmônica entre cidadão e Estado, permitindo então que por meio de uma posição jurídica, o ser humano seja admitido com todas as suas singularidades e particularidades, tornando-o um ser altamente e reconhecidamente individual.

É salutar, frisar que o princípio da dignidade humana é um importante basilar da nossa CF e por isso norteia o nosso ordenamento jurídico, para que todos os cidadãos, sem distinção, possam viver em harmonia e equilíbrio, e considerando a pessoa surda e todas as suas necessidades reais, é preciso que tenhamos o conceito de igualdade de direitos alinhado para atendimento pleno da comunidade.

No momento em que se reflete acerca dos direitos fundamentais garantidos a todos os seres humanos e em todo o direito positivado para atendimento inclusivo da comunidade surda, surge o questionamento se realmente essa comunidade está incluída da forma mais viável. Atualmente, existem diversos aplicativos de “tradução e interpretação” em Língua de Sinais, porém, é necessário frisar que normalmente, esses aplicativos não levam em consideração a variação linguística existente, causando quase sempre uma falha na comunicação e no entendimento da pessoa surda.

Com base na obra de Liliane Assumpção Oliveira (2011) a Língua de Sinais é reconhecida como língua no Brasil, por meio do decreto 5.626/05, possuindo gramática e estrutura próprias, bem como todas as particularidades existentes na organização linguística, incorrendo ainda as variações linguísticas, gírias e expressões idiomáticas por região, reafirmando a necessidade do Profissional Tradutor Intérprete de Libras, em vez de somente o atendimento via aplicativo.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2010) no que tange a conceituação de pessoa com deficiência (para que se possa enquadrar a pessoa surda nesse cenário), observa-se que:

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU/2007) ratificada pelo Brasil traz a definição: pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. - Pessoas com deficiência auditiva foram assim classificadas quando tiveram "alguma dificuldade", "grande dificuldade" ou "não conseguiam de modo nenhum" como respostas para a pergunta "tem dificuldade permanente de ouvir? (se utiliza aparelho auditivo, faça sua avaliação quando o estiver utilizando)" INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo Brasileiro de 2010.

Pensando na questão quantitativa, fazemos um comparativo numérico para que seja possível visualizar o aumento expressivo de pessoas surdas no nosso país. Considerando esse aumento contabilizado até o censo do ano de 2010 (última atualização), é possível vislumbrar que até os dias de hoje, ainda obteremos um número maior de pessoas que se comunicam por meio da língua de sinais como língua primária e que necessitam de seus direitos fundamentais de acesso linguístico garantidos.

Quadro 1 – Representação no período de 10 anos.

CENSO 2000	CENSO 2010
169.799170 habitantes 24.600,256 de deficientes (= 14,5%)	190.732.694 habitantes 45.606,048 de deficientes (= 23,9%)
<b>Categoria: Deficiência auditiva</b>	<b>Categoria: Deficiência auditiva</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incapaz de ouvir – 166.365</li> <li>• Com alguma ou grande incapacidade de ouvir – 883.079</li> <li>• Dificuldade permanente de ouvir – 4.685.655</li> <li>• Surdos – 5.735.099 mil</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Não consegue de modo algum – 347.481</li> <li>• Grande dificuldade – 1.799.885</li> <li>• Alguma dificuldade – 7.574.797</li> <li>• Surdos – 9.722.163 mil</li> </ul>

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo Brasileiro de 2010.

A comunidade surda, em que se enquadram pessoas surdas e com deficiências auditivas em todos os seus níveis, como já tratado supra, tem todo um histórico de busca pelas garantias de seus

direitos fundamentais, e considerando os princípios resguardados pela Constituição Federal/88, é necessário fazer uma breve reflexão desse contexto em situações específicas.

## **A PESSOA SURDA E O DIREITO À INCLUSÃO**

Tomando por base a Lei 10.436/02 e o Decreto 5.626/05 e todas as garantias fundamentais inerentes à pessoa surda e deficiente auditiva, é salutar considerar que o direito ao acesso linguístico deve ser total e pleno em todos os ambientes de convívio e necessidade. Dessa forma, a função do Tradutor Intérprete de Língua de Sinais é de extrema relevância nesse processo de garantias de direitos, para que haja também o cumprimento de deveres, considerando a compreensão devida nesse aspecto. Todas as informações e fases da persecução penal, devem ser acompanhadas por profissional Tradutor Intérprete, para que o sujeito surdo tenha o mesmo acesso que o sujeito ouvinte. Esse atendimento que garante o acesso linguístico deve ocorrer de forma preferencialmente presencial e por profissional especializado conforme prevê a recomendação nº81/2020 do CNJ.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão (Lei no 13.146/2015), é uma legislação importante que garante uma série de direitos e proteções para as pessoas com deficiência no Brasil. Esse estatuto também aborda os direitos específicos das pessoas surdas levando em consideração suas necessidades e particularidades.

Uma das garantias mais relevantes é o acesso à comunicação. O Estatuto assegura o direito da pessoa surda à comunicação, estabelecendo que o Estado deve garantir o acesso a serviços de comunicação e informação em formatos acessíveis. Isso inclui a disponibilidade da Língua Brasileira de Sinais (Libras), bem como o uso de recursos como legenda, *closed caption* e audiodescrição.

Além disso, o estatuto trata da educação inclusiva para as pessoas surdas. Ele estabelece que essas pessoas têm direito à

educação em todos os níveis, desde a educação infantil até o ensino superior. Isso significa que as instituições de ensino devem oferecer recursos e suportes adequados para que a pessoa surda possa aproveitar plenamente o processo educacional. Isso inclui a presença de intérpretes de Libras e a adoção de práticas pedagógicas inclusivas.

No âmbito do trabalho e emprego, o estatuto garante a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para as pessoas surdas, proibindo qualquer forma de discriminação baseada na deficiência. As empresas também são incentivadas a promover a inclusão dessas pessoas, proporcionando adaptações e acessibilidade necessárias no ambiente de trabalho, além da contratação de intérpretes de Libras, quando necessário.

No que diz respeito ao acesso à justiça, que é o foco principal dessa pesquisa, o estatuto estabelece que a pessoa surda tem direito a ser ouvida e a se comunicar durante todo o processo judicial. Isso implica na disponibilidade de meios de comunicação acessíveis, como intérpretes de Libras e recursos de tecnologia assistiva, para permitir a participação efetiva da pessoa surda em todos os procedimentos legais.

Por fim, o estatuto também aborda a saúde e assistência social das pessoas surdas. Ele determina que as políticas públicas nessas áreas devem contemplar as necessidades específicas desse grupo. Isso inclui a oferta de serviços de saúde e atendimento médico em Libras, a disponibilidade de profissionais de saúde capacitados nessa língua e a promoção de ações de prevenção, diagnóstico e reabilitação adequadas para essa população.

Esses são apenas alguns exemplos dos direitos garantidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência às pessoas surdas. É importante ressaltar que essa legislação busca promover a inclusão e a igualdade de oportunidades para todas as pessoas com deficiência, reconhecendo suas especificidades e necessidades individuais.

De acordo com a Lei 10.436/02, a Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS foi reconhecida e oficializada como língua no território

brasileiro, e vem abrindo caminhos para que as pessoas surdas sejam respeitadas e se integrem ao meio em que vivem. Entretanto, os ouvintes raramente têm conhecimento e domínio de LIBRAS (BRASIL, 2002).

Esse direito dos surdos se comunicarem em sua língua natural foi regulamentada pelo decreto no 5.626 de 22 de dezembro de 2005 concedendo à pessoa surda o direito de ter uma educação baseada em uma proposta bilíngue, que respeite a cultura, identidade e a língua de sinais. (BRASIL, 2005). Nesse viés, de acordo com Brito (2013, s/p):

As línguas de sinais são línguas naturais porque, como as línguas orais, surgiram espontaneamente da interação entre pessoas e porque devido à sua estrutura permitem a expressão de qualquer conceito - descritivo, emotivo, racional, literal, metafórico, concreto, abstrato - enfim, permitem a expressão de qualquer significado decorrente da necessidade comunicativa e expressiva do ser humano.

A modalidade da língua das pessoas surdas, é espaço-visual, de acordo com o Ministério da Educação (2006), “as línguas de sinais apresentam-se numa modalidade diferente das línguas orais-auditivas, são línguas espaços-visuais [...] por meio da visão e da utilização do espaço”. Portanto, essa diferenciação entre língua de sinais e língua oral, é óbvia e carregada de singularidades. No que diz respeito à aquisição da língua de sinais em segundo, Fernandes (2003, p. 30-31):

Assim, propiciar ao surdo a aquisição da língua de sinais como primeira língua é a forma de oferecer-lhe em meio natural de aquisição linguística, visto que se apresenta como língua na modalidade espaço-visual, não dependendo, portanto, da audição para ser adquirida.

Em relação a comunidade surda, segundo a Perlin (2006) afirma: Para o movimento surdo, contam as instâncias que afirmam a busca do direito do indivíduo surdo em ser diferente em questões sociais, políticas e econômicas que envolvem o mundo do trabalho, da saúde, da educação, do bem-estar social (PERLIN, 2006).

A Base Nacional Comum Curricular (BNCC), BRASIL (2017), na etapa do Ensino Fundamental, propõe que a abordagem das linguagens articule seis dimensões do conhecimento que, de forma indissociável e simultânea. As dimensões (BNCC, 2017, p.196-197) são:

- a) Criação: refere-se ao fazer artístico, quando os sujeitos criam, produzem e constroem. Trata-se de uma atitude intencional e investigativa que confere materialidade estética a sentimentos, ideias, desejos e representações em processos, acontecimentos e produções artísticas individuais ou coletivas;
- b) Crítica: refere-se às impressões que impulsionam os sujeitos em direção a novas compreensões do espaço em que vivem, com base no estabelecimento de relações, por meio do estudo e da pesquisa, entre as diversas experiências e manifestações artísticas e culturais vividas e conhecidas;
- c) Estesia: refere-se à experiência sensível dos sujeitos em relação ao espaço, ao tempo, ao som, à ação, às imagens, ao próprio corpo e aos diferentes materiais;
- d) Expressão: refere-se às possibilidades de exteriorizar e manifestar as criações subjetivas por meio de procedimentos artísticos, tanto em âmbito individual quanto coletivo;
- e) Fruição: refere-se ao deleite, ao prazer, ao estranhamento e à abertura para se sensibilizar durante a participação em práticas artísticas e culturais;
- f) Reflexão: É a atitude de perceber, analisar e interpretar as manifestações artísticas e culturais, seja como criador, seja como leitor.

Dessa forma, é possível compreender que a pessoa surda tem possibilidade de visão real de mundo e acima de tudo, quando tem sua língua respeitada, é possível garantir que todos os seus direitos sejam resguardados e que todos os processos relacionados à perseguição penal sejam efetivos.

A pessoa com deficiência auditiva e surda enfrenta desafios significativos no que diz respeito à comunicação em diversos aspectos da vida cotidiana. No entanto, é fundamental reconhecer a importância de garantir um atendimento adequado e inclusivo a essa população, assegurando-lhes o pleno exercício de seus direitos, inclusive no contexto da perseguição penal. Para que a comunicação seja considerada uma potencialidade relacionada às pessoas com deficiência auditiva e surda, é necessário adotar medidas que promovam a acessibilidade comunicacional, como pode ser compreendido na própria normativa do CNJ. Nesse sentido, o uso

de tecnologias e recursos de apoio, como a Língua Brasileira de Sinais (Libras), é fundamental.

A Libras é reconhecida como uma língua oficial no Brasil e permite a comunicação efetiva com pessoas surdas. Portanto, é imprescindível que os órgãos e instituições responsáveis pelo atendimento e persecução penal disponibilizem profissionais especializados em Libras, como intérpretes, para garantir a compreensão mútua entre a pessoa surda e os profissionais envolvidos.

Além disso, é necessário garantir o acesso a tecnologias assistivas que auxiliem na comunicação das pessoas com deficiência auditiva e surda. Essas tecnologias podem incluir dispositivos de amplificação sonora, sistemas de alerta visual, softwares de reconhecimento de voz e outras soluções que facilitem a troca de informações e a participação ativa da pessoa surda durante o processo de persecução penal. Essas ferramentas podem ajudar a superar as barreiras comunicacionais e permitir que a pessoa deficiente auditiva e surda se expresse e compreendam adequadamente as informações relacionadas ao caso em questão.

Ainda, é importante conscientizar os profissionais envolvidos no processo de persecução penal sobre as necessidades específicas das pessoas com deficiência auditiva e surda. Capacitações e treinamentos são essenciais para que os profissionais estejam preparados para lidar com a comunicação inclusiva, compreendendo as particularidades da pessoa surda e adotando estratégias efetivas para garantir a eficácia da comunicação.

O atendimento adequado da pessoa com deficiência auditiva e surda no contexto da persecução penal é um passo importante para assegurar a igualdade de acesso à justiça. É fundamental que os direitos dessa população sejam respeitados, proporcionando-lhes condições para participar plenamente do processo penal, exercer sua defesa de forma efetiva e compreender todas as etapas do procedimento. Somente assim é possível garantir uma sociedade verdadeiramente inclusiva e promover a justiça para todos.

## **O TRATAMENTO DA PESSOA SURDA NO PROCESSO PENAL À LUZ DA RECOMENDAÇÃO Nº 81/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.**

Ao abordar o tema do réu condenado ou da vítima que seja surdo ou deficiente auditivo, é de extrema importância analisar se sua língua base de comunicação tem sido respeitada e se intérpretes de Língua de Sinais estão presentes durante o processo penal, conforme orientações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Desde o início do inquérito policial até a sentença final, incluindo possíveis restrições de direitos ou de liberdade, é crucial questionar se se asseguram os direitos de comunicação da pessoa surda, garantindo assim uma compreensão plena dos fatos e o devido contraditório processual.

Essa reflexão busca salientar a necessidade de adequar o sistema de justiça às necessidades específicas das pessoas surdas ou com deficiência auditiva, a fim de garantir que elas possam exercer plenamente seus direitos durante todo o processo penal. É fundamental reconhecer que a Língua de Sinais é a língua materna desses indivíduos e que seu uso é fundamental para uma comunicação eficaz.

A presença de tradutores intérpretes de Língua de Sinais é um requisito essencial para que a pessoa surda tenha acesso à informação e possa participar ativamente de todas as etapas do processo penal, conforme a própria Recomendação nº 81/2020 do CNJ. A presença desses profissionais é fundamental não apenas durante interrogatórios e audiências, mas também durante todas as interações com advogados, promotores e juízes, garantindo a igualdade de condições para a pessoa surda no exercício de seus direitos.

Garantir a plena compreensão dos fatos e a efetiva participação da pessoa surda no processo penal é uma questão de justiça e respeito aos direitos humanos. A falta de acesso a uma comunicação adequada pode levar a uma compreensão deficiente dos eventos e

prejudicar a capacidade da pessoa surda de se defender de forma adequada. Portanto, é fundamental que o sistema de justiça considere e implemente as medidas necessárias para garantir o acesso à comunicação para todos, independentemente de suas habilidades auditivas.

Tomando por base o referencial teórico abordado nesta pesquisa e todos os direitos adquiridos por essa comunidade, é necessário que se considere o sistema educacional como consciencioso para o desenvolvimento desse sujeito como cidadão ativo na sociedade, passível de direito e deveres. Nesse sentido, de acordo com o Art.26 do Decreto 5.626/05:

A partir de um ano da publicação deste Decreto, o Poder Público, as empresas concessionárias de serviços públicos e os órgãos da administração pública federal, direta e indireta devem garantir às pessoas surdas o tratamento diferenciado, por meio do uso e difusão de LIBRAS e da tradução e interpretação de LIBRAS - Língua Portuguesa, realizados por servidores e empregados capacitados para essa função, bem como o acesso às tecnologias de informação, conforme prevê o Decreto no 5.296, de 2004. § 1º As instituições de que trata o caput devem dispor de, pelo menos, cinco por cento de servidores, funcionários e empregados capacitados para o uso e interpretação da LIBRAS.

E desta forma, de maneira complementar ao conceito tratado supra, consta no Art.28 do mesmo Decreto:

Os órgãos da administração pública estadual, municipal e do Distrito Federal, direta e indireta, viabilizarão as ações previstas neste Decreto com dotações específicas em seus orçamentos anuais e plurianuais, prioritariamente as relativas à formação, capacitação e qualificação de professores, servidores e empregados para o uso e difusão da LIBRAS e à realização da tradução e interpretação de LIBRAS - Língua Portuguesa, a partir de um ano da publicação deste Decreto.

Atentando-se ao dispositivo legal vigente, é possível perceber que o atendimento em Língua de Sinais, como língua primária reconhecida pela Comunidade Surda, é legítimo, e advém como dever do Estado, devendo assim, a entidade federativa garantir a

prestação de serviços do profissional necessário, garantindo ao surdo, a acessibilidade linguística.

Considerando a temática abarcada pela Recomendação nº 81/2020 do CNJ, é possível visualizar que a preocupação primária do texto, é a identificação da pessoa surda, para que partindo dessa identificação, se tenha condições de elencar o(s) profissional (ais) necessário(s) para os tratamentos mais assertivos. Nesse sentido, é o profissional especializado e habilitado que garante a acessibilidade linguística desde os primeiros movimentos processuais, trazendo estabilidade e segurança aos meios comunicacionais entre as partes.

Dada a identificação da pessoa surda, bem como garantido o atendimento pelo profissional, segue-se para questões administrativas e documentais, como é possível observar a partir do parágrafo 3º da Recomendação do CNJ, que traz a necessidade de comunicação de declaração (ou autodeclaração) da condição de surdez do indivíduo à Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão, prevista na Resolução CNJ no 230/2016, bem como a autorização expressa da parte, para acompanhamento profissional durante todos os trâmites processuais.

Ainda, é imprescindível que conste em registro, as informações inerentes às tecnologias assistivas utilizadas, bem como fazer constar nos autos a prioridade quanto à tramitação processual ao que se trata de atos e diligências, com base no art. 9º da Lei no 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão. Vale ressaltar que esses registros devem constar principalmente na ata referente a audiência de custódia, assim que se der a identificação do indivíduo.

Após compreender e elencar os impedimentos e necessidades da pessoa surda frente ao procedimento acusatório, ainda considerando a Recomendação nº 81/2020 do CNJ, deverá se fazer conhecer todas as garantias palpáveis e que podem ser baseadas na própria Recomendação, na Lei Brasileira de Inclusão e nos artigos 192 e seguintes do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, quando se incorpora os conceitos tratados supra, é possível compreender a necessidade de se integrar a pessoa surda

acerca das movimentações processuais como um todo, de forma a ser representada no artigo 7º da Recomendação n.º 81/2020 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 7º Recomenda-se que a interpretação ou outra forma de comunicação adaptada propicie à pessoa com deficiência auditiva, visual ou ambas o acesso completo às audiências criminais, socioeducativas e demais atos processuais, observadas as medidas adotadas ou recomendadas pela CPAI, incluindo: I – integralidade da audiência, desde a abertura até o encerramento; II – oitiva de testemunhas, peritos e ofendidos; III – manifestações e debates orais do Ministério Público e da defesa; IV – decisão proferida pelo juiz; e V – quaisquer outras intervenções. § 1º Recomenda-se que a garantia de intérprete ou tradutor, assim como outros meios assistivos, seja assegurada mediante: I – pedido de pessoa interessada; II – requerimento da defesa ou do Ministério Público; III – quando houver dúvida sobre o domínio e entendimento do vernáculo, inclusive em relação ao significado dos atos processuais e às manifestações da pessoa; e IV – recomendação da CPAI do respectivo tribunal. § 2º No caso de a pessoa com deficiência auditiva participe do processo ser oralizada, e assim preferindo, o Juiz poderá com ela se comunicar por anotações escritas ou por meios

A partir daqui, é introduzido o conceito de surdo oralizado, que é aquele surdo que por alguma situação adversa (surdez em idade em que já havia aprendido a se comunicar pela língua oral; acompanhamento fonoaudiológico; estímulos orais advindos da própria família) consegue se comunicar por meio da leitura labial, bem como pela língua oral. A estes, pode haver a comunicação por meio da língua portuguesa modalidade escrita, tecnologias assistivas específicas ou procedimentos que promovam a leitura labial como garantia linguística.

Além disso, é imprescindível ressaltar que a Recomendação é explícita quanto à necessidade de contar com a presença de um profissional especializado em todas as etapas processuais relacionadas ao caso. Isso se faz necessário para assegurar que as informações sejam precisas, confiáveis e que garantam um processo válido, evitando qualquer indício de nulidade decorrente da falta de acessibilidade linguística ou do conhecimento completo da parte em relação aos trâmites processuais.

A presença de um profissional especializado, como um intérprete de Língua de Sinais, é essencial para garantir que a pessoa surda ou com deficiência auditiva compreenda plenamente as informações transmitidas durante o processo. Esse acompanhamento é fundamental desde o início da investigação policial até a fase de julgamento, incluindo eventuais recursos e diligências adicionais.

A falta de acessibilidade linguística pode prejudicar significativamente a participação e o entendimento da pessoa surda, comprometendo seus direitos e a justiça do processo. A ausência de um profissional especializado pode levar a uma interpretação inadequada das informações, resultando em prejuízos tanto para a parte surda quanto para a integridade do próprio processo. É importante salientar que a jurisprudência tem reconhecido a importância da garantia de acessibilidade linguística para assegurar um processo justo. Um exemplo de decisão judicial que reforça essa necessidade pode ser observado no julgado a seguir

TJ-MG - APR: 10035210006785001 Araguari, Relator: Glauco Fernandes, Data de Julgamento: 11/08/2022, Câmaras Criminais / 2a CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 19/08/2022. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - LATROCÍNIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER - PRELIMINAR DE OFÍCIO - NULIDADE DO INTERROGATÓRIO DO SEGUNDO APELANTE - RÉU SURDO- MUDO - INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 192 DO CPP - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO DO PRIMEIRO APELANTE - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS PELA PROVA PRODUZIDA EM CONTRADITÓRIO - [...]. - A inobservância das disposições do artigo 192 do Código de Processo Penal impõe o reconhecimento da nulidade do interrogatório do segundo apelante, surdo-mudo, pois além de não ter sido questionado se sabia ler ou escrever, existem dúvidas se o intérprete que participou do ato era, de fato, pessoa habilitada a entender o acusado - A existência de provas produzidas em contraditório judicial a demonstrar, com segurança, que o primeiro apelante participou dos crimes narrados na exordial acusatória, impõe a manutenção da sentença condenatória proferida em primeiro grau. [...]

Diante disso, é evidente que a recomendação do acompanhamento por um profissional especializado é respaldada tanto pela legislação quanto pela jurisprudência, buscando garantir a igualdade de oportunidades e o pleno exercício dos direitos da pessoa surda ou com deficiência auditiva no âmbito do processo penal.

Nesse mesmo viés, há a garantia de que o sujeito surdo possa ter acesso aos documentos inerentes a ação com acessibilidade linguística, seja por meio de software que gere legenda (para surdos que tenham maior domínio sobre a Língua Portuguesa) ou outros meios de tecnologia assistiva (para surdos que possuam fluência maior dentro da Língua de Sinais).

É analisando as diversas nuances trazidas por meio da Recomendação, que há amplo debate sobre a ausência de mão de obra especializada em Libras dentro do judiciário. Se o poder estatal investe em diversas especializações em campos específicos, é necessário refletir sobre a ausência de uma capacitação em Libras desses servidores, ainda que essa formação não abranja a totalidade do quadro efetivo. Havendo mão de obra especializada dentro das delegacias, fóruns, cartórios e demais unidades envolvidas nos procedimentos penais, haveria uma garantia maior e mais ágil acerca desses atendimentos.

Perpassando todo o sistema processual e chegando até a sentença, a Recomendação nº 81/2020 ainda garante a acessibilidade linguística para a pessoa surda dentro dos estabelecimentos penais, vez que orienta que em caso de sentença positiva e havendo a restritiva de liberdade, haja ciência na guia de recolhimento do custodiado surdo, para que a administração da unidade prisional tome as medidas cabíveis desde que haja a verificação de necessidades e impedimentos inerentes à pessoa em questão.

Além disso, com base na Recomendação mencionada, é fundamental garantir espaços adequadamente adaptados para atender às necessidades das pessoas com deficiência auditiva e surdas, assegurando assim seus direitos de acordo com as normas estabelecidas. Em situações em que esses espaços não estejam

disponíveis, a orientação é alocar essas pessoas juntamente com outros custodiados em situação de vulnerabilidade.

A disponibilidade de espaços adaptados é essencial para proporcionar acessibilidade física e garantir que as pessoas surdas ou com deficiência auditiva possam participar plenamente do processo penal. Esses espaços devem ser projetados levando em consideração as necessidades específicas desses indivíduos, incluindo a instalação de equipamentos adequados, como sistemas de amplificação sonora e iluminação adequada para facilitar a comunicação visual.

No entanto, é sabido que nem sempre é possível contar com espaços totalmente adaptados devido às limitações físicas ou infra estruturais. Nesses casos, a Recomendação orienta a alocação conjunta das pessoas com deficiência auditiva com outros custodiados em situação de vulnerabilidade. Essa medida visa garantir que essas pessoas não sejam isoladas ou discriminadas, proporcionando um ambiente de convivência equitativo e inclusivo.

A alocação conjunta pode ser uma alternativa viável para garantir a participação ativa e efetiva das pessoas surdas no processo penal, permitindo que elas interajam com outros custodiados e tenham acesso a informações relevantes durante sua estadia. No entanto, é importante ressaltar que essa medida deve ser adotada com cautela, levando em consideração a segurança e o bem-estar de todos os envolvidos.

É fundamental que as autoridades responsáveis pelo sistema de justiça penal considerem e implementem as medidas adequadas para garantir a acessibilidade e a inclusão das pessoas surdas ou com deficiência auditiva, mesmo em situações em que espaços adaptados não estejam disponíveis. Isso contribuirá para a efetivação de seus direitos e promoverá um processo penal justo e igualitário para todos.

Ainda, tomando por base a Recomendação, é necessário que se tenha espaços razoavelmente adaptados para as pessoas em garantia de direitos pela normativa, e na falta desses espaços, a orientação é

que ao menos haja a alocação dessas pessoas em conjunto com outros custodiados em situação de vulnerabilidade.

Consta ainda uma relação de colaboração das Escolas de Magistratura pela promoção de cursos que tornem possível um atendimento mais humanizado e acessível por parte dos Tribunais de Justiça do país, sendo que o cumprimento da normativa deve ser fiscalizada pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse contexto, é possível afirmar que a Recomendação no 81/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desempenha um papel complementar em relação aos dispositivos legais existentes e que garantem os direitos das pessoas que utilizam a Língua de Sinais como sua primeira língua (L1). No entanto, sua efetividade depende da operacionalização adequada do sistema para estar em conformidade com as disposições da referida normativa. A Recomendação no 81/2020 do CNJ apresenta-se como um documento completo, abrangendo todas as nuances técnicas e necessárias no que diz respeito à comunidade surda. Ela visa garantir o pleno acesso à justiça e à igualdade de oportunidades para as pessoas surdas, desde o início do processo até a sua conclusão.

Ao cumprir integralmente as diretrizes estabelecidas na Recomendação, é possível atender efetivamente às necessidades dessa parcela da população, garantindo assim o exercício pleno de seus direitos e assegurando que nenhum obstáculo injusto seja imposto ao seu acesso à justiça.

É importante ressaltar que a Recomendação no 81/2020 do CNJ não deve ser vista como um mero apêndice às leis já existentes, mas sim como um instrumento complementar e abrangente que visa fortalecer e aprimorar a proteção dos direitos das pessoas surdas. Ela oferece diretrizes detalhadas sobre como os sistemas judiciais devem funcionar para garantir uma comunicação efetiva, acessibilidade e inclusão para a comunidade surda.

Portanto, é essencial que as autoridades responsáveis pelo sistema de justiça penal se empenhem em implementar e cumprir integralmente as diretrizes estabelecidas na Recomendação no 81/2020 do CNJ, a fim de garantir uma justiça verdadeiramente igualitária, inclusiva e acessível para as pessoas surdas. Somente assim será possível assegurar o pleno exercício de seus direitos e promover uma sociedade mais justa e inclusiva para todos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A relevância dos direitos linguísticos no contexto dos direitos da pessoa surda é amplamente reconhecida. O direito à língua materna dos surdos possui características pessoais distintas e é respaldado por legislação infraconstitucional. Nesse sentido, compreende-se a importância da proteção desses direitos ao longo do processo legal, especialmente no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal.

O Direito Constitucional deve ser mencionado sempre que se referir aos direitos fundamentais, embasados nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, o Direito Processual Penal deve ser mencionado quando se discute a ampla defesa, o contraditório e os elementos do devido processo legal. Quando há uma interligação entre esses dois campos, ou seja, o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal, torna-se possível compreender a importância dos direitos adquiridos pela comunidade surda no âmbito do processo penal, uma vez que a ausência de acessibilidade pode resultar na nulidade da ação penal, causando prejuízos ao indivíduo, como demonstrado em julgamentos anteriores.

Ao considerar a Recomendação nº 81/2020 do Conselho Nacional de Justiça como um parâmetro legal de acessibilidade em comparação com as práticas efetivamente implementadas, é evidente que ainda existe uma grande desinformação sobre esses atendimentos. Há inúmeros casos em que a nulidade é discutida

exatamente devido à ausência de profissionais especializados e à falta de acesso da pessoa surda à sua língua materna. A normativa é abrangente e está em conformidade com outros dispositivos legais vigentes que visam garantir a acessibilidade em todos os ambientes de convivência para os surdos, destacando a necessidade real do reconhecimento e da disseminação do seu conteúdo.

No entanto, mesmo com a existência da normativa e de uma ampla gama de legislação que protege e garante os direitos da comunidade surda, é importante ressaltar que o Poder Judiciário muitas vezes carece de conhecimento e subestima a função do tradutor/intérprete de língua de sinais. Em várias situações, esses profissionais são dispensados por decisões tomadas a critério do magistrado.

Diante desse cenário, surge o questionamento sobre como o Poder Judiciário, representado pelos Tribunais de Justiça, tem realmente tratado o acesso linguístico como um direito fundamental para os réus surdos, ou se essa falta de informação tem causado danos incalculáveis a essa parte da população. É necessário difundir amplamente essa temática e garantir a efetiva capacitação dos servidores envolvidos nos procedimentos do processo penal, a fim de que a Recomendação no 81/2020 seja reconhecida e legitimada, conferindo representatividade aos tribunais brasileiros.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BRASIL, Lei no 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_](http://www.planalto.gov.br/ccivil_)

03/\_Ato2015- 2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 20 de abril de 2023.

BRASIL, Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial. Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, 2008. Disponível em: [www.mec.gov.br/seesp](http://www.mec.gov.br/seesp). Acesso em: 07 de agosto de 2022.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 81/2020. Brasília: CNJ, 2020.

BRASIL, Declaração de Salamanca e Linha de Ação sobre Necessidades Educativas Especiais. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência, 1994.

BRASIL, Lei Federal no. 4024/61. Diretrizes e Bases da Educação Nacional.2061.

BRASIL, Instituto Brasileiro De Geografia E EstatísticaI (IBGE). Censo Brasileiro de 2010.

BRASIL, Presidência da República. Decreto no 6.751, de 17 de março de 2008. Dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art.60 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto n. 6.253, de 13 de novembro de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, no188, 18 de setembro de 2008. Seção 01.p.26.

BRASIL, Relatório de Desenvolvimento Humano: racismo, pobreza e violência. Brasília: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PENUD, 2005.

BRASIL, Resolução CNE/CBE n.04/2009 – acesso em 10 de fevereiro de 2023.

BRITO, F. B. O movimento social surdo e a campanha pela oficialização da língua brasileira de sinais. 2013. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. V. 1. 15a ed. São Paulo: Saraiva 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.690 /2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade. Disponível em <http://www.lfg.com.br> em 02 de maio de 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 630-631

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Liliâne Assumpção. Fundamentos Históricos, Biológicos e Legais da Surdez. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2011. Resolução CNE/CBE n.04/2009 – acesso em 30 de agosto de 2022.

PERLIN, G.; STROBEL, K. Fundamentos da educação de surdos. Santa Catarina: UFSC, 2006.

PIMENTEL, Susana Couto; PIMENTEL, Mariana Couto. Acessibilidade como um direito fundamental: uma análise à luz das leis federais brasileiras. Revista Eletrônica do curso de Direito da UFSM, v.13, n. 1, p. 75-102, 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/27961>>. <https://doi.org/10.5902/1981369427961>.

QUADROS, Ronice Müller de. Ideias para ensinar português para alunos surdos. Ronice Müller de Quadros, Magali L.P Schmiedt. Brasília: MEC, SEESP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SKLIAR, Carlos. A surdez: um olhar sobre as diferenças. 8. Ed. São Paulo. Editora Mediação, 2015.



**PROCEDIMENTO ESPECIAL DO TRIBUNAL DO JÚRI:  
ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A  
INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA  
DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU**

Mariana Nogueira Moraes  
João Paulo Calves  
Jodascil Gonçalves Lopes  
Marianny Alves

## **INTRODUÇÃO**

A lei 13.964/2019 inseriu no artigo 492, inciso I do Código de Processo Penal, a alínea “e”, que autoriza a execução provisória da pena no caso de condenação do acusado pelos jurados a uma pena igual ou superior a quinze anos de reclusão. No entanto, neste mesmo ano, a execução antecipada da pena antes do esgotamento dos recursos foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nos artigos 43, 44 e 54.

Atualmente, a possibilidade da imediata execução da condenação imposta pelo Júri ainda está em debate no STF, no Recurso Extraordinário 1235340 (Tema 1068), onde é discutido se a soberania dos veredictos é suficiente para autorizar tal antecipação, sendo assim, a relevância do tema escolhido é devido a grande insegurança jurídica causada pela questão, que abre margem para diferentes interpretações.

O presente artigo tem por objetivo analisar a Lei 13.964/19, mais conhecida como Pacote Anti Crime, e a inconstitucionalidade da mudança no artigo 492, inciso I, alínea “e” e §4o do Código de Processo Penal, adotando como metodologia o método hipotético-dedutivo, no qual utilizará a Carta Magna e o Código de Processo

Penal para, em meio às regras genéricas, encontrar solução para este assunto singular.

Além disso, sob um viés garantista, apontar os principais argumentos contra a constitucionalidade do dispositivo, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, com enfoque nas ADC's 43, 44 e 54 do Supremo Tribunal Federal, nos princípios da presunção de inocência e na soberania dos veredictos, inclusive, trazendo como exemplo jurisprudencial, o repercutido caso da Boate Kiss.

No presente artigo, primeiramente, será contextualizada brevemente a história do Tribunal do Júri no Brasil, como funciona a formação do corpo de jurados, e seus princípios norteadores previstos na Constituição Federal.

Após, faz-se necessária a diferenciação entre prisão provisória e pena definitiva, para posterior compreensão dos tipos de execução provisória da pena no Brasil, com ênfase no tema central do artigo, que é a execução provisória da pena após sentença condenatória proferida pelo Tribunal do Júri.

Por fim, no terceiro capítulo, é indispensável a análise jurisprudencial a respeito do tema, observando julgados e finalmente chegar a uma conclusão se a execução provisória da pena no âmbito do tribunal do júri é compatível ou não com os princípios constitucionais.

## O TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL: ANÁLISE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL

Para dar início ao artigo, faz-se imperioso contextualizar a história do Tribunal do Júri no Brasil, bem como explicar o seu procedimento, haja vista que houve diversas mudanças até os dias atuais, sendo necessário analisar as características como um todo, para posteriormente abordar a problemática do presente trabalho.

A primeira aparição do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu em 18 de junho de 1822, pelo Decreto do Príncipe Regente Dom Pedro, e era composto por vinte e quatro

homens “bons, honrados, inteligentes e patriotas”. Na época, considerando o contexto social e político, era utilizado para julgamento dos casos de abuso de liberdade da imprensa, que passavam pela revisão do Príncipe (NUCCI, 2012).

Posteriormente, foi elencado na primeira Constituição do Brasil, em 1824, a qual dispunha que os jurados poderiam julgar causas cíveis e criminais, conforme fosse determinado pelas leis, que mudavam constantemente, incluindo e excluindo crimes da competência do júri. Nessa época, foi criado o chamado Grande Júri, que era formado por 23 jurados que se reuniam a cada semestre e de reservadamente, decidiam sobre a procedência ou não da acusação. Caso fosse procedente, o acusado era julgado pelo chamado Júri de Julgamento, formado por 12 jurados que decidiam secretamente. (NUCCI, 2012)

Após diversas alterações, a Constituição democrática de 1946, inseriu o Tribunal do Júri no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais, com a competência para julgar crimes dolosos contra a vida.

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 28 - E mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Serão obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, elenca os princípios que regem o Tribunal do Júri, quais sejam: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida.

A plenitude de defesa muito se confunde com o conceito de “ampla defesa”, no entanto, deve-se observar que a ampla defesa se aplica ao acusado em geral, conforme estabelecido no art. 5º, LV da Constituição Federal, já a plenitude de defesa protege

particularmente os réus do Tribunal do Júri. Na simples análise dos vocábulos, percebe-se que o conceito de “ampla defesa” significa uma atuação da defesa de forma extensa e abundante, já a noção de plenitude quer dizer completo, integral e perfeito, sendo evidentemente mais forte que a “ampla defesa”. (NUCCI, 2012)

Sendo assim, amparado pela plenitude da defesa, o defensor pode usar de todos os argumentos lícitos para convencer os jurados, vez que estes proferem suas decisões por íntima convicção, sem fundamentação e de forma secreta. Todavia, a plenitude de defesa não ampara tudo, por exemplo, a tese da legítima defesa da honra, muito utilizada em julgamentos de feminicídio como forma de “justificar” o comportamento do acusado em casos de adultério já que essa conduta feria a honra do agressor, foi contestada pelo STF em março de 2021, por entenderem que essa tese contraria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção à vida e da igualdade de gênero. Por isso, ela não pode mais ser usada em nenhuma fase do processo penal nem durante o julgamento perante o Tribunal do Júri, sob pena de nulidade. (STF, ADPF 779).

O princípio do sigilo das votações está disposto no artigo 5o, XXXVIII, b da Carta Magna, e nos artigos 485 e 487 do Código de Processo Penal. Neste princípio envolve-se a preservação do voto secreto, como também busca garantir que o processo de votação seja desenvolvido longe das vistas públicas, pois é essencial a incomunicabilidade dos jurados para que não seja conhecido o teor das decisões tomadas individualmente. Além disso, o sigilo das votações garante a segurança dos jurados, pois evita que eles sejam alvos de eventuais represálias por parte das pessoas interessadas no resultado do julgamento. (NUCCI, 2012)

Cumprе ressaltar que o sigilo das votações não é a mesma coisa de julgamento secreto, haja vista que o julgamento no Júri é aberto para acompanhamento do público em geral, e somente o momento das votações dos jurados é que deve ser mantido em sigilo.

A soberania dos veredictos, como seu próprio nome sugere, diz respeito àquele que detém máxima autoridade, ou seja, os jurados do Tribunal do Júri têm suas decisões dotadas de soberania, prevalecendo mesmo que esta não seja a mais correta, visto que os integrantes do Júri são pessoas leigas. Pode ocorrer uma afronta à soberania popular quando houver uma decisão condenatória completamente contrária à prova dos autos, no qual o caso será remetido à novo júri, que deve ser respeitado absolutamente. Se nenhuma nova prova surgir, dando ensejo à uma revisão criminal, a condenação prevalece. Nos casos de absolvição, não cabe revisão criminal, então a decisão é definitiva. (NUCCI, 2012)

Sendo assim, tal soberania deve ser utilizada como garantia constitucional em favor do réu, e não dos jurados, pois garante que, uma vez tomada a decisão pelos jurados, ela seja respeitada e acatada pelas autoridades judiciárias, protegendo o réu contra influências externas que possam tentar reverter o resultado do julgamento para um mais desfavorável.

Na alínea “d” tem-se a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Quais sejam: homicídio, aborto praticado pela gestante ou com seu consentimento, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio ou automutilação, todos dispostos no Código Penal. O Tribunal do Júri também é responsável e competente para julgar os crimes conexos ou continentes a estes crimes citados. Ou seja, aqueles em que há a intenção de matar, e tal competência é justificada pelo fato de que esses crimes são considerados os mais graves do ordenamento jurídico, pois atentam contra o bem mais precioso: a vida humana. (ALVES, 2021).

Rogério Greco (2023). afirma que o delito de induzimento, instigação e auxílio a suicídio ou a automutilação somente pode ser praticado dolosamente, seja o dolo direto ou eventual, ficando afastada sua punição mediante a modalidade culposa, pois deve de alguma forma, exercer influência na vontade da vítima em suicidar-se ou automutilar-se, não se configurando o delito quando o agente atua simplesmente com intuito de brincar.

Cabe frisar que o crime de instigação a automutilação foi inserido no artigo 122 do Código Penal em 2019, com o advento da Lei n. 13.968, in verbis: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça.”

A respeito desse tema, há debate doutrinário sobre a desnecessidade de tal crime ser julgado pelo tribunal do júri, pois se o sujeito ativo instiga, induz ou auxilia alguém a se automutilar, a intenção do agente é de que a pessoa se lesione, e não que se mate, sendo ilógico os jurados julgarem um crime em que o bem protegido é a integridade física, e não a vida humana, de modo que ainda que o agente tenha o dolo de induzir alguém a se automutilar e por meio da execução dessa tarefa a vítima venha morrer, o bem jurídico primário continuará sendo a integridade física e, secundariamente, a vida, fato que afastaria a competência do júri. (REIS, 2022).

Conforme supracitado, também é responsável e competente para julgar os crimes conexos ou continentes aos elencados, que, grosso modo, são aqueles que por força da atração exercida pelo júri, deverão ser julgados, também, pelo Tribunal Popular. (NUCCI, 2012).

Nos termos do art. 78 do Código de Processo Penal, in verbis: “no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri”, ou seja, a reunião de processos por conexão ou continência se dará prioritariamente perante o Júri, por exemplo, um crime de homicídio cometido em conexão com a ocultação de cadáver será de competência do Júri. Paulo Rangel diz que o Júri deve ser considerado um direito e garantia individual, pois a Constituição, de modo claro, revela essa competência. No entanto, salienta-se que essa competência é mínima, podendo ser ampliado o rol de competências através de norma infraconstitucional. (RANGEL, 2021).

Portanto, o júri funciona como uma garantia individual do acusado por prática de crime doloso contra a vida, permitindo que ao invés de ser julgado por um juiz togado, seja julgado por seus semelhantes, ou seja, pessoas leigas em assuntos jurídicos, tendo como finalidade expandir o direito de defesa do réu. (CAPEZ, 2022).

O procedimento do júri é bifásico, ou seja, divide-se em duas fases, sendo a instrução preliminar e o julgamento no plenário. A instrução é a fase inicial do processo, que vai do recebimento da denúncia até a decisão de pronúncia. Tal fase é feita exclusivamente pelo juiz togado, ou seja, ainda não há a participação de jurados, e este pode decidir em não mandar o acusado para a segunda fase, e nesse caso profere decisão de absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação, podendo pôr fim ao processo nesta primeira fase; ou pode decidir pela pronúncia do acusado, mandando-o para o julgamento no plenário composto por 7 (sete) jurados. (LOPES JR., 2022).

Após, na segunda fase do julgamento, que é conhecida como fase dos debates ou plenário, prevista nos artigos 422-424 e 453-497 do Código de Processo Penal, a acusação e a defesa apresentam seus argumentos para convencer os jurados sobre a culpabilidade ou inocência do réu. Durante essa fase, a acusação apresenta testemunhas, perícias e outras provas visando demonstrar a culpa do acusado, enquanto a defesa faz o mesmo para provar a inocência ou atenuar a pena. Tal fase é marcada pela presença das garantias processuais supracitadas, que visam assegurar o réu a ter um julgamento justo e imparcial, se defender, e ser julgado com base somente nas provas concretas apresentadas. (CAMPOS, 2018).

Finalizada a apresentação dos argumentos e provas pela defesa e acusação, os jurados se reúnem para votar se o réu é inocente ou culpado, necessitando que pelo menos 4 dos 7 jurados votem pela condenação para que esta seja efetivada, caso contrário, o acusado é absolvido. Após o término da votação, a sentença é lida no plenário pelo juiz. (NUCCI, 2012).

Sendo assim, conclui-se que o procedimento do tribunal do júri é um processo fundamental para a justiça criminal em muitos países, incluindo o Brasil, pois trata-se de método de julgamento que permite a participação direta de cidadãos comuns no processo de tomada de decisão acerca de um crime contra a vida, mas assim

como a maioria dos processos de julgamentos, há algumas críticas pontuais a esse sistema.

## **EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL**

O objeto de discussão do presente capítulo é a diferenciação entre as formas de execução provisória da pena no Brasil, haja vista que são informações essenciais para chegarmos ao ponto principal do artigo.

Inicialmente, cabe explicitar a principal diferença entre pena definitiva e prisão provisória – também chamada de cautelar – sendo que a pena definitiva é aquela imposta ao réu após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, a pena que não cabe mais modificação ou alteração. Já a prisão provisória é a prisão decretada durante o curso do procedimento penal, antes do julgamento definitivo, objetivando garantir a ordem pública ou a aplicação da lei penal. (LOPES JR., 2022).

A pena definitiva é uma consequência da condenação do réu, pois é aplicada após o devido processo legal e após ter sido utilizado o direito ao contraditório e ampla defesa, previstos na Carta Magna. Já a prisão provisória é uma medida apenas cautelar que visa garantir a efetividade do processo penal, mas que deve ser utilizada com cuidado, visto que afeta a liberdade do indivíduo antes mesmo de seu julgamento definitivo. (ALVES, 2021).

Segundo Aury Lopes Jr., "a prisão provisória não pode ser utilizada como antecipação da pena e nem como um instrumento de pressão sobre o acusado, mas sim como uma medida cautelar subsidiária, em casos excepcionais e devidamente fundamentados" (LOPES JR., 2020, p. 540).

Ou seja, para que a prisão provisória seja decretada, é essencial que haja indícios concretos de autoria e materialidade do crime, além da presença dos requisitos autorizadores previstos em lei, como a garantia da ordem pública, instrução criminal, aplicação da lei penal ou ordem econômica. São duas as espécies de prisão

provisória recepcionadas atualmente, quais sejam: a temporária e a preventiva.

A prisão temporária encontra respaldo na Lei n. 7.960/89 e nasceu logo após a promulgação da Constituição de 1988, a decisão que determina tal espécie de prisão deverá sempre ser fundamentada, como determinam os artigos 93, IX, da Constituição Federal e 2o, § 2o, da Lei n. 7.960/89, demonstrando real necessidade e a presença do requisito e fundamentos que a legitimam. Em regra, ela é aplicável por cinco dias, podendo ser renovada por mais cinco. Este período aumenta para trinta dias prorrogáveis por mais trinta no caso dos crimes hediondos, conforme previsto no art. 2o, § 4o, da Lei n. 8.072/90.

Já a prisão preventiva, pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, até mesmo após a sentença condenatória recorrível, e mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada com fundamento na garantia da aplicação da lei penal, como manda o artigo 312 do Código de Processo Penal.

E, de acordo com o artigo 316 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva tem um prazo de revisão preestabelecido, de 90 dias, vejamos:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Há também a prisão em flagrante, prevista no artigo 306 do Código de Processo Penal, que deve ser analisada judicialmente após 24 horas de sua decretação, ocasião na qual será decidido entre o relaxamento da prisão, conversão em prisão preventiva, concessão da liberdade provisória com ou sem fiança ou decretação de outra medida cautelar. (LOPES JR., 2022).

Todavia, Aury Lopes Jr. considera que a prisão em flagrante deve ser considerada como uma precautelada, dado o curto tempo de sua duração, e levando em conta que após esse tempo é que serão tomadas outras medidas realmente cautelares, se necessárias. (LOPES JR., 2022, p. 23).

Sendo assim, após a breve diferenciação entre a prisão cautelar e a pena definitiva, passa-se a análise dos tipos de execução provisória da pena no Brasil, que são divididos em 3 subtópicos, esmiuçados adiante.

### **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DO CONDENADO EM 1º GRAU QUE ESTÁ PRESO PREVENTIVAMENTE E O JUIZ MANTÉM A PRISÃO PREVENTIVA NA SENTENÇA**

A manutenção da prisão preventiva na sentença condenatória acontece em casos que o acusado já estava preso preventivamente, pois preenchidos os requisitos necessários para a preventiva, e posteriormente, em sede de sentença condenatória, o juiz mantém a prisão preventiva, conforme dispõe o Código de Processo Penal, in verbis:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...) § 1o O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Todavia, a manutenção da preventiva na sentença deve ser fundamentadamente decidida pelo juiz, de acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal, e deve estar em conformidade com os princípios constitucionais da presunção de inocência, proporcionalidade e devido processo legal.

Sobre esse tema, o Superior Tribunal de Justiça entende que:

(...) 3. A manutenção da custódia cautelar no momento da sentença condenatória, nos casos em que a Acusada permaneceu presa durante toda a instrução criminal, não requer fundamentação exaustiva, sendo suficiente ao

entendimento de que permanecem inalterados os motivos que levaram à decretação da medida extrema em um primeiro momento, desde que estejam, de fato, preenchidos os requisitos legais do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. A negativa do apelo em liberdade, mantida pelo acórdão impugnado, encontra-se suficientemente fundamentada, pois ratificou o decreto prisional que encontra respaldo na necessidade de interromper ou diminuir a atuação de integrante de organização criminosa para garantir a ordem pública. 5. Recurso desprovido. (RHC 99.152/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe04/04/2019)

Em que pese o STJ tenha esse entendimento, em análise ao artigo 387, §1º, do Código de Processo Penal, esse aduz que a decisão que decreta a manutenção da preventiva deve ser fundamentada, ou seja, devem ser analisados os mesmos requisitos que justificaram a sua decretação inicial, acrescidos do requisito da necessidade da medida para garantir o cumprimento da pena, conforme supracitado.

Essa modalidade acaba por ser benéfica, pois o acusado pode pleitear os benefícios da execução penal, conforme analisa-se na Súmula 716 do STF, a qual prevê a possibilidade de se computar o tempo da prisão provisória para fins de progressão de regime, in verbis:

(...). 1. A custódia cautelar necessariamente deve ser computada para fins de obtenção de progressão de regime e demais benefícios da execução, desde que não ocorra condenação posterior apta a configurar falta grave, não se limitando, de toda sorte, o período de prisão provisória à detração. 2. A Súmula no 716 do STF prevê a possibilidade de se computar o tempo da custódia provisória para fins de progressão de regime, in verbis: Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. 3. Destarte, partindo-se da premissa de que, diante da execução de uma única condenação, o legislador não impôs qualquer requisito adicional além dos estabelecidos no artigo 112 da Lei de Execução Penal, impende considerar a data da prisão preventiva como marco inicial para obtenção de benefícios em sede de execução penal (...)" (RHC 142.463, rel. min. Luiz Fux, 1a T, j. 12-9-2017, DJE 225 de 3-10-2017.)

De qualquer forma, tal modalidade de execução provisória é constitucional, cabendo à defesa do acusado impetrar habeas corpus no caso de discordância com a manutenção.

## **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS ACÓRDÃO CONDENATÓRIO EM 2º GRAU**

A execução provisória da pena após condenação em segundo grau refere-se à possibilidade de iniciar a execução da pena antes de transitar em julgado a decisão condenatória, ou seja, antes de esgotarem todos os recursos.

No julgamento do HC 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, a Corte modificou o entendimento anterior e passou a permitir a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Segundo essa decisão, antecipar a execução da pena não violaria o princípio da presunção da inocência, se fossem respeitadas as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa. (STF, 2016).

Todavia, esse entendimento foi modificado mais uma vez pelo próprio STF, que, em 2019, decidiu, por meio das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, que a execução provisória da pena só pode ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação, ou seja, após o esgotamento de todos os recursos. Essa decisão restabeleceu o entendimento anterior à mudança de 2016 supracitada, e teve como base o princípio constitucional da presunção de inocência, vejamos:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5o, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (STF, ADC 43, 2019).

O caso do presidente Luiz Inácio Lula da Silva tem uma relação direta com a discussão sobre a execução provisória da pena após acórdão condenatório em segunda instância, haja vista que em 2018, ele foi condenado pelo TRF-4, e iniciou-se uma discussão em torno de ele poder ou não ser preso antes do trânsito em julgado do acórdão, que se estendeu até o julgamento já mencionado. (CONJUR, 2018).

Lula foi preso em abril de 2018, após o TRF-4 determinar o início da execução antecipada da pena, mesmo havendo recursos pendentes de decisão, todavia, em novembro de 2019, após a decisão de inconstitucionalidade supramencionada, ele foi solto.

Sendo assim, ficou proibido a prisão logo após condenação em segunda instância, por ser incompatível com a Carta Magna, considerando que fere o princípio constitucional da presunção de inocência.

## **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM 1º GRAU NO TRIBUNAL DO JÚRI**

Explicado o conceito básico do Tribunal do Júri, seu procedimento e as formas de execução provisória da pena, passa-se a questão principal do presente artigo, que é a execução provisória da pena após sentença condenatória proferida no Tribunal do Júri. A problemática dessa questão, é a nova redação do artigo 492, inciso I do Código de Processo Penal, introduzida pela Lei 13.964/2019, chamada de “pacote anti crime”, a qual inseriu a alínea “e” que dispõe:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I - No caso de condenação: e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (grifei).

A parte final desta alínea é o ponto problemático da nova redação, pois o STF em 2019 decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena após a decisão em segunda instância devido ao não esgotamento dos recursos, então, pela lógica, seria incompatível a execução provisória após uma decisão de primeira instância, pois por mais “reprovável” que seja a conduta dos crimes que vão à júri, ainda trata-se do primeiro grau de jurisdição, e as decisões são passíveis de apelação, podendo até haver novo júri se necessário. (LOPES JR. e ROSA, 2020).

Uma das justificativas utilizadas para pautar a constitucionalidade de tal alínea, é o princípio da soberania dos veredictos, que também está pautada no rol dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal, como supracitado, entretanto, em obediência ao princípio da plenitude de defesa, admite-se a revisão criminal, de modo que a soberania dos veredictos não exclui a recorribilidade da decisão, pois esta pode ser anulada e julgada novamente.

A revisão criminal acontece quando o juiz constata a presença de questão substancial e relevante para tanto, caso em que a condenação pode ser revista, gerando absolvição ou anulação de sentença, ou redução da condenação para pena inferior a 15 (quinze) anos de reclusão, conforme §5o do art. 492 do Código de Processo Penal.

Ainda na pauta da soberania dos veredictos, é cediço que tal princípio não é um legitimador da prisão e nada tem a ver com a execução provisória da pena, sendo assim não pode servir de argumento para retirar a liberdade do réu, pois aí acontece violação a outro princípio: o da presunção de inocência, considerando que o réu não deve ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, nos termos do art. 5o, inciso LVII, da Constituição Federal.

## ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Neste capítulo pretende-se a abordagem da problemática do artigo, analisando julgados que tratam do assunto, considerando que ainda é um tema sem decisão concreta e por isso faz-se imperiosa a análise e discussão.

Inicialmente, cabe esmiuçar um princípio constitucional supracitado, que é um dos argumentos no presente capítulo, que é a presunção de inocência, a qual está prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, e possui como premissa que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, até o momento que essa decisão ainda aceite recursos, o acusado é considerado inocente.

Tal princípio é repercutido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a partir da Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, tem-se que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Como a questão ainda é tema de debate, há grande insegurança jurídica em torno do assunto, pois sob o viés da efetividade do sistema de justiça criminal, levando em consideração que os crimes julgados pelo Tribunal do Júri são os cometidos contra a vida humana, estes são “mais graves”, o que justificaria a antecipação da execução da pena, sem haver o devido trânsito em julgado.

Surge a necessidade de analisar as decisões mais recentes sobre o assunto, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça vem proferindo decisões contrárias à antecipação da execução. Sobre a matéria, uma das decisões é a seguinte:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENA IGUAL OU SUPERIOR A 15 ANOS DE RECLUSÃO. ART. 492, I, “E”, DO

CPP. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO ALTERADO. JULGAMENTO DO RE N. 1.235.340 NÃO CONCLUÍDO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal decidiu, nas ADCs n. 43, 44 e 54, pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Assim, ressalvadas as hipóteses em que estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva ou temporária, é constitucional a regra que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para que então seja iniciado o cumprimento definitivo da pena. 2. Não se desconhece que a possibilidade de execução provisória nas condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, com pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, está sendo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 1.235.340 – Tema n. 1.068, contudo, o julgamento ainda não foi concluído. 3. Dessa forma, mantém-se o entendimento, nesta Corte Superior, pela impossibilidade de execução provisória da pena, ainda que em condenação proferida pelo Tribunal do Júri com reprimenda igual ou superior a 15 anos de reclusão. Precedentes. 4. Habeas corpus concedido. (STJ, HC 649.103/ES, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 3-8-2021, DJe 12-8-2021).

Cumpra também observar que se o sujeito fosse condenado em mais de 15 anos por crimes semelhantes e até mais graves (ex: latrocínio ou estupro com resultado morte) não haveria a execução antecipada da pena, razão pela qual antecipar a execução da pena de alguém que recebeu condenação de mais de 15 anos de reclusão só porque foi julgado pelo júri acaba por ferir o princípio da isonomia.

Ademais, a culpabilidade do réu tem a ver com as provas dos autos, de maneira que não faz sentido ele ser tratado como “mais culpado” ou “menos culpado” em razão do tempo de sua condenação. (QUEIROZ, 2020).

Sobre a problemática, destaca-se o midiático caso da Boate Kiss. Em uma breve síntese, no dia 27 de janeiro de 2013, em uma casa noturna, na cidade de Santa Maria/RS, aconteceu um grande incêndio, após um dos integrantes da banda que se apresentava no local, disparar artefato pirotécnico, momento em que as faíscas atingiram parte do teto do local, que era revestido com espuma. O fogo se espalhou com rapidez, resultando na morte de 242 pessoas e deixando outras 636 feridas. (MPRS, 2013).

O caso foi levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, por entenderem que havia dolo eventual na conduta dos dois sócios da Boate Kiss, do produtor musical e do vocalista da banda que se apresentou na data do acontecimento. Os quatro réus responderam por homicídio simples (artigo 121 do Código Penal) 246 vezes consumado (concluído – artigo 14, inciso I do Código Penal) e 636 vezes tentado (quando iniciada a execução, não se conclui por circunstâncias alheias a vontade do agente – artigo 14, inciso II do Código Penal). Todos foram condenados pelo Conselho de Sentença do Júri, um dos sócios a 22 anos e 6 meses; o outro sócio a 19 anos e 6 meses; o produtor musical e o vocalista da banda a 18 anos de reclusão. (MPRS, 2013.)

E é a partir daí que entra a discussão do presente artigo. Na decisão condenatória, o juiz Orlando Faccini Neto, determinou que todos os quatro réus começassem a cumprir a pena provisoriamente, com fulcro no artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal, ou seja, antes do esgotamento dos recursos, vejamos:

(vii) Fixadas as penas de cada qual dos réus, exsurge tema de singular relevância, concernente à viabilização de decretação da prisão dos acusados, até então em condição de liberdade, na medida em que condenados pelo Tribunal do Júri. Na espécie, tudo pareceria simplificado, levando-se em conta as penas fixadas, numa leitura textual do artigo 492, I, e, do Código de Processo Penal, segundo o qual, em caso de condenação, o juiz “(...) no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”. Na mesma esteira, soma-se a normatiza que estabelece, para tais casos, que o apelo do condenado ostente exclusivamente o efeito devolutivo – não o suspensivo. (TJRS, sentença do Caso Kiss, p. 37).

Em que pese a decisão proferida pelo magistrado tenha sido em consonância com o que o Conselho de Jurados decidiu, a determinação de execução imediata da pena feriu diretamente o princípio da presunção de inocência e a Constituição Federal, pois a culpabilidade do réu só é efetivamente provada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do artigo 283 do CPP.

No mesmo dia em que a sentença foi publicada, o desembargador Manuel José Martinez concedeu liminar em Habeas Corpus n. 70085490795, determinando que a prisão imediata dos réus não fosse concretizada, usando como base a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que fala sobre o descabimento da execução provisória nesses casos, vejamos:

A respeito do tema, tenho decidido que, na hipótese em que o réu responde a todo o processo em liberdade, às vezes, por vários anos, a condenação pelo Tribunal do Júri não justifica, por si só, a decretação da prisão, como está dito no precedente de minha lavra citado nas razões do presente writ. Aliás, o fundamento para tal decreto prisional costumava ser o princípio constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal Popular. De minha parte, sempre sustentei que tal argumento era bastante forçado, uma vez que, como se sabe, tal princípio é relativo, como costumam ser os princípios jurídicos em geral. Tanto é que o próprio Código de Processo Penal autoriza a desconstituição da decisão tomada pelo Conselho de Sentença quando esta “for manifestamente contrária à prova dos autos”, além de que é possível a nulidade do julgamento, hipótese que não é absurda nem tão rara. É verdade que, em dezembro de 2019, foi promulgada a Lei no 13.964 (denominada Pacote Anticrime), que, entre inúmeras alterações de boa parte da legislação penal e processual penal, introduziu no art. 492 do estatuto processual a alínea ‘e’, determinando que, em caso de condenação, o presidente do Tribunal do Júri “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação, a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição de mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento dos recursos que vierem a ser interpostos”. Não obstante tal dispositivo, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, através da 5ª e da 6ª Turmas, as duas que detém competência para a matéria criminal, tem entendimento pacífico de que, na hipótese em tela é descabida a execução provisória da sentença condenatória pelo Tribunal do Júri. (...). (TJRS, 1ª Câmara Criminal, Habeas Corpus preventivo n. 70085490795).

Todavia, antes mesmo da decisão do desembargador surtir efeito com a respectiva expedição dos alvarás de soltura, o Ministério Público ingressou com pedido de suspensão da liminar e o presidente do Supremo Tribunal Federal da época, Luiz Fux, suspendeu a decisão e determinou que a pena fosse cumprida nos

moldes da sentença proferida pelo Tribunal do Júri, utilizando por base tais fundamentos:

(...) considerando a altíssima reprovabilidade social das condutas dos réus, a dimensão e a extensão dos fatos criminosos, bem como seus impactos para as comunidades local, nacional e internacional, a decisão impugnada do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul causa grave lesão à ordem pública ao desconsiderar, sem qualquer justificativa idônea, os precedentes do Supremo Tribunal Federal e a dicção legal explícita do artigo 492, §4º, Código de Processo Penal. Ao impedir a imediata execução da pena imposta pelo Tribunal do Júri, ao arrepio da lei e da jurisprudência, a decisão impugnada abala a confiança da população na credibilidade das instituições públicas, bem como o necessário senso coletivo de cumprimento da lei e de ordenação social. Destarte, no presente caso, deve prevalecer a determinação do Tribunal de Júri de execução imediata das penas impostas aos réus, nos termos do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal. (Medida Cautelar na SL 1.504, Rio Grande do Sul).

A decisão proferida por Fux foi muito criticada por juristas e não seguiu as formalidades que deveria. Aury Lopes Jr. afirmou que “a visibilidade e complexidade do processo não pode servir como justificativa permissiva para violação dos direitos e garantias. A posição sistemática do júri no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição não é ao acaso. O júri é uma garantia do cidadão e, como tal, deve ser interpretado.”.

Tempos depois da decisão supracitada, em agosto de 2022, ocorreu uma reviravolta no caso, na qual houve parcial acolhimento das apelações interpostas pelos advogados dos quatro réus, que rogavam pela decretação de nulidade do julgamento feito pelo Júri. E, por dois votos contra um, a nulidade foi decretada e o julgamento pelos jurados foi anulado, e com a anulação, a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux perde o objeto, deverá ser realizado novo Júri e os réus aguardam em liberdade pelo novo julgamento. (TJRS, 2022.)

Sendo assim, percebe-se claramente que os tribunais ainda estão com receio de aplicar o artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal, pois resta evidente que sua interpretação pode ferir direitos constitucionais básicos de réus que enfrentam um

processo criminal, e assim a insegurança jurídica paira sobre a questão.

O caso supracitado é um exemplo claro e muito repercutido sobre a problemática do tema deste artigo. Partindo do pressuposto que o Tribunal do Júri deve ser, também, uma garantia do acusado, estando previsto no rol das garantias individuais, destaca-se que é um órgão especial de primeira instância, sendo assim, para que haja um devido processo legal obediente aos trâmites processuais, a decretação do cumprimento antecipado da pena antes do esgotamento dos recursos encontra diversas contrariedades ao texto constitucional.

Cumprir observar também o artigo 283 do Código de Processo Penal, que também sofreu alteração pelo Pacote Anticrime, e aduz que “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”. Dessa forma, percebe-se que permitir a antecipação da pena proferida pelo Júri fere também o próprio Código de Processo Penal.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 25 de outubro de 2019, a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário 1235340, do respectivo Tema 1068, em que se discute “à luz do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal, se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença.”.

Os ministros Roberto Barroso (relator) e Dias Toffoli (presidente) proferiram seus votos no sentido de que nos crimes julgados pelo Tribunal do Júri, em obediência a soberania dos veredictos, a condenação deve ser imediatamente cumprida, sem prejuízo à defesa do acusado.

Noutro viés, o ministro Gilmar Mendes compreende que a presunção de inocência se destaca entre os direitos fundamentais elencados no rol do artigo 5º da Carta Magna e utiliza o artigo 8º do

Pacto de San José da Costa Rica para fundamentar que a presunção de inocência não é algo ponderável, mas sim uma regra clara que tem por objetivo limitar o poder punitivo estatal.

Após tais decisões, o processo encontra-se com pedido de vistas ao Ministro André Mendonça, ainda sem uma decisão concreta, mas espera-se que seja proferida em breve uma decisão no sentido de que a execução provisória é incompatível com o maior princípio da nossa Constituição, o da presunção de inocência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considera-se que a partir de todo o material pesquisado foi adquirido a compreensão tema e sua compatibilidade com os princípios constitucionais, chegando à conclusão de que a execução antecipada da pena presume a culpa do acusado antes mesmo do término do processo, comprometendo o princípio da presunção de inocência, que é um elemento essencial do Estado Democrático de Direito e assegura que todo indivíduo seja considerado inocente até que sua culpa seja comprovada de forma definitiva.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a inconstitucionalidade da execução provisória da pena em novembro de 2019, a entrada em vigor da Lei no 13.964/19 trouxe uma nova redação ao artigo 492 do Código de Processo Penal, permitindo a execução antecipada da pena no Tribunal do Júri quando a condenação for igual ou superior a 15 anos de reclusão.

No entanto, a inconstitucionalidade do referido artigo persiste, pois continua contrariando o princípio da presunção de inocência e não leva em consideração a possibilidade de erros judiciais ou a descoberta de novas provas que possam levar à revisão da condenação. Ao privar um indivíduo de sua liberdade antes que todas as instâncias do processo sejam esgotadas, corre-se o risco de cometer uma injustiça irreversível, levando à punição de pessoas que posteriormente podem ser consideradas inocentes.

A proteção dos direitos individuais e a busca por uma justiça efetiva devem sempre prevalecer, assegurando que ninguém seja prejudicado indevidamente pela antecipação da execução da pena.

Portanto, é essencial que a inconstitucionalidade da execução provisória da pena no Tribunal do Júri seja reconhecida e que se promova uma reflexão ampla e aprofundada sobre as consequências dessa prática. É necessário buscar soluções que equilibrem a necessidade de combater o crime com a preservação dos direitos e garantias individuais, assegurando uma justiça justa, imparcial e eficaz para todos os envolvidos no sistema de justiça criminal.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo B. Moreira. Coleção sinopses para concursos: processo penal parte especial – procedimentos, nulidades e recursos. 1. ed. – Salvador, Bahia: Juspodivm, 2021.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 01 de setembro de 2022.

BRASIL. Código de Processo Penal de 03.10.1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 01 de setembro de 2022.

CAMPOS, Walfredo Cunha. Tribunal do Júri: teoria e prática. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CONJUR. Condenados no caso Boate Kiss não podem ser presos. 10 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/condenados-boate-kiss-nao-podem-presos.pdf>. Acesso em: 18/04/2023.

CONJUR. TRF-4 condena Lula a 12 anos de prisão por corrupção e lavagem de dinheiro. 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-24/trf-condena-lula-12-anos-prisao-corrupcao-lavagem>. Acesso em: 03/05/2023.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: artigos 121 a 212 do código. 20. ed. – Barueri/SP: Atlas, 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 7. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JR., Aury; PEREIRA, Rodrigo Fauz. Ilegalidades reconhecidas do Júri levaram à anulação do julgamento da boate Kiss. 04 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-04/rodrigo-faucz-aury-lobes-jr-anulacao-juri-boate-kiss2>. Acesso em: 21/04/2023.

LOPES JR. Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. 31 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>>. Acesso em: 20/10/2022.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

\_\_\_\_\_. MPRS. Linha do tempo do Caso Boate Kiss. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/noticias>. Acesso em: 01/05/2023.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **A defesa da vida no Tribunal do Júri**. 2. ed. - Cuiabá, Mato Grosso: Carlini e Caniato Editorial, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo. A nova prisão preventiva - Lei no 13.964/2019. 13 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>>. Acesso em: 22 out. 2022.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

REIS JR., Almir Santos. A "automutilação" e a (in)competência do Tribunal do Júri. 04 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-04/almir-reis-automutilacao-competencia-tribunal-juri>. Acesso em: 03/05/2023.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Mês da Mulher: STF derruba uso de tese de legítima defesa da honra para crimes de feminicídio. 08 de março de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503655&ori=1>. Acesso em: 02/05/2023.

TJRS, 2022. Caso Kiss: Anulado júri que condenou os réus. 03 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/caso-kiss-anulado-juri-que-condenou-os-reus/>. Acesso em: 20/04/2023.

# RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 608.756/SP

Débora de Souza Widmer de Deus  
João Paulo Calves  
Tiago Bunning Mendes  
Jeferson Borges dos Santos Júnior

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema: o reconhecimento de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise do habeas corpus 608.756/SP. O problema da pesquisa é como a fragilidade no reconhecimento de pessoas no processo penal tem consequências na aplicação ao caso concreto. Tendo como justificativa, a razão de que o reconhecimento de pessoas é uma técnica importante no processo penal, mas também pode ser precário e levar a erros e injustiças. Por isso, é preciso que o procedimento previsto para realizar o reconhecimento seja cuidadosamente observado e executado para garantir a confiabilidade e a precisão da prova.

Sendo assim, a hipótese apresentada pelo presente trabalho é a notável fragilidade do reconhecimento de pessoas como prova no processo penal, visto que, pode causar prisões e até condenações injustas.

Com isso, o objetivo geral do exposto artigo, foi analisar à luz do caso concreto, o impacto do temerário reconhecimento fotográfico e suas implicações no processo penal. Dispondo dos objetivos específicos de descrever o reconhecimento de pessoa sob a égide da lei e compreender a aplicação da norma ao caso concreto.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, visando o aprofundamento no tema e uma análise de sua aplicação no caso concreto. Com essa finalidade,

foi utilizada uma pesquisa descritiva, através do método hipotético-dedutivo.

O ato do reconhecimento pode ocorrer tanto na fase pré-processual como processual. Para tanto, em ambas, deve-se respeitar os procedimentos contidos no artigo 226 e seguintes do Código de Processo Penal, que serão devidamente descritos no decorrer do artigo.

Nada obstante ser essa a regra, na prática essa formalidade não é devidamente observada, sendo corriqueiramente ignorada, e, por consequência, gerando falhas que permeiam até uma condenação injusta.

Neste cenário, uma prática que tem se tornado comum na fase investigatória (pré- processual), é o reconhecimento realizado por fotografia que, embora não esteja regulado na lei processual penal, deriva do procedimento já instituído, devendo seguir seus direcionamentos.

Contudo, assim como ocorre no reconhecimento pessoal, esse instrumento tem sido utilizado sem obedecer suas premissas, fomentando ainda mais decisões equivocadas. Ainda que não seja pacífica, há decisões nos tribunais, sobretudo no Supremo Tribunal de Justiça, autorizando o reconhecimento por fotografia, desde que observada a sistemática do artigo 226 do Código de Processo Penal, além disso, essa prova não pode ser utilizada isoladamente como fundamento de uma condenação.

Entretanto, este artigo se dedicou a apresentar um caso concreto e recente, demonstrando a vulnerabilidade nesse procedimento e suas implicações no processo penal. Em específico, neste caso, por um pedido de revisão criminal realizado por uma carta escrita a

próprio punho de dentro da cela, o acusado que já cumpria pena em regime fechado a 4 anos, teve sua absolvição declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, por essa e outras condenações injustas, esse meio de prova merece mais atenção, e que seu procedimento seja

devidamente abordado e estabelecido, buscando assim erradicar decisões infundadas que ceifam a liberdade de inocentes.

Em suma, o trabalho abordou em seu primeiro capítulo sobre a teoria geral da prova, destacando suas nuances e especificidades. No segundo capítulo, especificou o meio de prova previsto no ordenamento jurídico pátrio, o reconhecimento pessoal, com suas formas e características, que tem por finalidade a identificação do suspeito feita pela vítima ou testemunha e, por fim, no terceiro e último capítulo, foi realizada a análise do caso concreto, materializado pelo habeas corpus 608.756/SP.

## **A IMPORTÂNCIA DA PROVA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

O presente capítulo visa abordar sobre a teoria geral da prova no processo penal. Para tanto, terá como fundamento as lições de doutrinadores como Badaró (2018), Lima (2021), Lopes Jr. (2021) e Capez (2022).

Primordialmente, se faz imperioso conceituar o termo “prova”, objeto deste capítulo. A prova em sentido lato, significa demonstrar, evidenciar ou comprovar que uma afirmação ou fato são verdadeiros. No entanto, em sentido estrito da palavra, a prova é compreendida pela doutrina em três acepções, sendo elas: a prova como atividade probatória, a prova como meio e a prova como resultado probatório. (LIMA, 2020).

Em síntese, a prova como atividade probatória se resume nos atos praticados pelas partes a fim de se constatar um fato. Enquanto, a prova como meio, significa dizer que ela é o instrumento pelo qual se introduz no processo os elementos probatórios, como por exemplo, o meio de prova testemunhal, pericial etc. Por fim, a prova como resultado probatório, indica a consequência que ela causa no processo, gerando o convencimento do juiz. (LIMA, 2020; BADARÓ, 2018).

Apesar da palavra prova nos trazer uma certa segurança de que seu conteúdo carrega a verdade, ou até mesmo que é alcançado

através dela a verdade no processo, deve-se atentar que essa afirmação não é absoluta. Isso porque, conforme a doutrina majoritária, a busca pela verdade real no processo penal é inalcançável e fomenta a inquisitorialidade, sendo, por exemplo, fundamento para atos de ofício do juiz, acolhimento de pedidos estipulados pelo Ministério Público que extrapolam os limites do processo visando alcançar essa verdade inatingível.

Nesse sentido, Lopes Jr. (2021, p.154):

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).

Na mesma perspectiva, elucida Badaró (2018, p.389):

A verdade não é o fim último do processo penal e, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios. No caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique para fazer prevalecer outro valor – como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador – igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras legais antiepistêmicas, desde que fundamentais para preservar o outro valor em jogo.

Portanto, o que se busca no processo é chegar o mais próximo possível da verdade, ou melhor dizendo, no maior grau de probabilidade da veracidade conforme as provas produzidas. Isso quer dizer, que no processo penal é uma verdade formal, também chamada de verdade processual, ou seja, ela é construída respeitando as regras processuais. (BADARÓ, 2018).

Tendo como base os ensinamentos de Capez (2022), as provas no processo penal podem ser classificadas em diferentes tipos, de acordo com sua origem, natureza, valor probatório e forma de produção. Algumas dessas classificações são:

Provas diretas e indiretas: as provas diretas são aquelas que comprovam diretamente o fato a ser provado, enquanto as provas indiretas, são aquelas que permitem inferir a existência do fato a partir de outros elementos.

Provas testemunhais, documentais e periciais: as provas testemunhais são aquelas prestadas por pessoas que presenciaram ou tem conhecimento sobre os fatos; as provas documentais são os documentos juntados aos autos, por exemplo, os laudos; e as provas periciais são aquelas realizadas por peritos especializados em uma determinada área, como médicos, engenheiros, contadores, entre outros.

Provas produzidas em juízo e fora do juízo: as provas produzidas em juízo são aquelas processadas perante o juiz ou tribunal, como depoimentos de testemunhas e peritos, enquanto as provas fora do juízo são processadas fora do processo, como documentos e objetos apreendidos em diligências independentes.

Provas plenas e não plenas: as plenas são aquelas que, por si só, tem capacidade de produzir certeza sobre os fatos alegados no processo. São exemplos de provas plenas: prova documental, interceptação telefônica solicitada judicialmente, exame de DNA, entre outras. Já as provas não plenas são aquelas que, não tem capacidade de produzir certeza sobre os fatos alegados, mas que podem ser consideradas em conjunto com outras provas para formar um conjunto probatório. São exemplos de provas não plenas: prova testemunhal ou indiciária.

Provas reais e pessoais: provas reais são aquelas que consistem em objetos materiais ou imateriais que não estão diretamente relacionados com a pessoa do acusado, como por exemplo: arma utilizada no crime, vestígios, registros telefônicos, imagens de câmeras de segurança, entre outros. Já as provas pessoais são aquelas que têm como objeto a própria pessoa do acusado ou de terceiros envolvidos no processo, como por exemplo: depoimento de testemunhas, confissão, exame de corpo de delito, entre outros.

É importante destacar que a classificação das provas pode variar de acordo com a doutrina adotada. Esses meios de prova, que são, literalmente, o modo através do qual se leva ao juiz o conhecimento de um fato, está elencado no Código de Processo Penal, entre os artigos 158 a 250, são as espécies de prova: exame de corpo de delito e perícias em geral, previstas entre os artigos 158 a 184; o interrogatório do acusado, estabelecido nos artigos 185 a 196; a confissão, na forma dos artigos 197 a 200; perguntas ao ofendido, nos termos do artigo 201; testemunhas, conforme artigos 202 a 225; reconhecimento de pessoas e coisas, descrito entre os artigos 226 a 228; acareação, prevista nos artigos 229 e 230; documentos, estabelecido nos artigos 231 a 238; indícios, na forma do artigo 239, e a busca e apreensão, com fulcro nos artigos 240 a 250.

Contudo, insta destacar, dentre outros, o interrogatório como meio de prova, tendo em vista que essa classificação não é pacífica na doutrina, pois segundo Badaró (2018), “o interrogatório do acusado (CPP, arts. 185 a 196), embora previsto no título da prova, em face da previsão constitucional do direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII), constitui, na verdade, meio de defesa”. Nesta linha, prevê o artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”

Além do mais, Badaró (2018, p.393) afirma que:

O rol do CPP não é taxativo, podendo ser mencionada, como prova atípica no processo penal, a inspeção judicial (CPP, art. 3º, cpc arts. 481 a 484). Deve ser lembrado, ainda, que a chamada “reprodução simulada dos fatos” (CPP, art. 7º) é providência igualmente destinada a obter elementos de prova. O CPC prevê que as partes têm o direito de utilizar além de todos os meios legais, “bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código (...)” (art. 369).

À vista dos meios de prova, importante ressaltar sua distinção com os meios de obtenção de prova, que são os instrumentos para se chegar à prova, como por exemplo, a busca e apreensão que embora listada entre os meios de prova, é considerada

doutrinariamente como um meio de obtenção de prova, juntamente com a interceptação telefônica disciplinada na Lei 9.296/1996, a interceptação ambiental e a infiltração de agentes, ambas reguladas na Lei 12.850/2013.

Nas palavras de Lima (2020, p.662):

Essa distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção. Deveras, eventual vício quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endo processual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, inciso LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157 caput).

Isto posto, é imprescindível mencionar as provas ilícitas e provas ilegítimas. Ambas compõem o gênero das provas ilegais, que assim se configuram as provas que de alguma forma violam normas legais de direito processual, material ou garantias constitucionais. As provas ilícitas são aquelas obtidas com violação ao direito material ou constitucional, como por exemplo, se o investigado confessa a prática de um crime mediante tortura, viola, portanto, uma norma constitucional, prevista no artigo 5º, inciso III, que veda o emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante. (BADARÓ, 2018).

As provas ilegítimas, são produzidas no processo, logo, violando as normas processuais. A título de exemplo, quando não se respeitar, no procedimento do tribunal do júri, a antecedência mínima de três dias úteis para juntada aos autos de documento ou a exibição de objeto, dando ciência à parte contrária, descumpra a norma processual constante no artigo 479 do Código de Processo Penal. (LIMA, 2020).

Um detalhe que se faz importante destacar, é o fato das provas ilícitas serem produzidas normalmente em momento anterior ou

simultaneamente ao processo, mas fora deste. Enquanto as provas ilegítimas, como supramencionado, são, geralmente, produzidas dentro do processo, isto é, em seu curso. (BADARÓ, 2018).

A inadmissibilidade das provas ilícitas, é a consequência. Portanto, não se relaciona com nulidade da prova, mas da impossibilidade de compor os autos do processo, devendo ser desentranhadas, assim como determina o artigo 157 do Código de Processo Penal, e como estabelece o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, de modo a ser inadmissíveis essas provas.

Em contrapartida, as provas ilegítimas por violarem uma formalidade processual, podem ser “corrigidas” dentro do processo, através das regras que regulamentam as formas e modalidades de sua produção, impondo a correspondente sanção por sua violação, podendo ser uma mera irregularidade, bem como, o reconhecimento de uma nulidade, absoluta ou relativa (LIMA, 2020).

Vale salientar, que em sede do inquérito policial, ou seja, fase inquisitória que não observa o contraditório, os chamados elementos informativos, visam apurar a materialidade e indícios de autoria do delito, não podendo, por si só, embasar uma condenação. Nesse sentido, que o artigo 155 do Código de Processo Penal, trouxe a distinção entre prova, que é produzida em contraditório judicial, e os elementos informativos que servem de base para que o Ministério Público ofereça denúncia, em caso de ação penal pública, e, para queixa-crime, nos casos de ação penal privada. (BADARÓ, 2018).

Contudo, há três espécies de provas que podem ser produzidas na fase inquisitorial e servirem exclusivamente de base para a formação do convencimento do juiz, são elas: as provas cautelares (possuem um contraditório diferido, ou seja, o contraditório é exercido posteriormente na fase judicial. Como por exemplo, a interceptação telefônica, que somente após conclusão das diligências o investigado terá conhecimento); prova não repetível (assim como as provas cautelares, o contraditório é diferido, pois, é impossível ser novamente produzida em razão, por exemplo, de seu desaparecimento. Exemplificando, uma perícia, que as partes

podem nomear assistentes técnicos e solicitar oitiva do perito em audiência); e as provas antecipadas (nesta espécie o contraditório é real, visto que, há participação das partes em sua produção) conforme Lima (2020).

Dessa forma, constata-se que, o reconhecimento de pessoas realizado na fase inquisitória, é caracterizado como elemento informativo, e que devem ser novamente realizados na fase judicial, tendo em vista não configurar uma dessas exceções supracitadas. Logo, não servem isoladamente como fundamentação para uma condenação.

Buscando garantir a integridade e a autenticidade das provas produzidas durante a investigação ou o processo, a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), estabeleceu um conjunto de procedimentos, denominado cadeia de custódia, descrita nos artigos 158-A ao 158-F, do Código de Processo Penal, que tem início com a preservação do local do crime no qual haja existência de vestígios, e se encerra, em suma, com o descarte do vestígio, geralmente, ao final do processo penal.

Em se tratando do ônus da prova, ou seja, a faculdade das partes produzirem as provas sobre as alegações dos fatos no processo, visando alcançar um objetivo, qual seja, o convencimento do juiz, abrilhanta Capez (2022), em sua definição:

Registre-se, de início, que a prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável. A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação.

Neste cenário, a doutrina divide o ônus em perfeito/absoluto ou imperfeito/relativo. O ônus perfeito (absoluto), é caracterizado quando a não realização dessa faculdade necessariamente acarreta um prejuízo,

como por exemplo, não recorrer de uma sentença condenatória. Por outro lado, o ônus imperfeito (relativo), o não exercício dessa faculdade, poderá, mas não necessariamente, ocasionar um prejuízo, como no caso do ônus da prova. (BADARÓ, 2018).

A distribuição desse ônus, tem como base a primeira parte do artigo 156 do Código de Processo Penal, que dispõe: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”. No entanto, conforme entendimento doutrinário, existem duas correntes para determinar qual seria o ônus da prova da acusação e da defesa no processo penal.

Uma primeira corrente, minoritária, defende que no processo penal, em razão do princípio da presunção de inocência, o ônus da prova recai exclusivamente sobre a acusação. A segunda corrente, majoritária, dispõe que à acusação compete provar a existência do fato e sua autoria, os elementos subjetivos do dolo ou culpa, a relação de causalidade e a existência de qualificadoras, circunstâncias agravantes e causas de aumento de pena. Já à defesa incumbe provar excludentes de ilicitude, culpabilidade ou tipicidade, Privilegiadora, atenuantes e causas de diminuição de pena.

Existem diferentes sistemas de valoração da prova no processo penal de acordo com Badaró (2018, s/p). São eles:

- a) Sistema da prova tarifada: nesse sistema, as provas têm um valor pré-estabelecido em lei, ou seja, cada prova tem um valor fixo e determinado. É um sistema que busca maior segurança jurídica, mas pode acabar restringindo a análise das provas de forma mais ampla;
- b) Sistema da livre convicção motivada: nesse sistema, o juiz tem liberdade para analisar as provas e formar sua convicção de acordo com seu próprio convencimento, mas deve fundamentar sua decisão de forma clara e objetiva, explicando as razões que o levaram a decidir de determinada forma;
- c) Sistema da íntima convicção: nesse sistema, o juiz tem total liberdade para formar sua convicção, independentemente das provas apresentadas. Esse sistema é adotado em alguns países, mas é criticado por ser subjetivo e pouco transparente.

No Brasil, adota-se o sistema do livre convencimento motivado, em que o juiz tem liberdade para analisar as provas e formar sua convicção, mas deve fundamentar sua decisão de forma clara e objetiva, explicando as razões que o levaram a tal feito.

É o que se conclui com a leitura do artigo 155 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Em suma, significa dizer que o juiz deve considerar todas as provas produzidas no curso do processo, analisando-as de forma crítica e imparcial, para formar sua convicção de maneira fundamentada e racional. Além disso, deve se ater ao princípio do contraditório, permitindo que as partes se manifestem sobre as provas apresentadas.

Ainda sobre a valoração das provas pelo juiz, surge neste contexto, o chamado *standard probatório*, que pode ser definido como níveis de critérios de suficiência da prova. No processo penal se refere ao grau de evidência necessário para se chegar a uma conclusão sobre a culpa ou inocência do acusado. Em outras palavras, é o nível de prova que deve ser apresentado pela acusação para convencer o juiz de que o acusado é culpado além de qualquer dúvida razoável.

No sistema jurídico brasileiro, o *standard probatório* mais comum é o da "prova além

da dúvida razoável", que exige que a acusação apresente provas suficientes e convincentes para eliminar qualquer dúvida plausível de que o acusado cometeu o crime.

Todavia, existem outros níveis probatórios, como sustenta Capez (2022, p.434):

Apenas a título exemplificativo, elencam-se alguns standards ou "modelos de constatação", diversos da "prova além da dúvida razoável, frequentemente utilizados no processo penal brasileiro: para a prisão temporária bastam "fundadas razões (...) de autoria" (Lei 7.960/89, art. 1º, III), enquanto para a prisão preventiva é necessário "indícios suficientes de autoria" (CPP, art. 312, caput); já para a pronúncia não basta - no singular - indício suficiente, sendo exigidos "indícios suficientes de autoria" (CPP, art. 413, caput); por outro

lado, para o sequestro, “indícios veementes de proveniência ilícita dos bens” (art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a “dúvida sobre a integridade mental do acusado” (CPP, art. 419, caput). Nas diversas situações mencionadas há variações do grau de probabilidade exigida, desde uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, até uma probabilidade reforçada e qualificada.

Portanto, outros *standards* probatórios podem ser adotados em casos específicos, como o “indício suficiente” ou o “indício razoável”, que tendem a um grau menor de prova do que a “prova além da dúvida razoável”.

## **O RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL**

O presente capítulo visa discorrer em específico sobre a prova em espécie do reconhecimento de pessoas no processo penal. Trata-se de um meio de prova nominado e típico, já que possui denominação legal e um procedimento descrito na lei que deve ser observado.

O reconhecimento nas palavras de Lopes Jr. (2020, p. 770):

é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências. Quando coincide a recordação empírica com essa nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, ocorre o reconhecer.

O Código de Processo Penal em seus artigos 226 a 228, regulamenta o procedimento para o reconhecimento de pessoas e coisas. Contudo, por ser objeto central do presente artigo, será tratado com exclusividade o reconhecimento de pessoas.

Como salienta Lima (2020), o reconhecimento pessoal pode ser realizado tanto na fase pré-processual (investigação preliminar) como na fase processual (em audiência). O procedimento para sua realização está estabelecido nos incisos do artigo 226 do Código de

Processo Penal, e sua inobservância constitui nulidade, tendo em vista ser uma garantia fundamental para a assiduidade da prova.

Esse entendimento foi firmado recentemente pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na decisão do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP. Pois, havia um entendimento jurisprudencial anterior, no sentido de que as irregularidades no ato do reconhecimento pessoal do acusado não ensejam nulidade, visto que, as previsões do artigo 226 do Código Processual, eram meras recomendações legais. (BADARÓ, 2018).

No entanto, esse posicionamento foi afastado, conforme segue um trecho da decisão supracitada:

RECURSO ORDINÁRIO NO HABEAS CORPUS. CONHECIMENTO. A JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADMITE O MANEJO EXCEPCIONAL DO HABEAS CORPUS COMO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL, EM CASOS DE MANIFESTA ILEGALIDADE CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE N RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO, EMBORA RENOVADO EM JUÍZO, AMBOS EM DESACORDO COM O REGIME PROCEDIMENTAL PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. SUPERAÇÃO DA IDEIA DE “MERA RECOMENDAÇÃO”. TIPICIDADE PROCESSUAL, SOB PENA DE NULIDADE. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas.[...]Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria.(STF - RHC: 206846 SP 0218471-28.2020.3.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 22/02/2022, Segunda Turma, Data de Publicação: 25/05/2022, grifo meu)

A vulnerabilidade do reconhecimento está intimamente ligada à sua subjetividade e as influências externas que podem interferir na percepção e na memória da vítima ou testemunha. Isso porque, são influenciadas por uma série de fatores, como a qualidade da iluminação, a distância, o estresse do momento do crime, a duração do contato visual com o suspeito, entre outros. Portanto, esses fatores podem afetar a precisão e a confiabilidade da identificação, levando a erros e injustiças.

Nessa linha, Lopes Jr. (2022, p. 596):

O reconhecimento pessoal é uma prova essencialmente precária, por depender da memória (e sua imensa fragilidade), da capacidade de atenção em situações quase sempre traumáticas e violentas; por depender da maior ou menor qualidade dos sentidos de quem é chamado a reconhecer; da fragilidade em relação às pré-compreensões e estereótipos etc.

Além disso, a fragilidade do reconhecimento de pessoas pode ser agravada pela presença de sugestões externas, como por exemplo, um policial que conduz à identificação, que inadvertidamente transmite informações ou sinais que induzem a escolha da testemunha, comprometendo a credibilidade do reconhecimento como prova válida.

Esses breves apontamentos, por si só, demonstram a vulnerabilidade do reconhecimento, visto que deriva da lembrança psíquica que a vítima ou testemunha tem do fato e de seu autor.

O reconhecimento de pessoas, como já mencionado, está descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal e estabelece uma os seguintes critérios:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da

pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Como visto, o inciso III, permite que esse reconhecimento seja realizado sem que o suspeito veja quem o está identificando. Sobre essa possibilidade, dispõe Capez (2021, p.176):

atenta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e ciente da natureza acusatória do processo criminal brasileiro, pela qual o acusado tem o direito de conhecer todas as provas contra si produzidas, a lei proibiu aplicação do mencionado inciso III em juízo, quer em plenário de julgamento, quer na fase de instrução criminal (CPP, art. 226, parágrafo único).

Entretanto, apesar do impedimento imposto pelo parágrafo único do artigo supracitado, é comum a prática desse procedimento em sede de julgamento, o que constitui uma irregularidade exercida pelos magistrados, quando questionam a vítima ou testemunha se reconhecem como autor do fato o réu ali presente. Segundo entendimento de Lopes Jr. (2021, p. 596):

É uma perigosa informalidade quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se reconhecem o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato". Essa "simplificação" arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do "livre convencimento do julgador", a prática pode ensejar nulidade.

Neste cenário, insta destacar, que foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 395 e 444, a inconstitucionalidade da condução coercitiva dos investigados e réus, vez que, não poderão ser obrigados a participar do

reconhecimento pessoal, em razão do seu direito de defesa e não autoincriminação.

Como segue um fragmento da decisão norteadada pelo relator Ministro Gilmar Mendes:

o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão 'para o interrogatório', constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. A decisão, a nosso juízo, alcance também a vedação de condução coercitiva para reconhecimento pessoal. (STF - ADPF: 444 DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/06/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/05/2019)

Respeitando as devidas cautelas para realizar o reconhecimento, sobretudo o direito do suspeito ou acusado de não participar, a autoridade responsável pelo procedimento (juiz ou autoridade policial) deverá colocar ao lado do imputado outras pessoas que possua características físicas semelhantes.

Nessa perspectiva, deve-se analisar dois critérios, um com relação ao número de pessoas que devem ser colocadas ao lado do imputado e outro sobre a necessidade de possuir semelhança física. Sobre a quantidade de pessoas, o Código de Processo Penal é omissivo, mas o entendimento doutrinário é que esse número não seja inferior a 5 (cinco), contando com o suspeito. Na questão das semelhanças físicas, essa exigência visa tornar esse procedimento menos induzido possível, colocando ao lado do suspeito pessoas com semelhante porte físico, estatura, cor de pele, cor de cabelo etc. (LOPES JR., 2021).

Uma prática que apesar de não prevista no Código de Processo Penal, mas admitida pela doutrina e jurisprudência, que vem sendo utilizada como forma de identificação do suspeito, é o

reconhecimento por fotografia, que deve respeitar as formalidades do reconhecimento pessoal (art. 226 do CPP).

Assim estabeleceu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus 598.886/SC:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.[...] I) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do CPP, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime. II) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo. III) Pode, porém, o magistrado realizar em juízo o ato de reconhecimento formal desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento. IV) O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia, deve seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. (STJ - HC: 598.886 - SC 2020/0179682-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 27/10/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020, grifo meu)

Em síntese, o reconhecimento fotográfico, cerne da supra decisão, é aquele feito pela vítima ou testemunha em sede de delegacia de polícia geralmente logo após os fatos, momento em que lhe é apresentado retrato de diversos indivíduos a fim de que possa identificar aquele que supostamente cometeu o crime, sendo comum nas delegacias a existência de álbuns fotográficos compostos por imagens de pessoas que possuem antecedentes criminais.

Contudo, apesar do firme entendimento do Tribunal Superior, sobre a observância dos requisitos impostos pela norma processual ao proceder com o reconhecimento fotográfico na fase de investigação preliminar, ainda ocorre sua negligência, ocasionando reconhecimentos errôneos e consequentemente grandes injustiças, como será exposto mais adiante no presente artigo.

Essa flexibilização adotada para o reconhecimento do suspeito, sem respeitar a formalidade descrita no artigo 226 do Código de Processo Penal, qual seja, num primeiro momento, descrever o suspeito e somente depois ser apresentada fotos de indivíduos com características semelhantes, acaba por comprometer a confiabilidade desse reconhecimento, pois, tendo em vista o cenário em que ele se realiza, bem como, a condição psicológica do reconhecedor, há uma forte influência dos diversos sentimentos que decorrem da situação vivenciada, muitas vezes traumática.

Sobretudo, segundo Lima (2020), o reconhecimento fotográfico pode ser utilizado, mas não de forma a querer avaliá-lo como prova em juízo, ou seja, pode se valer dele como um ato preparatório de um posterior reconhecimento pessoal que deverá ser feito presencialmente, seja em uma delegacia de polícia ou em juízo. Ademais, como abordado no primeiro capítulo, os elementos informativos colhidos na fase inquisitiva não podem sustentar isoladamente uma condenação, é o que estabelece o artigo 155, do Código de Processo penal.

Infere-se, portanto, que o reconhecimento fotográfico deverá ser realizado na instrução penal como prova quando estiver acompanhado de outros elementos probatórios, como por exemplo, depoimentos de testemunhas, de forma subsidiária, pois é um mecanismo a ser mais suscetível à falibilidade.

Neste contexto, consoante ao Seminário Técnico sobre Reconhecimento Pessoal em Processos Criminais, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizado no dia

de outubro de 2021, que contou com a participação de especialistas, foi mencionado um estudo realizado pela Defensoria

Pública do Rio de Janeiro, demonstrando que o racismo implantado nesse procedimento, causa prisões ilegais e condenação de inocentes, conforme o trecho a seguir, do texto de Montenegro (2021), da Agência CNJ de Notícias:

Um estudo da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ) que analisou 32 casos de pessoas acusadas graças ao reconhecimento pessoal e depois inocentadas pela Justiça revelou que em 83% dos casos tratava-se de pessoas negras. Os casos encaminhados por defensores públicos de 10 estados se referiam a processos ajuizados entre 2012 e 2020. Em 60% das ações, antes de serem inocentadas no tribunal, as pessoas indevidamente reconhecidas em vez dos verdadeiros autores dos crimes passaram oito meses presas, em média.

Isto posto, entende-se a essencial importância de se respeitar todas as formalidades impostas para o reconhecimento, bem como, a necessidade de corroborar, juntamente com esse reconhecimento, outras provas capazes de gerar a convicção do juiz.

## **A ILEGALIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NO HABEAS CORPUS 608.756/SP**

O objetivo do atual capítulo é descrever à luz do caso concreto, utilizando como paradigma o Habeas Corpus 608.756/SP, como os apontamentos realizados no capítulo anterior tem estrita consequência na persecução penal.

Sobre os autos em análise, trata-se do paciente Regiam Rodrigues dos Santos, atualmente com 24 anos, desempregado, cor de pele pardo, que fora preso em flagrante no dia 13 de outubro de 2018, ao fim da noite, enquanto caminhava pelo parque Jacuí em São Paulo, momento em que os policiais militares o abordaram pois estavam à procura de um suspeito de ter participado de um crime de roubo acontecido por volta das 21:00h.

Apesar de não encontrarem nada de ilícito em posse do suspeito, os policiais tiraram uma foto e enviaram pelo aplicativo WhatsApp à guarnição que estava atendendo às vítimas do referido

assalto. Apresentada às vítimas a foto do suspeito, enviada na altura daquela noite, elas o reconheceram, o que levou os policiais darem imediata voz de prisão ao paciente como um dos autores do delito.

No presente caso, o reconhecimento do paciente pelas vítimas se revestiu de verdadeira imposição de culpa, uma vez que a autoridade policial, contaminou a prova de erro, induzindo as vítimas a erroneamente reconhecerem o paciente. Isso porque, o envio de uma única foto do paciente via WhatsApp para as vítimas, no limite da noite, apresentando às mesmas o paciente como suspeito apreendido, violou por completo a formalidade prevista no ordenamento jurídico.

Visto que, a norma legal prevê a necessidade da descrição da pessoa a ser reconhecida pela vítima, bem como de se espelhar o reconhecimento em pessoas com características semelhantes com o provável suspeito, de modo a assegurar a lisura e imparcialidade do ato de se reconhecer, não imputando a culpa primeiro, para que depois se reconheça e mais depois ainda se descreva o provável suspeito, constata-se que nenhuma dessas exigências legais foi observada.

Sem embargo, o Ministério Público ofereceu denúncia em face do paciente, como incurso no crime previsto no artigo 157, §2º, inciso II e §2º-A, inciso I do Código Penal (roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo), por três vezes, em concurso formal.

Sobrevindo sentença condenatória, o magistrado da 13ª Vara Criminal do Foro Criminal da Barra Funda da Comarca de São Paulo/SP, julgou procedente a ação penal para condenar o paciente à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor mínimo.

A defesa do paciente apresentou recurso de Apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contestando a validade do reconhecimento em fase policial, o que segundo a defesa tornou o reconhecimento nulo, requerendo assim, a absolvição do acusado

por ausência de constatação da autoria. Ao julgar a Apelação defensiva, a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, negou provimento ao recurso.

Permanecendo, portanto, o paciente preso, inconformado pela injustiça que estava enfrentando, escreveu de próprio punho, uma carta à Defensoria Pública da União no dia 14 de julho de 2020, solicitando assistência jurídica em seu favor, declarando sua inocência e pedindo uma revisão criminal.

Foi quando a Defensoria Pública da União, assumiu o caso e entrou com o referido Habeas Corpus no dia 25 de agosto de 2020, requerendo liminarmente a liberdade do paciente até o julgamento final, bem como, a reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, fazendo cessar o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, de modo que ele seja absolvido, ante a nulidade do reconhecimento realizado em sede policial.

Em sua fundamentação, a defensoria sustentou que o reconhecimento fotográfico do condenado, procedido pelos agentes de segurança pública na ocasião da sua apreensão, foi realizado em afronta ao disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, desvirtuando, além do instituto jurídico, qualquer possibilidade de racional reconhecimento.

Em decisão proferida no dia 01 de setembro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça, especificamente, a relatora Ministra Laurita Vaz, em julgamento monocrático, decidiu pelo indeferimento liminar do pedido, sob o fundamento de que o acórdão transitou em julgado para as partes no dia 24 de abril de 2019. Portanto, diante de tal situação, não deveria ser conhecida a ordem do habeas corpus, pois, para a relatora, foi manejado como substitutivo de revisão criminal.

Além do mais, manifestou que não havia flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão do habeas corpus de ofício, tendo em vista que em sede de recurso, foi proferida decisão comprovando a prática do crime pelo Paciente.

Assim sendo, a Defensoria Pública da União interpôs agravo regimental, que lhe foi negado provimento. Opostos embargos de

declaração, a Turma o rejeitou. Posteriormente interpôs Recurso Ordinário.

Em 28 de setembro de 2021, o Ministro Gilmar Mendes deferiu o pedido liminar realizado no recurso ordinário, determinando a soltura do paciente, em razão de aparente ilegalidade no reconhecimento fotográfico na fase pré-processual.

O julgamento realizado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, teve início no dia 23 de novembro de 2021. O voto de abertura proferido pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, foi no sentido do provimento ao recurso de habeas corpus para absolver o recorrente ante a nulidade do reconhecimento e a ausência de provas independentes.

Isso devido a inobservância, tanto em sede policial quanto em audiência, do reconhecimento, afrontando a disposição do artigo 226 do Código de Processo Penal. Bem como, em razão das contradições nos depoimentos das vítimas.

Conforme segue trecho do voto do Relator:

Portanto, como regra geral, o reconhecimento pessoal há de seguir as diretrizes determinadas pelo Código de Processo Penal, de modo que a irregularidade deve ocasionar a nulidade do elemento produzido, tornando-se imprestável para justificar eventual sentença condenatória em razão de sua fragilidade cognitiva. Ademais, a repetição em juízo do ato anteriormente produzido em desconformidade legal não garante a sua confiabilidade, de modo que igualmente não se presta a fundamentar a condenação. (STF - RHC: 206846 SP 0218471-28.2020.3.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 22/02/2022, Segunda Turma, Data de Publicação: 25/05/2022)

Tendo por base seus fundamentos, a razão de ser este o seu voto, é pelo fato do processo penal ser um instrumento de limitação do poder punitivo estatal. Portanto, deve observar os direitos e garantias individuais contra possíveis abusos do Estado. Nesse sentido, o processo penal busca verificar a tese acusatória em um procedimento desenvolvido em contraditório, perante um juízo imparcial e com respeito ao devido processo.

Nessa perspectiva, se faz necessário ressaltar um dos pilares fundamentais do processo penal, o princípio da presunção de inocência, contido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que tem como objetivo garantir que o Estado só possa condenar uma pessoa quando houver provas concretas e suficientes de sua culpabilidade.

À vista disso, constata-se a importância do respeito às formalidades previstas na

legislação para a produção da prova através do reconhecimento de pessoas. Pois trata-se de postura necessária para buscar maior confiabilidade da informação inserida no processo judicial e, assim, reduzir os riscos de condenação de pessoas inocentes.

Ainda, o posicionamento do eminente ministro, é no sentido de consolidar que mesmo que haja a repetição, em juízo, do reconhecimento realizado ilegalmente na fase de investigação preliminar, não pode fundamentar, isoladamente, a condenação.

Por isso, como já tratado no capítulo anterior, os meios probatórios, especialmente os mais tradicionais, como a prova testemunhal e o reconhecimento de pessoas, que dependem necessariamente da memória, a qual é passível de falhas, impõe-se o dever de análise com o rigor necessário à sua complexidade.

Em contrapartida, o Ministro Ricardo Lewandowski, votou pelo improvimento do recurso. Não obstante, ter compartilhado inicialmente, das fundadas e relevantes explanações do relator, quanto à observância das formalidades legais em relação ao procedimento do reconhecimento à luz do ordenamento jurídico, divergiu a despeito da conclusão.

Em seu entendimento, ainda que o reconhecimento do paciente na fase policial não tenha observado a integralidade das disposições contidas no artigo 226 do Código de Processo Penal, entende como suficiente os depoimentos que foram reafirmados pelas vítimas no curso da instrução judicial. Além do que, as divergências nos depoimentos foram simples desconexões.

Assim, um recorte de seu voto:

Não se nega o fato de, na fase de inquérito policial, os ofendidos possam ter reconhecido inicialmente o paciente por fotografia, a indicar prima facie uma grave irregularidade. Ocorre que, conforme já explicitado, sobrevieram os reconhecimentos pessoais realizados pelas vítimas, tanto na delegacia quanto em juízo, sem qualquer impugnação da defesa técnica do paciente. Tal mosaico fático, acrescido dos depoimentos dos policiais militares, a meu sentir, traduz um quadro seguro quanto à autoria dos ilícitos penais. (STF - RHC: 206846 SP 0218471-28.2020.3.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 22/02/2022, Segunda Turma, Data de Publicação: 25/05/2022)

Acompanhando o voto anterior, o Ministro André Mendonça, negou provimento ao recurso, mesmo não acolhendo o ato do reconhecimento. O seu voto foi no sentido de que embora não seja desprezível o reconhecimento, por não obedecer as formalidades, ele perde a sua força como reconhecimento, mas que ainda assim prevalece às testemunhas. Ou seja, os policiais que realizaram as diligências.

Com relação às divergências apontadas nas declarações das vítimas, sua fundamentação permeou na explicação teórica sobre a psicologia criminal, acerca de que essas incongruências seriam a não identidade de narrativas, que não desqualificam, por si só, a narrativa dos fatos.

Conforme excerto de seu voto:

No tocante à prova testemunhal e às possíveis existentes, eu não chamaria de divergências, também como fez o Ministro Lewandowski, mas não identidade de narrativas. Não fui um profundo estudioso da psicologia criminal, mas estudei um pouco, principalmente à luz da prova testemunhal, que, em primeiro lugar, as divergências ou pequenas divergências nas narrativas, ao contrário, a princípio, de evidenciar uma contradição, às vezes trazem mais prospecção à luz da realidade. Por quê? Porque a exata similitude de narrativas tem uma tendência de trazer algo pré- programado de narrativa, ou seja, as pessoas combinaram aquilo. (STF - RHC: 206846 SP 0218471-28.2020.3.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 22/02/2022, Segunda Turma, Data de Publicação: 25/05/2022)

O Ministro Edson Fachin, seguindo restrito os fundamentos apresentados pelo eminente Ministro-Relator, acompanhou seu

voto para o provimento do recurso. Nesse sentido, foi o voto do Ministro Nunes Marques, que fundamentou seu posicionamento pelo provimento do recurso, apontando a violação da garantia fundamental ao exercício da ampla defesa do acusado e, portanto, ignorada na fase investigativa e indevidamente confirmado na esfera judicial.

Como segue fragmento de seu voto:

Desde logo, salta aos olhos a constatação de que o procedimento probatório exigido para o reconhecimento pessoal, previsto no art. 226 do Código de Processo Penal – garantia fundamental ao exercício da ampla defesa do acusado e, portanto, de observância obrigatória pelos operadores do direito – , foi solenemente ignorado na fase investigativa e indevidamente chancelado na esfera judicial. (STF - RHC206846 SP 0218471-28.2020.3.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 22/02/2022, Segunda Turma, Data de Publicação: 25/05/2022).

Em suma, nos termos dos votos favoráveis, os argumentos guardam correspondência pelos mesmos fundamentos, quais sejam, a preponderância das garantias fundamentais, como o devido processo legal, que segundo o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, deve assegurar o contraditório e a ampla defesa, também estabelecidos na Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LV.

Ainda, nota-se que as expostas negligências das formalidades, ensejaram a desvalorização do reconhecimento e resultou no entendimento de que o Órgão acusador não reuniu provas aptas a formarem, para além de qualquer dúvida razoável, o juízo de certeza necessário à condenação do recorrente.

Foi então, que no dia 22 de fevereiro de 2022, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, declarou a absolvição do jovem Regiam Rodrigues dos Santos, sendo reconhecida a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para condenação, uma vez que, fora inicialmente condenado com base unicamente nessa prova.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto pelo presente artigo, constatamos que a teoria geral da prova, é um compilado de fundamentos e critérios estabelecidos em busca da garantia que as provas no processo penal serão produzidas de forma válida, lícita e suficiente para demonstrar a veracidade dos fatos alegados pelas partes e, conseqüentemente, formar o convencimento do julgador.

Além disso, as provas devem ser observadas de forma sistemática, ou seja, é preciso que se considere o conjunto probatório como um todo, avaliando-se a consistência e comparação das provas apresentadas. Não sendo possível, por exemplo, condenar o acusado com base apenas em uma única prova ou que seja duvidosa.

Importante ressaltar que as provas necessitam estar em consonância com os limites legais e respeitando as garantias do acusado. As provas produzidas de forma ilegal, sem a devida observância, são inadmissíveis e não podem ser admitidas no processo penal. No intuito de demonstrar essa necessidade, em específico, utilizando-se da prova em espécie do reconhecimento de pessoas, é possível perceber que como meio de prova no processo penal, ela pode ensejar, se não observada sua formalidade contida na norma processual, em falha na identificação do suspeito, gerando, via de consequência, um julgamento falho.

Ademais, foi abordado sobre a flexibilização do reconhecimento pessoal, ao permitir que se faça o reconhecimento por fotografia, seguindo as formalidades do artigo 226, do Código de Processo Penal. Contudo, num primeiro momento, havia um posicionamento jurisprudencial de que essa formalidade era mera recomendação. Portanto, sua irregularidade não geraria nulidade do ato.

Felizmente, esse entendimento foi afastado com a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 206.846/SP. Na realidade, essa decisão em nada inovou, visto que, apenas estabeleceu o que já decorre dos direitos e garantias previstas no Código de Processo

Penal, que derivam do nosso sistema penal acusatório. Foi demonstrado por análise do Habeas Corpus 608.756/SP, o impacto que a

inobservância da formalidade, no reconhecimento pessoal, igualmente, no reconhecimento fotográfico, pode causar no caso concreto. Restou claro, que a prova gerada em meio à irregularidade, pode levar à condenação de inocentes e que esse erro não comporta justificativas.

Em síntese, o presente artigo se dedicou a apresentar apenas um caso que expressa a vulnerabilidade do reconhecimento de pessoa no processo penal. Mas, ciente de que coexistem inúmeros julgamentos que foram embasados com reconhecimentos irregulares. Isso porque, a Suprema Corte necessitou estabelecer com veemência o dever de obediência à ordem processual, sob pena de nulidade absoluta.

Por fim, nota-se, o importante valor da prova no processo penal, e que a decisão do juiz deve ser fundamentada em provas concretas e confiáveis, a fim de se chegar a uma decisão justa e equilibrada.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. 6º ed. revista, atual e amplificada. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/consintuição/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consintuição/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 set 2022.

BRASIL. Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 07 set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 206.846/SP 0218471-28.2020.3.00.0000. Relator: Min.

Gilmar Mendes. DJ: 22/02/2022. Jusbrasil, 2022. Disponível em:<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1512838241/inteiro-teor-1512838265>>. Acesso em: 08 de mar 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 444. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 14/06/2018. Brasília, 2018. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>>.

Acesso em: 08 de mar 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: HC 598.886/SC 2020/0179682-3. Relator: Min. Rogério Sachetti Cruz. DJ: 27/10/2020. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1206308161/inteiro-teor-1206308173>>. Acesso em: 08 de mar 2023.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN9786555595895. Disponível em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595895/>. Acesso em: 15 out 2022.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620704. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620704/>>. Acesso em: 21 Abr 2023.

JUNIOR, A. L. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620520. Disponível em :<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/>>.

Acesso em: 07 set 2022.

JUNIOR, A. C. L. L. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555590005. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>>. Acesso em: 07 mar 2023.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**: Volume Único. 8º ed. revista, atual e amplificada. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MONTENEGRO, M. C. Especialistas pautam discriminação racial no debate sobre reconhecimento de pessoas como prova. 26 de out de 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/especialistas->

pautam-discriminacao-racial-no-debate-sobre- reconhecimento-de-  
pessoas-como-prova/>. Acesso em: 02 maio 2023.

NUCCI, G. S. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021.  
E-book. 9786559640119. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/>>. Acesso em: 06 set 2022.



## REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO

Brenda de Souza Kunzler  
João Paulo Calves  
Jeferson Borges dos Santos Júnior  
Jodascil Gonçalves Lopes

### INTRODUÇÃO

O estudo tem como parâmetro o regime semiaberto harmonizado, sendo este um tema, tema atual e relevante no contexto do sistema carcerário brasileiro devido a superlotação dos estabelecimentos penais e a falta de estrutura adequada para o cumprimento de pena têm levado a jurisprudência a buscar alternativas menos gravosas ao condenado.

Nesse sentido, através do objetivo geral desta pesquisa compreendeu-se o regime semiaberto harmonizado como uma alternativa para o cumprimento de pena no sistema carcerário brasileiro, analisando seus aspectos legais, práticos e sociais.

E os objetivos específicos analisaram a evolução histórica das penas e as finalidades do sistema penal; compreender os regimes de cumprimento de pena no Brasil, com ênfase no regime semiaberto harmonizado e investigar as razões contemporâneas da harmonização do regime semiaberto e seus efeitos na execução penal:

A pergunta problema norteadora deste estudo buscou responder como o regime semiaberto harmonizado, em conformidade com as finalidades das penas previstas em lei, se estabelece como alternativa para o cumprimento de pena no Brasil.

A justificativa reside na relevância e importância deste assunto no âmbito da execução penal no Brasil. O sistema carcerário brasileiro enfrenta problemas de superlotação, falta de infraestrutura adequada e violação de direitos humanos, o que demanda a busca por alternativas para a execução da pena de forma

mais humanizada e eficiente. O regime semiaberto harmonizado, que combina a monitoração eletrônica com a flexibilização das condições de cumprimento da pena, é uma dessas alternativas, e pode contribuir para a redução da superlotação e para a ressocialização dos condenados.

Dessa forma, fundamentou-se em explorar a finalidade das penas, os regimes de cumprimento de pena no Brasil, e o conceito e as razões contemporâneas da harmonização do regime semiaberto, buscando fornecer uma compreensão ampla e aprofundada do assunto. Com isso, o trabalho contribui para o debate e o aprimoramento das políticas públicas relacionadas à execução penal, além de oferecer subsídios para a atuação dos profissionais da área jurídica e do sistema prisional.

O regime semiaberto harmonizado surge com a ineficiência estatal por falta de vaga prisional, sendo um método de cumprimento da pena, mediante ao monitoramento eletrônico, que uma solução ao invés do indivíduo retornar à unidade prisional durante a noite, poderá inclusive ter a possibilidade deslocar da sua residência e o local onde trabalha, sem prejuízo das regras. Teve sua utilização expandida aos detentos com direito a progressão ao regime semiaberto após a corte suprema editar a Súmula Vinculante no 56, em 2016.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do estudo foi uma pesquisa qualitativa em revisão de literatura, onde utilizou-se de artigos, livros, jurisprudências, doutrinas, teses, dissertações, Leis, Decretos e a Constituição Federal, entre outras fontes bibliográficas no período de 2016 a 2023, de modo que artigos antigos de caráter conceitual não foram excluídos.

Neste contexto, o estudo tem caráter hipotético-dedutivo idealizado através de análise das fontes selecionadas, discutindo essa nova forma de cumprimento de pena. Observou-se a análise de exemplos relacionados com a área do presente tema “regime semiaberto harmonizado”, como uma das alternativas de cumprimento de pena em contraposto à ineficácia do estado.

Dessa forma, o artigo foi subdividido em três capítulos, hipótese em que, o primeiro capítulo "Finalidades das penas", aborda o conceito histórico das penas e as teorias que buscam justificar sua aplicação, analisando os três grandes grupos: teoria absoluta, teoria preventiva e teoria mista da pena.

Sucessivamente o segundo capítulo, "Regimes de cumprimento de pena no Brasil", explora a Lei de Execução Penal e apresenta os três regimes penais existentes: fechado, semiaberto e aberto. São abordados os critérios que determinam o regime de cumprimento da pena, como espécie e quantidade da pena e reincidência.

O último capítulo. "Regime semiaberto harmonizado", é o foco principal do estudo e se divide em duas partes. A primeira, "Conceito do regime semiaberto harmonizado", traz a definição e características desse regime, que busca flexibilizar as condições de cumprimento da pena para evitar a manutenção do condenado em regimes mais gravosos do que o estabelecido em sentença.

A segunda parte, "Razões contemporâneas da harmonização do regime semiaberto", apresenta as justificativas para a adoção do regime semiaberto harmonizado, incluindo a superlotação do sistema carcerário, a busca pela ressocialização do condenado e a humanização da pena.

## **FINALIDADES DAS PENAS**

O intuito desse capítulo e mostra as finalidades das penas, abordando conceitos históricos das penas e as teorias que buscam trazer a justificativa das aplicações, analisando os três grandes grupos, sendo elas a teoria absoluta, teoria preventiva e teoria mista da pena e sucessivamente também analisa a teoria agnóstica da pena e ressocialização. Mostra nesse capítulo que algumas teorias buscam unicamente punir, enquanto outras buscam prevenir de forma em geral, específica ou também recuperar o condenado, há também teoria unificadora, com seu objetivo de buscar a conciliar a

abordagem absoluta e preventiva com propósito trazer equilíbrio e paz para bem jurídico.

## TEORIA ABSOLUTA DA PENA

Através deste capítulo busca-se discutir os principais conceitos e fundamentos da teoria absoluta da pena e sua relação com o sistema de justiça criminal e o cumprimento de pena no Brasil. Ademais, também busca-se explorar outras teorias sobre a aplicação da pena, como a teoria da prevenção, mista e da ressocialização, e discutir como essas teorias podem ser aplicadas ao regime semiaberto harmonizado.

Inicialmente, de acordo com as teorias absolutas ou retributivas, a pena é vista como uma forma de retribuição ao criminoso por sua conduta ilícita contra a sociedade ou contra particulares, tendo o Estado como responsável por sua aplicação com o único propósito de punir o condenado. Desse modo, a finalidade da pena é exclusivamente punir o autor de uma infração penal, sem qualquer outro objetivo além da retribuição pelo mal praticado (SOUZA, 2006).

O Estado absoluto surge o retribucionismo como aspecto justificador da pena, a tal teoria não apresenta efeito social de reinserção do indivíduo na sociedade após a extinção da punibilidade ou de prevenção da sociedade, traz uma ideia de retribuição por todo mal que foi causado, como no entendimento de Bittencourt (2011, p. 118):

Segundo esse esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre justo e injusto

Para essas correntes, a resposta do Estado a um mal deve ser outro mal, desde que esteja em conformidade com as leis,

autorizando o Estado a praticar um mal ao indivíduo somente se este o tiver praticado primeiro. As ideias absolutas tiveram origem no idealismo alemão, sendo os principais filósofos representantes dessa corrente Immanuel Kant, por meio de sua teoria da retribuição ética ou moral, e Friedrich Hegel, com sua teoria da retribuição lógico-jurídica.

A incompatibilidade existente entre Estado Democrático de Direito e o retribucionismo fez surgir críticas doutrinárias à teoria absoluta da pena. A premissa de que a pena exige a retribuição é carente de fundamentação, dessa maneira nada impede que a pena concentre em torno do indivíduo os esforços ressocialização.

Para Silva (2002, p.35), a teoria absoluta tem por sua precariedade a retribuição:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma.

Em leitura analógica, Carvalho Neto (1999, p. 15) relata que a teoria absoluta tem por finalidade retribuir, com sua característica a negação do direito, ressaltando que os demais efeitos secundários da pena em nada influenciam em seu verdadeiro:

Pela teoria absoluta, a pena tem uma finalidade retribucionista, visando à restauração da ordem atingida. HEGEL assinalava que a pena era a negação da negação do direito. Já KANT disse que, caso um estado fosse dissolvido voluntariamente, seria necessário antes executar o último assassino, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo o povo. Para esta teoria, todos os demais efeitos da pena (intimidação, correção, supressão do meio social) nada têm a ver com a sua natureza. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado. Como afirma FERNANDO FUKUSSANA, a culpabilidade do autor é compensada pela imposição de um mal penal. Consequência dessa teoria é que somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal.

Conclui-se que a teoria absoluta tem como único objetivo punir o condenado com retribuição do mal, aplicando um mal igual através da pena, a fim de mostrar as consequências do delito cometido. Essa teoria é considerada uma forma de fazer justiça, não havendo qualquer outra finalidade de punição. Analisa-se as consequências do próprio ato para demonstrar a gravidade do delito cometido.

## TEORIA PREVENTIVA

A teoria preventiva ou também conhecida como teoria relativa da pena, na qual trata-se de um efeito social, no qual a prevenção do comportamento do delito, dessa forma se aplica por meio da pena com objetivo de evitar novos delitos sejam cometidos no meio social. Um ponto negativo tem como aspecto a ameaça da punição, sendo assim agindo de forma psicológica social com o feito de prevenir, tendo como intuito o de que esse não venha a delinquir por medo de se encontrar na situação do próprio apenado.

Segundo análise de Rogério Greco (2012 p.473) baseia na ideia de:

Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltado na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal.

Trata-se de uma teoria falha conforme relata a corrente doutrinária citada, após não ser capaz de reduzir os índices criminais. Surge a teoria preventiva geral positiva, não tratando mais ao controle social por meio de ameaça da pena, mas sim do reforço necessário com a fidelidade dos valores éticos jurídicos, nas palavras de Bittencourt (2011, pg.145) “a pena passa, então, a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico”

Na teoria preventiva especial, ocorre como na preventiva geral, que tem como objetivo evitar o delito, assim como o efeito preventivo social, contudo trata-se de uma função voltada ao indivíduo infrator, nas palavras de Bittencourt (2011, p. 142):

Retomando o exame dos fins perseguidos pela prevenção especial, lembramos que esta não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais

Para Souza (2006, pg. 76) as espécies de prevenção têm sua classificação como na prevenção geral e na especial:

A teoria preventiva-geral pode ser investigada sob o aspecto negativo e positivo. Entre os defensores da teoria preventiva-geral negativa destacam-se: A. Feuerbach, A. Schopenhauer, Filangieri, Carmignani, F. M. Pagan G. Romagnosi, C. Beccaria e J. Bentham. Este último afirmava que o castigo em que o réu padece é um painel onde o homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido caso praticasse o mesmo delito. No entanto, em segundo plano, o referido autor menciona a prevenção especial, para cumprir a exemplaridade da pena e reformar o homem, calculada de maneira a enfraquecer os motivos enganosos e reforçar os motivos tutelares

Essa teoria não tem como objetivo intimidar infrator reafirmar os valores sociais de convivência com fulcro em uma ressocialização do apenado, evitando, assim, que esse venha a delinquir novamente, é possível inferir que a teoria preventiva especial positiva soluciona o problema da preventiva especial negativa ao propor uma função para todas as modalidades de pena, tem como importância da teoria preventiva especial positiva na ressocialização do penalizado a realidade carcerária do Brasil.

## **TEORIA MISTA**

Em síntese é uma crítica da teoria absoluta e no que toca à teoria preventiva geral em sua faceta negativa, é falho o pressuposto de que a ameaça de punição, por si só, seria capaz de prevenir o delito,

ademais, a teoria preventiva geral positiva também é falha ao prever a pena como reafirmação de valores ético jurídicos, não obstante ser dotada de boas intenções ao se pautar na ressocialização, não é condizente com a realidade carcerária da maioria dos ordenamentos jurídicos hodiernos.

Em consonância com as teorias unificadoras, é possível aceitar tanto a retribuição quanto o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena, que é entendida como uma forma de sanção jurídica penal. Nesse sentido, a pena não pode ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, buscando ainda a consecução dos fins de prevenção geral e especial (BITTENCOURT, 2011).

No ordenamento jurídico brasileiro, esse sistema está previsto no artigo 59 do Código Penal.:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Conforme o artigo 59 do Código Penal em seu caput, o juiz estabelecerá a dosimetria da pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, da referida previsão legal um misto entre a teoria absoluta, ao mencionar a necessidade de reprovação do crime.

Nas palavras de Souza (2006, p.85) a teoria mista, tem como objetivo a orientação para os fins da pena, afirma então:

A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinquente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade

como critério limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais

Claramente a teoria mista, e uma mistura das duas teorias sendo elas absoluta e a relativa, uma junção com objetivo de punir e prevenir pelo fato que absoluta devolver ao criminoso mal causado à sociedade, na relativa forma de evitar realização de novas condutas criminosas, portanto, a teoria mista unifica as duas teorias buscando paz equilíbrio a sociedade.

A preferência do legislador pela teoria mista da pena pode ser identificada em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, como nos artigos 121, § 5o e 129, § 9o do Código Penal, que preveem o perdão judicial nos casos em que as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torna desnecessária. Nestes casos, é notável que já houve a retribuição, uma vez que o agente já foi punido pelas consequências do crime.

Além disso, a Lei de Execução Penal (Lei no 7.210/84) adota claramente a teoria mista, enfatizando a função preventiva da pena em suas duas vertentes, geral e especial, e destacando a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto 678/1992, também determina que as penas privativas de liberdade devem ter como finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Conforme afirmado por Rogério Sanches Cunha (2016), a pena possui três finalidades principais: retributiva, preventiva e ré educativa. De acordo com o autor, ao criar um tipo penal e estabelecer uma pena, o legislador busca tanto a prevenção geral negativa, através da intimidação da sociedade, quanto a prevenção geral positiva, ao afirmar a validade e eficácia da norma.

Na fase de execução da pena, a finalidade retributiva e preventiva especial se tornam evidentes, porém, ganha destaque a

prevenção especial positiva, que visa a ressocialização do infrator. O caráter educativo da pena é reafirmado pela Lei de Execução Penal em seu artigo 1o, que busca garantir a integração harmônica do condenado e do internado na sociedade (CUNHA, 2017).

## A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

O Estado carece de mecanismos efetivos para proporcionar a ressocialização e reintegração do preso à sociedade. Essa abordagem sugere que a pena aplicada ao criminoso é uma visão deturpada de ordem, considerando que o exercício do poder do Estado muitas vezes é autoritário e vertical.

Nesse sentido, a resolução dos conflitos ocorre por meio da aplicação de pressupostos justificadores da penalogia clássica, como as teorias absolutas e relativas, que são adotadas pelos detentores da classe hegemônica no poder (SANTOS, 2008, p. 473).

Em contrapartida, o Estado de direito é baseado no exercício horizontal e democrático de poder, com resolução dos conflitos de acordo com as regras já estabelecidas e os direitos humanos sempre em evolução, garantindo a máxima limitação do jus puniendi (estado de polícia) (GRECO, 2015).

Zaffaroni (2007) propõe a teoria agnóstica da pena, que se opõe às teorias tradicionais e afirma que a pena é um ato político sem fundamento jurídico. A teoria surge como uma resposta à perda de legitimidade do sistema penal, especialmente em países subdesenvolvidos, onde os objetivos perseguidos pelo discurso jurídico penal e pelas normas penais são considerados inatingíveis e até mesmo contraproducentes. Zaffaroni (2007, s/p) em um de seus discursos no V Congresso da AIDDEF em Fortaleza-CE expôs que:

A fé na pena, é a fé em um falso Deus. Existem pessoas que acreditam que tudo na vida podem ser resolvidos através da pena e, como não o sabemos, sabemos sim que temos que conter o poder punitivo" A limitação do poder punitivo é indispensável como meio de contenção dos genocídios e de outras injustiças. A defesa de limites para o poder punitivo se faz necessária. Acredito que o poder punitivo é um fato político e não jurídico.

Na perspectiva da realidade brasileira, a aplicação da teoria agnóstica da pena seria complexa em razão dos diversos desafios sociais, políticos e econômicos enfrentados pelo país. Apesar de o sistema de execução penal brasileiro estar entre os mais avançados do mundo, ainda enfrenta obstáculos na aplicação de alguns de seus artigos.

Diante disso, a adoção de uma teoria unificadora ou mista da pena, que conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, é considerada mais adequada. É nesse sentido que a redação do caput do art. 59 do Código Penal Brasileiro é interpretada. A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no HC 97256/RS, no informativo 598- STF, ressalta a prevalência da "polifuncionalidade" da sanção penal, que integra as instâncias retributivas e as de reinserção social. É necessário que se promovam mudanças no sistema penal para garantir a eficiência do sistema e a promoção do bem-estar social, respeitando sempre os direitos e garantias fundamentais.

## **RESSOCIALIZAÇÃO**

A ressocialização do preso e sua reintegração à sociedade são objetivos da execução penal, que busca efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmoniosa integração social do condenado ou internado, conforme estabelece o artigo 1o da Lei no 7.210/1984 (BRASIL, 1984).

O artigo 10º da mesma lei, por sua vez, prevê que a assistência ao preso ou internado é dever do Estado, visando à prevenção do crime e orientando o retorno à convivência em sociedade. É notória a flexibilização dessas medidas em busca de uma efetiva ressocialização dos condenados e a redução da reincidência criminal.

Sendo assim, nas palavras de Bitencourt (2011, p. 64):

Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema

penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado.

Sob o mesmo ponto de vista, a integração do condenado ao meio social e seu retorno à convivência em sociedade estão dentro da teoria mista adotada no ordenamento jurídico brasileiro. A ressocialização é proposta na Lei de Execução Penal, que prevê o direito à assistência para a reintegração da população carcerária ao convívio em sociedade.

Para Gomes (2012 p.48) esteia-se no conceito:

É fundamentalmente uma forma de poder que potencializa virtudes e pessoas. O direito à educação é muito mais do que um direito à sala de aula. É um direito proeminente à maior qualidade de vida. A singularidade do sistema prisional e a pluralidade dos sujeitos detentos reivindica uma educação prisional que deixe de ser pensada como um benefício e seja vista como a razão de ser do sistema prisional.

Em virtude disso, a função ressocialização está presente na Lei n. 7.210/1984, tem como dever o estado integrar de volta o condenado ao meio social, trazer orientação para retorno ao convívio do meio social.

## **REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL**

Através deste capítulo busca-se contextualizar os regimes de cumprimento de pena no Brasil, apresentando suas principais características e diferenças entre eles, analisando a aplicação dos regimes de cumprimento de pena na prática, verificando se a teoria se efetiva na realidade do sistema carcerário brasileiro, bem como, identificando as questões legais relacionadas aos regimes de cumprimento de pena, incluindo suas bases na legislação e possíveis implicações legais do uso do regime semiaberto harmonizado.

Conforme está previsto no Código Penal em seu artigo 33, §2o 'As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma

progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso”.

No que tange a esse ponto de vista do artigo 33 CP, o condenado à pena superior a 8 anos deverá cumprir o regime fechado, já o condenado não reincidente, com a pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos pode cumprir em regime semiaberto, no regime aberto pode cumprir o condenado não reincidente, cuja sua pena não exceda 4 anos.

A Súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabelece que é possível a aplicação do regime prisional semiaberto para reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, desde que haja circunstâncias judiciais favoráveis. A decisão é baseada no princípio da individualização da pena, que busca adequar a sanção penal à gravidade do crime e às características pessoais do condenado (BRASIL, 2011).

Além dos critérios de quantidade de pena e reincidência ou primariedade, de acordo com Negrão (2014) às circunstâncias judiciais também são relevantes na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Caso as circunstâncias sejam desfavoráveis, como por exemplo a gravidade do crime, a personalidade do condenado, a conduta social, entre outras, pode ser determinado um regime mais gravoso, como o fechado.

O impacto das circunstâncias judiciais desfavoráveis na fixação do regime inicial é que elas podem influenciar negativamente na aplicação do princípio da individualização da pena, tornando a sanção penal mais rigorosa do que seria adequado para o caso concreto. Por isso, é importante que o juiz leve em consideração não apenas os critérios objetivos, como a quantidade de pena e a reincidência, mas também as circunstâncias subjetivas do condenado e do crime praticado, para que a pena seja justa e proporcional.

Na avaliação das circunstâncias judiciais, o Legislativo não estabeleceu uma diferenciação de parâmetros, assim, os juízes

sentenciadas as tratam de forma igual, sem que uma prevaleça sobre a outra. Também não há uma quantidade definida de valoração de circunstâncias judiciais negativas, ficando a critério subjetivo do magistrado. Uma padronização de valores poderia ir contra os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade (SCHMITT, 2009).

Por exemplo, se uma circunstância judicial fosse atribuída um valor padrão de um (01) ano, ao ser aplicada ao crime de furto simples (art. 155, caput), que tem pena mínima também de um (01) ano, a pena-base seria duplicada, resultando em um rigor desproporcional. Desse modo, como indicam os julgamentos mencionados, não há um padrão para avaliar as circunstâncias judiciais negativas, permitindo que o juiz as avalie diferentemente em cada caso concreto descrito por Schmitt (2009).

## **REGIME FECHADO**

No regime fechado, deve ser exercido controle e vigilância rigorosos sobre o condenado a tal cumprimento de pena, sobretudo à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade, requisito previsto no artigo 31, caput, da Lei de Execução Penal, que deverá ser desempenhado sob pena de, no caso de recusa injustificada, incorrer ele em falta grave, conforme artigo 50, VI, e o artigo 39, V, ambos da Lei de Execução Penal.

O trabalho é uma atividade obrigatória para os condenados à pena privativa de liberdade no regime fechado, conforme estabelecido na Seção II da Lei de Execução Penal. O artigo determina que o preso deve trabalhar de acordo com suas habilidades e capacidades. No caso dos presos provisórios, o trabalho não é obrigatório e só pode ser realizado dentro do estabelecimento penal (BRASIL, 1984).

Na atribuição do trabalho, devem ser levados em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, além das oportunidades oferecidas pelo mercado, conforme

estabelecido no artigo 32. O artesanato sem expressão econômica deve ser evitado, salvo nas regiões de turismo. Os presos maiores de 60 anos podem solicitar ocupações adequadas à sua idade, e os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado (BRASIL, 1984).

A jornada de trabalho do preso não pode ser inferior a seis horas nem superior a oito horas, e deve incluir descanso nos domingos e feriados, conforme estabelecido no artigo 33. Os presos designados para serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal podem ter horários especiais de trabalho (BRASIL, 1984).

O trabalho pode ser gerenciado por fundação ou empresa pública, com autonomia administrativa, e tem como objetivo a formação profissional do condenado, conforme estabelecido no artigo 34. Nesse caso, a entidade gerenciadora deve promover e supervisionar a produção com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização e suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada. Os governos federal, estadual e municipal podem celebrar convênios com a iniciativa privada para implantação de oficinas de trabalho nos presídios (BRASIL, 1984).

A venda dos bens ou produtos do trabalho prisional é direcionada para a fundação ou empresa pública responsável ou, na sua falta, para o estabelecimento penal, conforme estabelecido no artigo 35 (BRASIL, 1984).

Na Seção III da LEP, a prestação de trabalho externo é autorizada apenas para os presos em regime fechado, em serviços ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas. É necessário tomar medidas cautelares para evitar a fuga e garantir a disciplina, conforme estabelecido no artigo 36. A remuneração pelo trabalho é feita pelo órgão da administração, pela entidade ou pela empresa empreiteira. A prestação de trabalho a entidades privadas só pode ocorrer com o consentimento expresso do preso (BRASIL, 1984).

Para ser autorizado a prestar trabalho externo, o preso deve ter aptidão, disciplina e responsabilidade, além de ter cumprido no mínimo um sexto da pena, conforme estabelecido no artigo 37. Caso o preso cometa novo crime, seja punido por falta grave ou tenha comportamento contrário aos requisitos estabelecidos, a autorização para o trabalho externo pode ser revogada (BRASIL, 1984).

Conforme prevista no artigo 80, caput, da Lei de Execução Penal e artigo 34, caput, do Código Penal, relata que o condenado em regime fechado no início do seu cumprimento de pena, deverá ser submetido a exame criminológico para obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução (BRASIL, 1984).

No regime fechado, o condenado cumpre a pena em penitenciárias e fica alojado em cela individual, conforme o artigo 88 da Lei de Execução Penal. A penitenciária destinada aos condenados em regime fechado deve ser construída em local afastado do centro urbano para não restringir a visitação, conforme o artigo 90 da mesma Lei (BRASIL, 1984).

Em relação ao trabalho e ao estudo, o artigo 126 da LEP estabelece que o condenado em regime fechado ou semiaberto pode remir parte do tempo de execução da pena por meio de trabalho ou estudo (BRASIL, 1984).

A contagem do tempo para a remição é feita à razão de 1 dia de pena por 3 dias de trabalho ou 12 horas de frequência escolar, e as atividades de estudo podem ser realizadas de forma presencial ou a distância, desde que certificadas pelas autoridades educacionais competentes. O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho ou nos estudos continua a beneficiar-se com a remição, e o tempo a remir em função das horas de estudo pode ser acrescido de 1/3 no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena (BRASIL, 1984).

Além disso, a penitenciária de mulheres pode ter seções para gestantes, parturientes e creches para crianças desamparadas cuja responsável está presa, como estabelecido pelo artigo 89 da LEP. As

seções e creches devem ter atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional, em unidades autônomas, e horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável (BRASIL, 1984).

Por fim, quanto às visitas da família, a LEP prevê que o condenado tem direito a visita íntima, desde que a autoridade judiciária autorize, e visita de parentes e amigos, em dias determinados pela administração do estabelecimento penal. A permissão de saída é regulamentada pela LEP e prevê diversas hipóteses em que o condenado pode ser autorizado a sair temporariamente do estabelecimento penal, como por exemplo para trabalho externo ou para visita à família em caso de falecimento de parente próximo (BRASIL, 1984).

## **SEMIABERTO**

O regime semiaberto, como já mencionado, é um dos três regimes de cumprimento de pena previstas pela legislação penal brasileira, juntamente com o regime aberto e o regime fechado. É considerado um regime intermediário, no qual o condenado cumpre a sua pena em uma unidade prisional menos rigorosa que o regime fechado, mas com maiores restrições que o regime aberto.

Nesse regime, o preso pode trabalhar ou estudar fora do estabelecimento prisional durante o dia, mas deve retornar para dormir na unidade. No entanto, apesar de oferecer algumas possibilidades de ressocialização, o regime semiaberto ainda enfrenta diversos desafios, como a superlotação das unidades prisionais e a falta de oportunidades de trabalho e estudo para os presos.

Esse regime é destinado a condenados que já cumpriram um sexto da pena no regime fechado ou em outro regime mais gravoso e que apresentam bom comportamento carcerário. De acordo com o Art. 91 da LEP, o cumprimento da pena em regime semiaberto deve ocorrer em Colônia Agrícola, Industrial ou Similar (BRASIL, 1984).

Os alojamentos no regime semiaberto podem ser compartilhados, conforme previsto no Art. 92 da LEP, desde que atendidos os requisitos de salubridade e higiene estabelecidos no parágrafo único do Art. 88. Além disso, as dependências coletivas devem garantir a seleção adequada dos presos e possuir capacidade máxima que atenda aos objetivos de individualização da pena (BRASIL, 1984).

É importante destacar que, no regime semiaberto, os condenados têm a possibilidade de trabalhar ou estudar fora do estabelecimento prisional durante o dia, retornando para dormir na unidade. Esse benefício é concedido com o objetivo de promover a ressocialização do preso e a sua reintegração na sociedade. No entanto, é fundamental que sejam estabelecidos critérios rigorosos de segurança para evitar a fuga ou a prática de novos crimes (BRASIL, 1984).

O Artigo 126 da Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de remição da pena pelo condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto, por meio de trabalho ou estudo. A remição consiste na redução do tempo de cumprimento da pena, sendo que a contagem do tempo é feita de acordo com critérios específicos. O condenado pode remir um dia da pena a cada 12 horas de frequência escolar ou um dia de pena a cada três dias de trabalho (BRASIL, 1984).

É importante destacar que as atividades de estudo podem ser presenciais ou a distância, devendo ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes. Além disso, as horas diárias de trabalho e estudo devem ser compatibilizadas para fins de cumulação dos casos de remição. O preso que se acidentar e não puder continuar trabalhando ou estudando continuará a ser beneficiado com a remição (CARDOSO, 2012).

Cumprido ressaltar que, de acordo com o artigo 126, §5º da Lei de Execução Penal, o tempo a ser remido em função das horas de estudo é acrescido de um terço no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena. O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui

liberdade condicional também podem remir parte do tempo de execução da pena ou do período de prova pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional (BRASIL, 1984).

A declaração da remição é feita pelo juiz da execução, após a manifestação do Ministério Público e da defesa. É importante destacar que o disposto na Lei de Execução Penal também se aplica às hipóteses de prisão cautelar (BRASIL, 1984).

A saída temporária é um benefício previsto em lei para os condenados que cumprem pena em regime semiaberto e está previsto no artigo 122 da LEP. Essa saída permite que o preso deixe a unidade prisional por um período determinado, sem vigilância direta, para fins específicos, como visita à família, frequência a cursos profissionalizantes ou instrução de 2o grau ou superior, e participação em atividades que contribuam para o retorno ao convívio social (BRASIL, 1984).

É importante destacar que a saída temporária não é um direito automático, mas sim uma concessão que depende da avaliação do juiz da execução, que irá analisar o pedido e verificar se o preso preenche os requisitos necessários. Além disso, o preso deverá retornar à unidade prisional ao fim do período de saída temporária, sob pena de revogação do benefício e regressão de regime.

De acordo com o doutrinador Nucci (2018, pp. 170-171), a saída temporária é um “privilégio concedido no âmbito da execução penal que se destina exclusivamente aos apenados que se encontram cumprindo pena no regime semiaberto”. A finalidade dessa medida é contribuir para a reabilitação dos condenados, permitindo-lhes desenvolver um senso de responsabilidade mais apurado, a fim de que possam se reintegrar de forma mais efetiva à sociedade quando do ingresso no regime aberto. A saída temporária, portanto, representa uma ferramenta importante para a ressocialização dos presos.

A partir da Lei no 13.964, de 2019, também foi acrescentado o § 2o ao art. 122 da Lei de Execução Penal, que veda a saída temporária para os condenados que cumprem pena por praticar crime hediondo com resultado morte. Outra alteração relevante foi a inclusão do §

1o, que prevê a possibilidade de utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado durante a saída temporária, quando determinado pelo juiz da execução.

Para Nucci (2011, p. 575) esteia-se em conceitos relativos da prisão é dá seus delineamentos necessários, a saber:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Destarte isto, o regime semiaberto é um dos meios utilizados para o cumprimento da pena imposta ao condenado e deve ser cumprido em lugares apropriados perante a lei, como os estabelecimentos penais, em que a pena é cumprida em colônias agrícolas, industriais ou em instituições equivalentes. Com esse regime, o réu pode ser autorizado a deixar a unidade prisional durante o dia para trabalhar, devendo retornar no período noturno (BRASIL, 1984).

O condenado ao regime semiaberto não pode ser submetido ao regime fechado, mesmo que a justificativa seja a falta de vagas em estabelecimentos apropriados. Tal prática é ilegal e pode ser reparada por meio de habeas corpus. “Não havendo vaga no albergue destinado aos sentenciados a regime semiaberto concede-se a ordem, em caráter excepcional, para que o réu cumpra a pena em prisão-albergue domiciliar” (RHC 2.443-8, em DJU de 15.03.1993, p. 3823).

Na Lei no. 7.210/84, o regime semiaberto é regido pelo Código Penal, o qual tipifica que é aplicado aos condenados a penas privativas de liberdade iguais ou superiores a quatro anos, mas que

não excedam a oito anos, e que possuam bons antecedentes e aptidão para o trabalho externo.

Além disso, a legislação determina que os condenados no regime semiaberto cumpram a pena em colônias agrícolas ou industriais ou em instituições equivalentes, podendo ser autorizados a deixar a unidade prisional durante o dia para trabalhar, devendo retornar no período noturno. A lei ainda ressalta que o condenado a regime semiaberto não pode ser sujeitado ao regime fechado, sob o pretexto oficial de que não há vaga albergue, sendo então ilegal, reparável por habeas corpus.

Segundo informações divulgadas pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) (2019), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, em junho de 2019, o Brasil possuía mais de 773 (Setecentos e setenta e três) mil presos, incluindo unidades prisionais e carceragens das delegacias. Desse total, 758.676 (Setecentos e cinquenta e oito mil, seiscentos e setenta e seis) estavam em unidades carcerárias, com a maioria, 348.371 (Trezentos e quarenta e oito mil, trezentos e setenta e um) no regime fechado, representando quase metade dos aprisionados, ou seja, 45,92%. Os dados ainda revelam um aumento de 3,89% na população carcerária em comparação com o ano anterior.

O número alarmante de presos no Brasil, especialmente na modalidade do regime fechado, evidencia a falência do sistema carcerário brasileiro e a ineficácia do regime semiaberto.

A superlotação das unidades prisionais, a precariedade das condições de saúde e higiene e a falta de políticas efetivas de ressocialização dos detentos são alguns dos problemas que permeiam o sistema carcerário brasileiro e que contribuem para o aumento da população carcerária.

Além disso, o regime semiaberto, que deveria ser uma alternativa ao regime fechado, muitas vezes não é efetivo, uma vez que o indivíduo pode ser colocado em liberdade condicional com monitoramento eletrônico, mas ainda enfrenta diversas restrições e limitações. É necessário que haja uma revisão completa do sistema

carcerário brasileiro, com investimento em políticas de prevenção ao crime, ressocialização e alternativas ao encarceramento, para que se possa garantir a segurança da sociedade e, ao mesmo tempo, promover a reintegração dos detentos na vida em sociedade.

## **REGIME ABERTO**

O regime aberto é previsto na Lei de Execução Penal (LEP) e esse regime é destinado “ao condenado reincidente cuja pena for igual ou inferior a 4 (quatro) anos” conforme art. 33, § 2o, c, do Código Penal (BRASIL, 1940). O regime aberto é executado em uma Casa do Albergado, que é um estabelecimento destinado exclusivamente para esse fim, conforme o Art. 93 da LEP (BRASIL, 1984).

De acordo com o Art. 94 da LEP, a Casa do Albergado deve ser localizada em centro urbano, separada de outros estabelecimentos, e deve ser caracterizada pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Além disso, o Art. 95 da LEP estabelece que deve haver pelo menos uma Casa do Albergado em cada região, com instalações adequadas para acomodação dos presos e para a realização de cursos e palestras. Também é necessário que o estabelecimento possua instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (BRASIL, 1984).

No artigo 95 da Lei de Execução Penal, é estabelecido que cada região deve ter ao menos uma Casa de Albergado para cumprimento de pena em regime aberto. Entretanto, de acordo com portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF (2019) algumas regiões não haver construção de tal estabelecimento, bem como, observa-se a necessidade de respeito a Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que o preso não pode ser transferido para um regime mais rigoroso devido à falta de instalações adequadas.

Dessa forma, em regiões sem Casa de Albergado os condenados cumprem a pena em suas próprias residências, sob várias determinações judiciais.

Na ausência de casa de albergado e cumprida a pena em regime domiciliar, se uma condição imposta para o regime de prisão domiciliar não for cumprida pelo apenado observa-se a aplicação de duas correntes.

Inicialmente, a primeira corrente está de acordo com um acórdão da Segunda Turma Criminal, deve ser considerado como cumprimento de pena o período entre a data da última apresentação em juízo e a data em que o apenado descumpra alguma das condições impostas em regime aberto. O acórdão destaca que não se pode presumir que o apenado tenha descumprido todas as condições durante esse período, o que prejudicaria o reeducando (TJDFT, 2020).

A segunda corrente advém do Acórdão 1242110, proferido pela Terceira Turma Criminal e relatado por Jesuíno Rissato, o condenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime aberto, mas deixa de cumprir as condições impostas pela prisão domiciliar, é considerado foragido desde a data do último comparecimento na sede do Juízo para informar suas atividades. Não é possível considerar o período em que permaneceu foragido como cumprimento fictício da pena. A decisão foi tomada em 2 de abril de 2020 e publicada no PJe em 17 de abril de 2020 (TJDFT, 2020a)

No regime aberto, o condenado tem o direito de trabalhar e se sustentar fora da Casa do Albergado, podendo sair durante o dia para trabalhar e retornar no período noturno. Além disso, é permitido ao condenado sair da Casa do Albergado durante o dia para realizar atividades que sejam compatíveis com o regime, tais como estudos, consultas médicas, entre outras (BRASIL, 1984).

Além disso, conforme estabelecido no artigo 126 da Lei de Execução Penal, o condenado que cumpre pena nos regimes fechado ou semiaberto pode remir parte do tempo de execução da pena por meio do trabalho ou estudo. Entretanto, o dispositivo não faz menção ao regime aberto, sendo que este é mencionado somente no §6o, referente à remição pelo estudo (BRASIL, 1984).

Embora não haja previsão legal, é possível a remição pelo trabalho no regime aberto, uma vez que este é um importante instrumento de ressocialização para o preso em regime menos rigoroso. Há argumentos contrários ao benefício, que defendem que o trabalho já é uma condição para o ingresso no regime aberto, previsto no artigo 36, §1o do Código Penal, não podendo, portanto, ser considerado também um benefício. Nesse sentido, Greco (2010), apud pelo Ministro Ayres Britto no HC 101.368 (STF, 2010, p. 06)., apresenta essa perspectiva crítica:

A peculiaridade do regime aberto, que o difere dos regimes anteriores, diz respeito ao trabalho. Nos regimes anteriores – fechado e semiaberto –, o trabalho do preso faz com que tenha direito à remição. Aqui, no regime aberto, não há previsão legal para a remição da pena, uma vez que somente poderá ingressar nesse regime o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Vê-se, portanto, que a condição sine qua non para o início do cumprimento da pena ou mesmo a sua progressão para o regime aberto é a possibilidade imediata de trabalho do condenado. Sem trabalho não será possível o regime aberto.

Esses argumentos contra a possibilidade de remição pelo trabalho no regime aberto não parecem razoáveis, uma vez que o próprio artigo 36, §1o do Código Penal menciona a frequência a cursos como uma condição para o cumprimento da pena em regime aberto, além do trabalho.

Ainda assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que apenas os condenados que cumprem pena nos regimes semiaberto ou fechado têm direito à remição pelo trabalho, conforme previsto no artigo 126 da Lei de Execução Penal. Essa posição foi estabelecida pela tese no 5 do STJ e vem sendo reiterada em diversos julgados. Ocorre que essa distinção sem qualquer razão aparente fere o princípio da razoabilidade (CUNHA, 2019). Na lei de Execuções Penais no 7.210, de 11 de julho de 1984, informa a casa do albergado, local onde o indivíduo em cumprimento de pena do regime aberto:

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras. Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (BRASIL, 1984). Casas de Albergado, por sua vez, seriam uma “ilustre desconhecida da maioria das Comarcas” (NUCCI, 2018, p. 142) e entende que, por conta desse fator: Nem é preciso salientar que não há a menor chance de fiscalização adequada, de modo que é impossível saber se o condenado se recolhe, em sua casa particular, nos horários determinados pelo juiz, bem como o que faz durante o seu dia inteiro. Se não há interesse político nesse regime, é preciso extirpá-lo da lei, substituindo-o por outra medida, possivelmente o regime semiaberto, com dois estágios, mas não se pode conviver com a lei sem implementá-la (NUCCI, 2018, p. 142).

Portanto, o cumprimento de pena ao condenado de regime aberto pode ocorrer tanto em casa de albergado, conforme previsto na Lei de Execução Penal, quanto em um estabelecimento adequado, caso esteja disponível na região.

## **REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO**

O objetivo deste capítulo é apresentar o conceito do regime semiaberto e discutir a necessidade de harmonização entre a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal, tendo em vista a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e a efetiva ressocialização do

condenado. Será discutido como a falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento do regime semiaberto pode violar esse princípio constitucional e como a sua harmonização pode garantir um cumprimento adequado da pena e a promoção da ressocialização do condenado.

Considera-se que, o regime semiaberto harmonizado é uma prática que antecipa a progressão de regime através do uso de monitoramento eletrônico, quando não há vagas disponíveis em

estabelecimentos prisionais adequados (SANTOS; COTA, 2022). De acordo com o Projeto de Lei no 2.756/2020, de autoria do Deputado Paulo Ramos (2020, p. 03)., propõe alterações no Código Penal e na Lei de Execução Penal para disciplinar o regime semiaberto e aberto de forma harmonizada os requisitos para aplicação do regime são dispostos no artigo art.95-A in verbis:

Art. 95-A. A execução da pena em regime semiaberto ou aberto poderá ser cumprida de forma harmonizada, atendendo o apenado aos seguintes requisitos: I - ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento; II - não ter sido condenado pela prática de crime: a) hediondo ou equiparado; b) cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; c) de constituição de milícia privada; III - não ter sido condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; IV - obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável; V - indicar residência fixa para recolhimento domiciliar noturno.

Caso o condenado esteja cumprindo pena no regime semiaberto, mas não houver vagas disponíveis para receber outros detentos, o juiz pode autorizar a saída antecipada do condenado, mediante a utilização de tornozeleira eletrônica (SANTOS; COTA, 2022).

Normalmente, essa prática é concedida a detentos que estão próximos de progredir para o regime aberto. Essa medida visa evitar o excesso de ocupação em estabelecimentos prisionais e promover a ressocialização do apenado, permitindo que ele possa exercer atividades laborais e frequentar cursos (SANTOS; COTA, 2022).

Segundo Palludo (2022, s/p) no regime semiaberto harmonizado, “o condenado é retirado do regime fechado e, caso não haja vagas disponíveis em unidades prisionais adequadas ao regime semiaberto, é posto em prisão domiciliar”, onde pode estar sujeito a várias medidas cautelares, incluindo o monitoramento eletrônico, e ainda mantém o direito ao trabalho externo.

As pessoas que cumprem pena em regime de prisão domiciliar têm a possibilidade de serem monitoradas por meio de tornozeleira eletrônica, conforme previsto no artigo 146-B, IV, da Lei de Execução Penal (LEP), inserido pela Lei no 12.258/2010. No entanto, a não

observância das condições impostas para o cumprimento da prisão domiciliar é considerada falta grave e pode acarretar a perda do benefício e emissão de mandado de prisão (TJDFT, 2019).

No ano de 2010, a Lei no 12.258/2010 incluiu no ordenamento jurídico a possibilidade de monitoramento eletrônico por meio da tornozeleira eletrônica em algumas hipóteses, como na prisão domiciliar e na saída temporária, por exemplo. Essa mudança na legislação alterou a Lei de Execução Penal. Já em 2011, a lei no 12.403 acrescentou no Código de Processo Penal a concessão da liberdade monitorada como medida cautelar alternativa à prisão. Fonseca (2012, p.77-92) pontua algumas hipóteses:

(i) medida cautelar de proteção à vítima, tal como, no âmbito da violência doméstica, para que as medidas protetivas de urgência possam ter maior eficácia; (ii) meio para ampliar as condições de suspensão da aplicação da pena, evitando o efeito de dessocializador do encarceramento, mediante o preenchimento de requisitos legais, e submetendo o condenado às restrições inerentes à vigilância eletrônica; (iii) modo de cumprimento do regime aberto; (iv) meio de acompanhar o cumprimento das condições impostas no Livramento Condicional; (v) meio de acompanhamento da saída temporária e do trabalho externo dos presos em regime semiaberto; (vi) reforço na fiscalização do cumprimento da pena proibição de dirigir veículos e; (vii) forma de cumprimento de medida de segurança.

Como observado no trecho acima, Fonseca (2012, pp.77-92) destacou que o monitoramento eletrônico, além de ser utilizado na saída temporária e na prisão domiciliar, pode ser empregado em outras situações. Uma delas é como medida cautelar de proteção à vítima, especialmente em casos de violência doméstica, para tornar as medidas protetivas de urgência mais eficazes.

Além disso, o monitoramento eletrônico pode ser usado como meio de ampliar as condições de suspensão da aplicação da pena, evitando os efeitos des-socializadores do encarceramento, submetendo o condenado às restrições da vigilância eletrônica. O monitoramento eletrônico também pode ser usado como modo de cumprimento do regime aberto, meio de acompanhar o cumprimento das condições impostas no Livramento Condicional,

forma de fiscalizar o cumprimento da proibição de dirigir veículos e cumprimento de medidas de segurança.

Através do RE 641.320/RS estão previstas hipóteses de ausência de vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento de pena, os juízes da execução penal poderiam avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - REGIME SEMIABERTO - PRISÃO DOMICILIAR - AUSÊNCIA DE VAGA EM COLÔNIA AGRÍCOLA OU ESTABELECIMENTO ADEQUADO - IMPOSSIBILIDADE. Conforme restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 641.320, nas hipóteses de ausência de vaga em estabelecimento adequado, os juízes da execução penal poderiam avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. Seriam aceitáveis estabelecimentos que não se qualificassem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, § 1o, b e c); c) havendo "déficit" de vagas, deveria ser determinada: 1) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; 2) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que saísse antecipadamente ou fosse posto em prisão domiciliar por falta de vagas; 3) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progredisse ao regime aberto. (TJMG - AGEPN: XXXXX60215027001 MG, Relator: Edison Feital Leite, Data de Julgamento: 10/12/0017, Data de Publicação: 24/01/2018)

Diante do exposto, é possível concluir que o monitoramento eletrônico, por meio da tornozeleira eletrônica, tem sido utilizado em diversas situações, além da prisão domiciliar e saída temporária, como medida cautelar de proteção à vítima, modo de cumprimento do regime aberto, acompanhamento do cumprimento das condições impostas no livramento condicional, fiscalização do cumprimento da proibição de dirigir veículos e cumprimento de medidas de segurança.

Além disso, diante da superlotação carcerária, a monitoração eletrônica tem sido utilizada como uma medida de desencarceramento, especialmente em casos de falta de vagas em estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena,

conforme previsto no RE 641.320/RS. Portanto, a tornozeleira eletrônica é uma ferramenta importante para o sistema prisional brasileiro e pode contribuir para o alívio das unidades prisionais.

## **RAZÕES CONTEMPORÂNEAS DA HARMONIZAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO**

Ao longo dos anos, houve um crescimento da população carcerária em todo o mundo, em virtude de o sistema carcerário ser utilizado como uma ferramenta de controle e gerenciamento do crime. No Brasil, o sistema carcerário apresenta um problema, pois superlotação das unidades de cumprimento de pena sempre é um assunto mencionado em relatórios internos e internacionais (ZACKSESKI et.al., 2016).

Dessa forma, Minage (2016, p. 253) faz uma crítica ao sistema prisional brasileiro destacando sua falência e a falta de capacidade de ressocialização dos indivíduos que cumprem pena. Além disso, o autor aponta que as condições atuais das prisões contribuem para a reincidência criminal, o que é preocupante.

Essa é uma problemática que tem sido cada vez mais discutida e é fundamental buscar soluções que visem a reabilitação dos indivíduos em cumprimento de pena, para que possam ser reinseridos na sociedade de forma saudável e sem cometer novos delitos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 1o, inciso III, mostra como aplicação o princípio da dignidade humana, que preconiza o cumprimento digno e justo da pena privativa de liberdade para o grupo vulnerável a que ela é aplicada, dessa forma, constituição brasileira também informa, no Art. 5o, inciso XLIX, o respeito à integridade física e moral. Na Lei de Execução Penal no seu artigo 40o relata que “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”

Acerca do tema, a Carta Magna brasileira também traz o princípio da humanidade no artigo 5º nos incisos XLVII, XLIX, mostra que não é permitido penas cruéis na fase de execução penal. Já no Código Penal no artigo 38º “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Rogério Greco (2011, pg.136) pontua seu raciocínio sobre a incapacidade Estado em oferecer condições mínimas para a ressocialização do carcerário.

Chegamos, portanto, a um ponto em que o sistema prisional deve ser revisto. Alternativas devem ser pensadas. A prisão, como inicialmente idealizada, não está cumprindo as suas funções. Não acrescenta absolutamente nada; pelo contrário destrói, aniquila a personalidade daquele que, por azar, a conhece de perto. A prisão gera revolta, pois diferencia, nitidamente, ricos e pobres.

O Supremo Tribunal Federal, reconhece o estado de coisa inconstitucional sobre o assunto do sistema prisional brasileiro, por serem penas privativas de liberdade que aplicadas nos presídios sendo desumanos e cruéis conforme ADPF 347 MC, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, (julgado em 09/09/2015).

CUSTODIADO INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL SISTEMA PENITENCIÁRIO ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIA NACIONAL SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS FALHAS ESTRUTURAIS ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL VERBAS CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais,

observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Diante dessa realidade, a busca por soluções que visem a reabilitação dos indivíduos em cumprimento de pena torna-se cada vez mais necessária, a fim de evitar a reincidência criminal e garantir o respeito aos direitos humanos. A Constituição Federal Brasileira de 1988 e a Lei de Execução Penal preconizam o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios, além de proibirem a aplicação de penas cruéis na fase de execução penal.

No entanto, a incapacidade do Estado em oferecer condições mínimas para a ressocialização dos detentos é evidente, conforme apontado por Rogério Greco. É necessário, portanto, revisar o sistema prisional e buscar alternativas que possam cumprir de forma mais eficaz a sua função de punir e reabilitar.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a situação degradante das penitenciárias no Brasil como um estado de coisa inconstitucional, devido à superlotação carcerária, condições desumanas de custódia e violação massiva de direitos fundamentais, o que requer medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária (GUIMARÃES, 2017).

Entre as medidas recomendadas pelo STF, está a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e a observância obrigatória da audiência de custódia, que viabiliza comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. Sendo assim, a questão do sistema prisional brasileiro é uma problemática complexa e demanda ações efetivas para sua resolução, visando garantir cumprimento dos princípios da dignidade humana e da justiça social (VASCONCELOS, 2019).

## REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO EM FACE DA JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS

A jurisprudência atua diante da superlotação do sistema carcerário e mostra a incapacidade do Estado em oferecer locais apropriados para o cumprimento de pena. Surge em contraposição a essa possibilidade o regime semiaberto harmonizado, o qual é notório pela flexibilização do assunto, pois visa evitar a manutenção do cumprimento da pena com direitos mais brandos. No Habeas Corpus 186.065/PR, o Supremo Tribunal de Justiça relata que é aceita a prisão domiciliar em casos específicos quando a reprimenda mais gravosa é fixada na sentença ou decisão que concedeu a progressão de regime, conforme previsto no Artigo 117 da Lei de Execução Penal. Analisando o julgado o HC 186065/PR, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, (Dje 1/7/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, PELA PRÁTICA DE NARCOTRÁFICO. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, PARA PERMITIR AO PACIENTE PERMANECER NO REGIME ABERTO, ATÉ O SURGIMENTO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO. 1. Esta Corte Superior tem entendido pela concessão do benefício da prisão domiciliar ou albergue, a par daquelas hipóteses contidas no art. 117 da Lei de Execução Penal, aos condenados que vêm cumprindo pena em regime mais gravoso do que o estabelecido na sentença condenatória ou que foram promovidos ao regime intermediário, mas não encontram vaga em estabelecimento compatível. 2. Ordem concedida, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário, para determinar que o paciente permaneça no regime aberto até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado.

Diante desta ótica, três anos depois, o Supremo Tribunal de Justiça julgou o Agravo Regimental interposto no curso do Habeas Corpus 28644/SP, confirmando o direito do condenado de cumprir sua pena de acordo com o provimento de julgamento, conforme

relata o AgRg no HC 286440/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/4/2014, DJe 6/5/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME DEFERIDA NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL COM O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. DESVIO DE FINALIDADE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PRECEDENTES. 1. Em caso de falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto, deve-se conceder ao apenado, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto ou, na falta de casa de albergado, em regime domiciliar, até o surgimento de vaga. 2. Se há princípios constitucionais violados - como aponta o Ministério Público Federal no regimental -, são todos eles favoráveis à pretensão estampada no writ. A negligência do Estado em não investir de modo suficiente no sistema prisional afeta negativamente as finalidades da sanção penal e se distancia do que dispõem a Constituição, os pactos internacionais dos quais somos signatários e a própria Lei de Execução Penal. O ônus de tamanha desídia não deve ser debitado ao condenado, que tem o direito líquido e certo de resgatar sua pena conforme o provimento jurisdicional. 3. Agravo regimental improvido.

O Ministro Gilmar Mendes relata diante da ausência de vagas nos estabelecimentos penais adequados traz outras medidas, também informa sobre o uso da monitoração eletrônica para os apenados que cumprem pena no regime semiaberto. Indica que no RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1o-8-2016, Tema 423.

Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização dá pena (art. 5o, XLVI) e da legalidade (art. 5o, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1o, b e c). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos de regime

fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Com posicionamento de Gilmar mendes, são consideradas menos gravosas ao condenado, traz como condição monitoramento eletrônico, ainda mostra a possibilidade da saída antecipada de sentenciado que se encontra em cumprimento do regime aberto, conclui se com sua posição obrigatoriedade da tornozeleira e mostra uma alternativa de cumprimento de pena, sendo ela o regime semiaberto harmonizado (RE 641.320/RS).

Após posicionamento de Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal aplica uma Súmula vinculante número 56, informa que “falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”

Diante disto, Gilmar Mendes (2018), mostra a teses de repercussão em desfavor a súmula vinculante 56 descrita no Rcl 27.676 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2a T, j. 17-8-2018, DJE 175 de 27-8-2018.]:

Agravo regimental em reclamação. 2. Direito Processual Penal. Execução Penal. 3. Cumprimento de pena em regime semiaberto. 4. Suposta violação à Súmul Vinculante 56. 5. Não ocorrência. Decisão do juiz devidamente fundamentada. 6. A sentenciada está usufruindo dos benefícios inerentes a sua condição prisional (saídas diárias para o trabalho e recolhimento noturno). 6.1. Pernoite em celas com outras detentas, estas, em regime fechado. 6.2. Iniciadas obras de ampliação dos aposentos específicos do regime semiaberto. 7. Agravo regimental a que se nega provimento, com recomendação para transferência para pernoitar em cela/ala específica do regime semiaberto.

Em relação a súmula vinculante 56, Marco Aurélio mostra que no HC 141.648, rel. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Roberto Barroso, 1a T, j. 16-10-2018, DJE 25 de 8-2-2019.]

2. Eventual ausência de estabelecimento adequado na comarca não autoriza a automática concessão de regime aberto ou domiciliar. Incidência da Súmula Vinculante 56/STF, ao enunciar que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS...”. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo da execução penal, após o incidente de unificação das penas impostas ao paciente, observe as diretrizes fixadas pelo Plenário do STF no RE 641.320 e na Súmula Vinculante 56 do STF.

Entretanto, o efeito vinculante evita decisões conflitantes e faz com que os Juízos da Execução Penal observem, de acordo com o caso concreto, os parâmetros estabelecidos no RE 641.320/RS.

Conclui-se que quem preencher os requisitos da progressão de regime pode ter a concessão do monitoramento eletrônico aplicada, contribuindo para o surgimento do regime semiaberto harmonizado, pois o sentenciado não pode aguardar vaga para um regime mais gravoso do que aquele em que se encontra.

Verifica-se que a o Agravo em Execução a seguir, julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná/PR, exemplifica esse cenário.

AGRAVO EM EXECUÇÃO – DESCUMPRIMENTO REITERADO DE CONDIÇÕES ESTABELECIDAS QUANDO DA CONCESSÃO DO SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO E DO REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO – REVOGAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO E REGRESSÃO AO REGIME FECHADO – ARTS. 146-C E 146-D, DA LEP – JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS QUE NÃO TÊM O CONDÃO DE AFASTAR DE ABRANDAR A PENALIZAÇÃO – DECISÃO ESCORREITA. AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 5a C. Criminal - XXXXX-59.2018.8.16.0009 - Curitiba - Rel.: Desembargador Luiz Osório Moraes Panza - J. 14.03.2019) (TJ-PR - PET: XXXXX20188160009 PR XXXXX- 59.2018.8.16.0009 (Acórdão), Relator: Desembargador Luiz Osório Moraes Panza, Data de Julgamento: 14/03/2019, 5a Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/03/2019)

No caso concreto o juiz poderá acolher argumento apresentado, conforme relata o artigo. 53, I, Lei de Execução Penal “I - advertir verbalmente” o acusado ou revogar a tornozeleira eletrônica, sem que haja prejuízo da aplicação de falta grave nos casos previstos na Lei de Execução Penal e o perdimento de eventuais dias remidos, quando assim o magistrado julgar necessário.

Assim, de acordo com o artigo 53, I da Lei de Execução Penal, o juiz pode acolher argumentos apresentados pelo condenado e adotar medidas menos gravosas, como advertência verbal ou revogação da tornozeleira eletrônica, sem prejudicar a aplicação de falta grave ou a perda de dias remidos nos casos previstos em lei. Essa possibilidade de flexibilização do regime é importante para que o cumprimento da pena seja adequado ao caso concreto e respeite os princípios constitucionais, evitando a superlotação do sistema carcerário.

Portanto, que o juiz da execução penal deve observar as condições individuais do condenado e, quando necessário, adotar medidas menos gravosas para o cumprimento da pena. Isso contribui para a efetivação do direito à execução penal adequada, previsto na Constituição, e para a promoção da ressocialização do condenado, que é um dos objetivos da pena no ordenamento jurídico brasileiro.

Observou-se que a jurisprudência busca alternativas menos gravosas ao condenado devido à superlotação e falta de estabelecimentos adequados no sistema carcerário. O regime semiaberto harmonizado é uma dessas alternativas que flexibiliza as condições de cumprimento da pena.

O uso de monitoramento eletrônico é considerado adequado para esse regime, junto com a saída antecipada do condenado e penas restritivas de direito ou estudo. O STF, por meio da súmula vinculante 56, determina que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza manter o condenado em regime prisional mais gravoso, observando os parâmetros estabelecidos no RE 641.320/RS. A flexibilização do regime deve ser feita de acordo com

o caso concreto, evitando a superlotação do sistema carcerário e respeitando os princípios constitucionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A harmonização do regime semiaberto com monitoramento eletrônico tem se mostrado uma alternativa eficiente para substituir a falta de vagas em estabelecimentos penais adequados para o cumprimento da pena. Além disso, essa medida possibilita o retorno do acusado à ressocialização, um dos objetivos primordiais da execução penal, e promove a humanização da pena, especialmente diante do caos do sistema carcerário brasileiro.

Observou-se, ao analisar o conceito histórico das penas, a identificação de três grandes grupos: teoria absoluta, teoria preventiva e teoria mista da pena. Conclui-se que alguns buscam unicamente punir, enquanto outros buscam prevenir de forma geral, específica ou recuperar o

condenado. Há também a teoria unificadora, que busca conciliar a abordagem absoluta e

preventiva para trazer paz e equilíbrio ao bem jurídico.

A Lei de Execução Penal apresenta três regimes penais: fechado, semiaberto e aberto. A determinação do regime de cumprimento da pena se dá pela espécie e quantidade da pena e

pela reincidência. Dessa forma, cada uma das penas privativas de liberdade deve ser executada de forma progressiva.

Este artigo demonstrou as formas de cumprimento de pena privativa de liberdade, tendo como tema principal o regime semiaberto harmonizado, baseado em fundamentos históricos, leis, súmulas e decisões judiciais.

Além disso, foi analisada a vedação da manutenção do acusado em regimes mais gravosos, conforme previsto na Súmula 56 do Supremo Tribunal Federal, bem como a discricionariedade do juiz de execução no acolhimento das justificativas acerca da violação das medidas. Foi destacada ainda a concessão da remição, permitida aos

condenados em regime semiaberto harmonizado, visando a ressocialização no âmbito da execução penal por meio de atividades e estudos.

Portanto, é necessário buscar alternativas menos gravosas para o cumprimento da pena, observando-se os princípios constitucionais e as diretrizes estabelecidas na Lei de Execução Penal, de modo a garantir a ressocialização do acusado e a humanização do sistema carcerário, contribuindo assim para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução penal**. 5. ed., Rev., Atual, e Ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018. p. 363.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.145-171.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Planalto, [S.l.]. Artigo 33, §2o, alínea b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL, Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Senado Federal, 1894.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus no 2.443-8. Publicado em Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 15 de março de 1993, Seção 1, p. 3823.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus no 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 23 de fevereiro de 2006. Publicado em Diário de Justiça [da] União, Brasília, DF, 13 mar. 2006, Seção 1, p. 49.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/Infopenjun2016.pdf>>.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: INFOPEN 2017. Brasília, 2018 Disponível em: BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de direito penal: parte geral, 1– 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47,145

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 347 Medida Cautelar no Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 9 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus no 141.648. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 16 de outubro de 2018. Publicado em Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 4 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal no XXXXX60215027001 MG. Relator: Edison Feital Leite. Julgado em 10 de dezembro de 2017. Publicado em Diário do Judiciário Eletrônico, Belo Horizonte, MG, 24 de janeiro de 2018.

CARDOSO, Ana Carine Klein. O direito à educação e o grau de escolaridade dos apenados no Presídio Estadual de Três Passos/RS. Três Passos (RS), 2012. Disponível em: <https://biblio.digital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/2185/Ana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 mai. 2023.

CARVALHO NETO, Inácio. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 15.

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de Criminologia**. 2. Ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Salvador. 4. Ed. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Teses do STJ sobre a remição da pena**. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.Editorajuspodivm.com.br/2019/05/31/teses-stj-sobre-remicao-da-pena/>. Acesso em: 15 abr. 2023.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado: Presos provisórios são o segundo maior contingente. Agência Brasil, Brasília, 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: 15 abr. 2023.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, Atualização - Junho de 2016, 65 p. p. 17, 23 ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: parte geral. p. 100.

FONSECA, André Luiz Filo-Creão da. O monitoramento e sua utilização como meio minimizador de dessocialização decorrente da prisão. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 77- 92

GOMES, Eduardo Teixeira. Educação para consciência histórica no sistema prisional. Debates em Educação Científica e Tecnológica, Debates em Educação Científica e Tecnológica, ISSN 2179- 6955, v. 02, no. 2, p. 47 a 60, 2012, ISSN 2179-6955, 02(2), 47-60. Disponível em: <https://ojs.ifes.edu.br/index.php/dect/article/download/25/19>. Acesso em: 20 de abr. 2023.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. Volume I, 17 edição. Editora Impetus. Rio de Janeiro 2015.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 473.

GRECO, Rogério. In: STF, Supremo Tribunal Federal. HC 101.368, Relator Min. Ayres Britto, 2a Turma, DJe de 03/05/2011. Disponível em:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4858188>. Acesso em:04 maio 2023.

GUIMARÃES, M. R. (2017). O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, (49), 79–111.

Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/455>. Acesso em: 04 maio 2023.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares. **Manual de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

NEGRÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. Ed. Forense

PALLUDO, Rafael. Regime semiaberto harmonizado é aplicado na Comarca de Oeiras. TJPI, 30 mai. 2022. Disponível em: <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/tjpi/noticias-tjpi/regime-direito>. Acesso em: 04 maio 2023.

RAMOS, Paulo. Projeto de lei n.o 2.756, de 2020. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para disciplinar os regimes semiaberto e aberto de forma harmonizada. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra?codteor=1943453>. Acesso em: 04 mai. 2023. RHC 2.443-8, em DJU de 15.03.1993, p. 3823

SANTOS, Hugo Alves dos; COTA, Maria do Carmo. O regime semiaberto harmonizado: cenário jurisprudencial. Jus Navigandi, Teresina, ano 27, n. 6853, 5 jul. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/99018/o-regime-semiaberto-harmonizado-cenario-jurisprudencial>. Acesso em: 22 ago. 2022.

SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração. 4. ed. atual. Bahia: JusPODIVM, 2009. p.116.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. 2. Ed. Bookseller, Campinas, 2002:P. 35.

SOUSA, Daniel. De acordo com a LEP, o juiz pode impor o monitoramento eletrônico na saída temporária e na prisão domiciliar. Meu Site Jurídico, [S.l.], 25 abr. 2021. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/25/de-acordo-com-lep-o-juiz-ode-impor-o-monitoramento-eletronico-na-saida-temporaria-e-na-prisao-domiciliar/>. Acesso em: 4 mai. 2023.

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Penal**: no estado democrático de direito, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 75 p.85 STJ.

\_\_\_\_\_. Súmula no 269. Brasília, DF, 2011. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_20\\_capSumula269.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula269.pdf). Acesso em: 04 maio 2023.

\_\_\_\_\_. TJDF, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Regime aberto em prisão domiciliar. Distrito Federal: TJDF, 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/regime-aberto-em-prisao-domiciliar>. Acesso em: 04 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. TJDF, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão 1246055,07019547320208070000. Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2a Turma 37 Criminal, data de julgamento: 30/4/2020, publicado no PJe: 11/5/2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-DF/attachments/TJ-DF\\_\\_cesso](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-DF/attachments/TJ-DF__cesso) em: 04 de maio de 2023.

\_\_\_\_\_. TJDF, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão 124211007282211920198070000. Relator: JESUÍNO RISSATO, 3a Turma Criminal, data de julgamento: 2/4/2020, publicado no PJe: 17/4/2020a. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-DF/attachments/TJ-DF\\_\\_07068072820208070000\\_618ba.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-DF/attachments/TJ-DF__07068072820208070000_618ba.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&). Acesso em: 03 mai. 2023.

VASCONCELOS, Joedson Marques. Perspectivas da instituição da audiência de custódia no processo penal e os seus reflexos no estado

do Ceará. 2019. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2. Ed.

Trad. Sérgio Lamarão, Rio

de janeiro, Revan, 2007.



## SAÍDA TEMPORÁRIA: UMA ANÁLISE AO PROJETO DE LEI N. 6.579/2013

Patrícia Noia Schultz  
João Paulo Calves  
Jodascil Gonçalves Lopes  
Marianny Alves

### INTRODUÇÃO

O estudo tem como objetivo descrever os princípios que norteiam a execução penal no Brasil, bem como o sistema de cumprimento de pena, qual seja o progressivo, tendo como instrumento normativo a Lei no. 7.210, de 1984 (LEP).

Ainda, compreender o Instituto da Saída Temporária presente na Lei de Execução Penal e analisar a proposta original do Projeto de Lei no. 6.579/2013, bem como as alterações feitas na Câmara dos Deputados e os possíveis impactos que o referido projeto, se aprovado, irá causar no ordenamento jurídico, principalmente na efetividade da execução penal brasileira.

O artigo 1o da LEP dispõe sobre o objetivo da execução penal que, além de buscar efetivar as disposições de sentença, busca reintegrar à sociedade o condenado que tem sua liberdade privada por consequência de uma sanção penal.

Nesse contexto, a saída temporária se apresenta como uma das ferramentas da LEP para que seja realizada a reinserção do sujeito preso ao convívio social. Entretanto, a proposta presente no PL em análise, visa restringir e até mesmo extirpar o benefício do ordenamento jurídico brasileiro, o que causaria grandes danos aos apenados, por retirar o fim ressocializador no cumprimento da pena.

Conforme consta da LEP, o instituto da saída temporária é um benefício aos apenados em regime semiaberto, sendo vedado

àqueles que cumprem pena em regime fechado, bem como ao condenado por crime hediondo com resultado morte.

O principal objetivo da referida lei, além de efetivar a punição ao indivíduo que comete crime, é oportunizar uma reinserção gradativa do apenado à sociedade, através de sua autodisciplina.

Logo, pode-se dizer que tal benefício é de suma importância para a sociedade como um todo, tendo em vista a necessidade da readaptação do indivíduo ao meio de que foi retirado, para que não se sinta deslocado e volte a delinquir.

No Brasil o sistema de pena adotado é o progressivo, que consiste na progressão de cumprimento pena de um regime mais gravoso para o mais brando. Entretanto, a exemplo, para que o apenado progrida do regime fechado para o semiaberto, é necessário que cumpra alguns requisitos definidos em lei, que serão abordados em momento oportuno.

Igualmente, para que a concessão do benefício da saída temporária seja efetivada, além de estar em regime semiaberto, se faz necessário que o apenado preencha alguns pressupostos, que possuem elementos objetivos e subjetivos.

Tais requisitos, estão contidos no artigo 123, da LEP, sendo eles: I - comportamento adequado; II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Logo, é possível perceber que a concessão da benesse não se faz de maneira simples, apenas pelo cumprimento de parte da pena, mas também pela disciplina do encarcerado dentro da penitenciária, que passa por uma avaliação.

Em sentido contrário, foi aprovado no Senado Federal o projeto de lei de n. 6.579/2013 de autoria da Senadora Ana Amélia, que originariamente trazia mudanças nos artigos 123 e 124 da Lei no. 7.210/1984 - LEP para restringir a concessão do benefício das saídas temporárias, alterando para uma única vez ao ano a aplicação deste, bem como não beneficiando os reincidentes

Após, foi encaminhado para apreciação na Câmara dos Deputados, onde foram apensados ao Projeto de Lei 6.579/13, vários outros PL, que propunham diversas alterações na LEP e que passaram por análise na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CAPCCO), bem como na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Por fim, a CCJC aprovou um substitutivo ao PL original, que traz a revogação total do benefício da saída temporária, tal como proposições sobre o aprimoramento das tornozeleiras eletrônicas e necessidade da realização de exame criminológico para progressão de regime. O O PL retornará ao Senado Federal, que analisará o substitutivo, podendo aprová-lo.

Destarte, para atingir tal objetivo de estudo, utilizou o método hipotético-dedutivo, sendo utilizado referências bibliográficas e legislativas, bem como jurisprudências e entendimentos dos tribunais superiores, tendo a seguinte esquematização dos capítulos.

No primeiro item aborda uma síntese sobre os principais princípios da execução penal, haja vista que a referida lei possui uma grande base principiológica fundamentada tanto na Constituição Federal de 1988, bem como em normas internacionais importantes, tendo como primazia o princípio da humanidade

O segundo item trata da Execução Penal no Brasil, como se desenvolve o sistema progressivo de cumprimento de pena e, ainda, sobre o instituto da Saída Temporária e sua importância para a ressocialização do sujeito preso. Por fim, no terceiro capítulo, abordar-se-á o PL e seus possíveis impactos ao sistema da execução de pena brasileira, caso consiga acabar com a saída temporária.

## **PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL**

O atual código que disciplina a execução penal brasileira é a Lei de Execução Penal, publicada em 13 de julho de 1984 e vigora até os dias de hoje. Ademais, importante mencionar, que a publicação da

atual lei substituiu a antiga Lei 3.274/1957 e já passou por 21 (vinte e uma) alterações desde sua publicação.

Diante disso, traçando um panorama a partir da lei atual e suas modificações, se faz necessário discorrer, de forma breve, alguns dos princípios norteadores e basilares para a aplicação da execução penal no Brasil, e, que demonstram a efetiva função da LEP.

Primeiramente, é importante lembrar que os princípios são a origem, a base das normas de um país democrático de direito e “nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio, (...) vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas. E essa influência tem eficácia efetiva, real, concreta” (NUNES,2011, pg 218).

Portanto, importante trazer à tona uma breve síntese dos princípios que regem a execução penal brasileira, que são extraídos, principalmente, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como de diversas normas, tratados e Convenções internacionais que tratam do referido tema.

Em que pese a LEP ser estruturada com base em dezenas de princípios, no presente artigo, abordar-se-ão alguns dos mais relevantes.

## **PRINCÍPIO DA HUMANIDADE**

Por se tratar do fundamento estrutural dos outros princípios, é notadamente um dos mais importantes. Isso porque, tem em seu núcleo, diversas normas e Convenções internacionais, como por exemplo a Declaração Universal do Direito do Homem, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento do Preso, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, a Convenção de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios Básicos para o tratamento de reclusos da ONU, dentre vários outros.

Portanto, traz um grande amparo e força nas questões relacionadas à proteção dos direitos humanos. Ainda, importante

ressaltar que, no Brasil, o referido princípio é encontrado na CF/88, como “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, no artigo 1o, inciso III (título que trata Dos Princípios Fundamentais), bem como “Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos”, artigo 4o, inciso II (título que trata Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos).

O cerne do referido tema é a proteção do indivíduo preso, relembrando sempre que os presos são sujeitos de direitos e devem ser tratados com dignidade e respeito, devendo ter sua integridade física e moral preservadas, não podendo, portanto, serem excluídos os demais direitos por consequência da privação da liberdade.

Nesse mesmo entendimento, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, cujo Brasil é signatário, aduz em seu artigo 10 que: “1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.”

Do mesmo modo, entende o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão: “PRINCÍPIO 1 - A pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão deve ser tratada com humanidade e com respeito da dignidade inerente ao ser humano.”.

Outrossim, cabe ressaltar, que, em relação à execução penal a CF/88 traz alguns temas que são intimamente relacionados à proteção do indivíduo preso, tendo como finalidade protegê-lo de uma possível exceção do poder punitivo estatal (ESTRADA,2021).

No artigo 5o, o inciso XLIX assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. Ainda, nos incisos III e XLVII, por exemplo, o texto trata sobre a proibição de tortura e tratamento desumano e degradante, bem como a vedação às penas de: “(...) a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;”.

Por conseguinte, torna-se evidente a importância do tema, haja vista estar presente em dezenas de normas advindas de convenções internacionais, das quais o Brasil subscreve a maioria, sendo,

portanto, introduzido à LEP como a base para boa aplicação da execução penal.

## PRINCÍPIO A LEGALIDADE

Por se fazer presente em todos os âmbitos do direito brasileiro, tem sua importância destacada. Sua previsão se encontra na CF/88, especificamente no artigo 5º, inciso XXXIX.

O princípio da legalidade é o núcleo de todo o direito. Inspirado na expressão latina *“nullum crimen, nulla poena sine lege”* (nulo o crime, nula a pena sem lei) (ESTRADA,2021), tem como principal função a proteção do excesso punitivo estatal.

Ao prever, no artigo retromencionado, que: *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*, a CF/88 impede que o Estado, como garantidor de direitos, ultrapasse os limites de sua função. Da mesma forma, é possível extrair a base principiológica de várias outras normas internacionais, como as já mencionadas no subtítulo anterior.

Ademais, importante ressaltar, que, através dessa limitação legal é que a segurança jurídica é mantida, bem como o Estado Democrático de Direito é preservado, haja vista que a criação das leis e suas punições são exercidas pelos representantes do povo, na medida de suas escolhas.

Na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), a alusão ao referido princípio se encontra no artigo 45, onde é possível extrair o seguinte: *“Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.”*.

Da mesma forma, importa mencionar que, apesar de existirem divergências jurisprudenciais sobre o tema, há que se reconhecer que por força do princípio da legalidade, a concessão da saída temporária torna-se um direito subjetivo do interno, tendo em vista que, preenchidos os requisitos este tem direito à benesse.

Em síntese, percebe-se aqui, que o citado artigo da LEP está intimamente ligado aos princípios da humanidade, protegendo o

indivíduo preso, como já mencionado, dos excessos punitivos no âmbito da privação da liberdade causada pelas sanções penais.

## **PRINCÍPIO DA NÃO MARGINALIZAÇÃO DAS PESSOAS PRESAS OU INTERNADAS**

Partindo da premissa de que o indivíduo preso é um sujeito de direitos, não se pode aceitar que tais direitos sejam suprimidos como forma de retribuição à conduta criminoso praticada. Ainda, imperioso destacar que, o encarcerado já sofre os efeitos da segregação só pela limitação do seu direito à liberdade, já que este é retirado de seu ambiente social (RODRIGUES, apud ESTRADA, 2018).

Nesse prisma, é categórico o conteúdo da Regra n. 5 das Regras Mínimas Das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela), in verbis: “O regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida durante a detenção e aquela em liberdade que tende a reduzir a responsabilidade dos reclusos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos”.

A sanção penal, por si só, já causa danos tanto à vida do infrator, quanto à família deste. O princípio da não marginalização das pessoas presas, busca diminuir os efeitos segregativos que o encarcerado sofre ao ter sua liberdade privada, por consequência de sua conduta delituosa. Essa insulação se dá tanto em âmbito social quanto dentro do próprio estabelecimento penal.

## **PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Previsto no art. 5o, inciso XLVI da CF/88, o referido princípio é primordial para a execução penal. Como o próprio nome diz, a pena é tratada de forma individual, ou seja, de acordo com a conduta praticada no caso concreto, levando em consideração o critério trifásico da dosimetria da pena, contido no artigo 68, do Código de Processo Penal.

Intimamente ligado ao princípio da humanidade, a individualização da pena é um princípio fundamental do sistema de justiça penal que busca um tratamento único a cada pessoa, levando em consideração suas circunstâncias específicas ao determinar a sentença a ser aplicada.

Dessa forma, ela avalia fatores como a gravidade do delito, o grau de culpabilidade do acusado, antecedentes criminais, a possibilidade de ressocialização, entre outros elementos, a fim de estabelecer uma pena proporcional e justa.

A individualização da pena é fundamental para evitar penas excessivas ou inadequadas, protegendo, portanto, a dignidade de cada pessoa. Portanto, pode-se dizer, que tal princípio promove o respeito aos direitos humanos, por considerar a singularidade de cada pessoa perante a lei.

Outrossim, ela também busca considerar o contexto social e econômico do acusado, reconhecendo que as desigualdades podem influenciar na prática da conduta delituosa. Assim, a pena deve ser aplicada de maneira justa, levando em conta as características e necessidades do condenado, com a finalidade de promover a sua reintegração na sociedade, bem como sua ressocialização.

Em suma, trata-se de um princípio indispensável ao Estado Democrático de Direito, por primar a equidade e a justiça, além de garantir uma punição proporcional ao delito cometido e às circunstâncias do condenado.

## **PRINCÍPIO DA TRANSCENDÊNCIA MÍNIMA**

Em contradição com o princípio da intranscendência, contido na CF/88, art. 5º, XLV, que dita que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, o princípio da transcendência mínima aduz que a pena, de uma certa forma, sempre passará do apenado. Isso porque, a privação da liberdade no âmbito penal, afeta as relações familiares e íntimas de afeto do indivíduo preso.

Oportuno lembrar, que tanto o preso quanto seus familiares possuem o direito de manter os laços afetivos. Nesse viés, tem-se como principal problemática as questões relacionadas às visitas realizadas na penitenciária.

Os estabelecimentos prisionais, a fim de estabelecerem um padrão de segurança, realizam inspeções e revistas naqueles que ingressam para visitar o preso. A Resolução no. 5 de 2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, destaca que de forma excepcional será realizada a revista manual, devendo ser preservada a integridade física, psicológica e moral da pessoa revistada.

Entretanto, contrariando o que dispõe a resolução, em sua maioria, são realizadas revistas que se tornam vexatórias e desumanas, obrigando o visitante a ficar desnudo e em posições constrangedoras.

Diante disso, é evidente a ofensa aos preceitos constitucionais que protegem a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF/88), violando a intimidade e a honra (artigo 5º, inciso X, da CF/88) dos familiares visitantes.

Outros exemplos da transcendência da pena aos familiares do interno são proibições à visita como sanções disciplinares (artigos 41, parágrafo único, e 53, III, da LEP).

Portanto, tal princípio visa proteger tanto o direito do interno, de manter suas relações familiares, quanto dos próprios familiares que foram privados do convívio do apenado.

Por fim, conforme mencionado anteriormente, buscou-se rememorar apenas alguns dos mais importantes dos princípios referentes ao tema a ser tratado. Imperioso ressaltar, que, os princípios servem como proteção aos indivíduos, ao passo que exercem uma limitação do poder punitivo estatal (ESTRADA, 2021). Logo, não devem ser afastados de seu lugar de importância, como fazem muitos juristas, sendo buscados apenas nas excepcionalidades dos casos concretos. Os princípios são os pilares do ordenamento jurídico e precisam ser mantidos em incessante evidência.

## **EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E O INSTITUTO DA SAÍDA TEMPORÁRIA**

De início, cumpre ressaltar que, a execução penal é o momento em que o Estado exerce por meio de seu poder punitivo a execução da pena, ou seja, conclui a efetivação da pretensão punitiva através da sanção aplicada à conduta infratora do agente.

Como já mencionado, a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) é a norma vigente que disciplina a execução penal no Brasil. Sua natureza jurídica, no entendimento das doutrinas majoritárias é mista, pelo fato de que sua aplicação perpassa tanto a esfera jurisdicional quanto a administrativa. (GRINOVER, apud AVENA, 2019).

### **EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL**

Primeiramente, é necessário consignar que uma das finalidades da pena aplicada, é a reeducação do infrator para que não volte a praticar novos crimes, de modo que seja ressocializado e readaptado após o cumprimento da pena.

Ademais, por ter um arcabouço estruturado por princípios humanizadores, faz-se importante ressaltar que a LEP traz direitos e garantias, advindos da CF/88, que permitem ao indivíduo preso, sua ressocialização bem como continuação dos laços afetivos anteriores à sanção punitiva.

Por isso, importa destacar que a privação da liberdade de um indivíduo no âmbito do direito penal brasileiro não é regra, e sim uma exceção, que pode ser aplicada em quatro hipóteses, quais sejam: prisão em flagrante delito, prisão temporária, prisão preventiva e por execução da pena definitiva.

Faz-se necessário informar, que o presente trabalho limitar-se-á, dentro dos tipos de pena, às privativas de liberdade, sejam elas definitivas ou provisórias, haja vista que o benefício da saída temporária, tema principal do presente trabalho, dá-se a partir da execução da pena dada por uma sentença condenatória.

Ao juiz que declara a sentença condenatória, no momento processual, incute o dever de estabelecer e realizar a dosimetria da pena a ser executada de acordo com o que dispõe o artigo 68, do CP, tal como determinar o regime inicial do cumprimento desta. Após, ao juízo da execução penal resta “efetivar as disposições de sentença” (art. 1o, LEP).

A LEP descreve em seu artigo 112, que o regime de cumprimento de pena se dará de forma progressiva. Cabe ressaltar, que o novo texto, alterado pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote

Anticrime), traz um rol de requisitos mais rigoroso, estabelecendo critérios mais específicos para a progressão de regime.

Para que seja concedida a progressão, o apenado precisa cumprir, cumulativamente, requisitos objetivos e subjetivos determinados pela LEP. Tais requisitos estão relacionados, a depender da conduta criminosa cometida, ao cumprimento de um percentual de tempo da pena total, bem como à conduta carcerária do condenado, que será avaliada pelo juízo da execução.

Do mesmo modo, infere-se do artigo 33, do CP que, as penas privativas de liberdades, denominadas de reclusão ou detenção, estabelecem três tipos de regime de cumprimento, a depender dos critérios para cabimento de cada regime, quais sejam: fechado, semiaberto e aberto.

Ainda, no aludido artigo do CP, em seu parágrafo 2o, o texto da lei determina que o cumprimento da referida pena ocorrerá de forma progressiva, ou seja, a depender de requisitos objetivos e subjetivos do apenado, este irá progredir de um regime mais rígido para um mais brando, conforme o exposto, in verbis:

§ 2o - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (grifo nosso) a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena

seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Portanto, a progressão mencionada pode se dar do regime fechado para o semiaberto, do semiaberto para o aberto, não sendo admitido, segundo entendimento do Supremo Tribunal

Federal e Superior Tribunal de Justiça, a progressão per saltum, ou seja, àquela que não respeita a ordem supracitada saltando da mais gravosa para mais branda, conforme dita a Súmula 491 do STJ.

Ademais, diante da previsão contida no artigo 118 da LEP, é permitida a regressão de regime como consequência de prática de novo crime doloso, ou por falta grave, ainda, por condenação de crime anterior que impeça o cumprimento dos requisitos.

Logo, percebe-se que na aplicação do regime inicial, reflete o princípio da individualização da pena, por ter como requisitos de cabimentos elementos subjetivos inerentes à pessoa do agente, quais sejam: à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime, bem como o comportamento da vítima (art. 59, CP); circunstâncias agravantes e atenuantes, tal qual as causas de aumento e diminuição de pena (art. 68, CP).

Há que se falar, ainda, sobre a execução provisória da pena, cuja previsão se encontra no artigo 2º, parágrafo único da LEP, onde estabelece que os dispositivos do aludido código serão aplicados aos presos provisórios e condenados pela Justiça Eleitoral ou Militar.

A execução provisória da pena não se confunde com a execução antecipada da pena, que é tratada como inconstitucional em analogia as ADC's 43, 44 e 54, já que o STF declarou a constitucionalidade do artigo 283 do CPP.

Destarte, durante a fase de conhecimento do processo criminal, podem ocorrer algumas situações em que o réu poderá se encontrar preso, como o exemplo da prisão preventiva. Tratada como uma espécie de prisão cautelar que ocorre no curso do processo e que visa garantir a ordem pública, dentre outros, a fim de assegurar a

aplicação da lei penal (artigo 312, CPP), a prisão preventiva pode ser mantida ou até mesmo decretada após uma sentença condenatória.

Assim, antes do trânsito em julgado o réu inicia provisoriamente o cumprimento da pena. Por isso, importante destacar, que mesmo provisoriamente preso o sujeito possui o direito de usufruir dos benefícios da LEP, tais como progressão de regime, remição da pena, visitas, bem como à saída temporária, se preenchidos os requisitos legais.

Tal entendimento encontra respaldo na súmula no 716 do STF, in verbis: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Ainda, a resolução de no 113 de 20 de abril de 2010, do Conselho nacional de Justiça, aduz o mesmo entendimento, conforme se expõe:

Art. 8º Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis. (grifo nosso)

Por fim, necessita-se salientar que a progressão de regime tem natureza de direito público subjetivo, portanto, tendo sido preenchidos os requisitos, o apenado faz jus à progressão.

## **O INSTITUTO DA SAÍDA TEMPORÁRIA**

A Lei de Execução Penal prevê duas modalidades de autorizações de saída do estabelecimento penitenciário, sendo elas a “permissão de saída” e a “saída temporária”. A permissão de saída é direcionada aos presos que cumprem pena em regime fechado e semiaberto, concedida em casos excepcionais e de urgência. Como conceitua o próprio nome é a modalidade em que o apenado poderá sair do estabelecimento penitenciário nos casos de: falecimento ou

doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão, e; necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14) (artigo 120, LEP).

Os direitos de saída, permitem ao interno uma flexibilização da rigidez da execução contínua da pena de prisão (item 127 da Exposição de Motivos da LEP), e dependem de pressupostos para que sejam concedidas.

O instituto da Saída Temporária está materializado na Lei de Execução Penal, em seus artigos 122, 123, 124 e 125. Trata-se de uma autorização de saída, que possibilita que o encarcerado se retire por tempo determinado do estabelecimento penal, em ocasiões específicas, sem a necessidade de vigilância direta. Embora a lei autorize a saída sem vigilância direta, esta autoriza que o juízo aplique o monitoramento eletrônico caso entenda necessário.

Nesse contexto, vale frisar que a aplicação desse direito não se estende a qualquer encarcerado, como é possível extrair da interpretação do artigo 112, da LEP, in verbis: “Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta (...)”. Igualmente, não se aplica aos condenados pela prática de crime hediondo com resultado morte.

O regime semiaberto, se caracteriza pelas seguintes regras, quais sejam:

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. § 1o - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. § 2o - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (grifo nosso)

Ademais, faz-se necessário ainda, o preenchimento de algumas condições, como o bom comportamento carcerário, o cumprimento de determinado tempo de pena e a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (artigo 123, incisos I, II e III, da LEP).

O artigo 121 estabelece um rol exaustivo que determina as situações em que o sentenciado poderá sair, sendo elas: a visitação à família; realização de curso de cunho educativo ou profissionalizante, desde que seja na Comarca do Juízo da Execução, ou ainda; saída para a realização de atividades com caráter ressocializador.

No que se refere aos requisitos para a concessão da benesse, estes se diferenciam entre objetivos e subjetivos. O requisito objetivo tem relação ao lapso temporal de cumprimento da pena e se refere a necessidade de que o condenado complete ao menos 1/6 da pena imposta, caso seja primário, ou 1/4, caso seja reincidente.

Importante destacar o entendimento sumulado pelo STJ em sua Súmula n. 40, que leciona: “para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.”.

Diante da súmula mencionada, a doutrina evidencia grande crítica sobre a necessidade do cumprimento mínimo da fração estabelecida para a obtenção do benefício, àqueles que iniciam em regime semiaberto.

Isso porque, o cumprimento de 1/6 da pena por sentenciado que inicia em regime semiaberto, causaria danos ao apenado pelo fato de que após esse tempo este faria jus a nova progressão de regime, prejudicando, portanto, o benefício da saída, bem como sua ressocialização.

De outro modo, o requisito subjetivo diz respeito ao bom comportamento no estabelecimento penal, que é avaliado pela administração penitenciária e repassado ao juízo da execução criminal, bem como à compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Nesse prisma, resta destacar que o entendimento jurisprudencial não entende a “saída temporária como um direito subjetivo do encarcerado (AgRg no HC n. 761.864/RJ, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023).

Isso porque, como consta da LEP, a autorização da saída é atribuída ao juiz da execução, sendo um ato discricionário e necessitando de motivação, bem como da oitiva do Ministério Público e da administração da penitenciária. Portanto, além do preenchimento dos pressupostos, o apenado depende da autorização do juízo.

Ainda, quanto às datas estipuladas pelo juízo para a fruição do benefício, existem críticas pela generalização destas, por ofender o que consta do artigo 123, da LEP, por fixar um calendário anual e causar uma certa “automatização” nas autorizações.

Entretanto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, projetou o entendimento de que fixação anual no calendário das “saidinhas”, não viola o que dispõe no artigo 123 da LEP, haja vista que a autorização motivada de cada saída colocaria em risco o direito do apenado, podendo este nem ter oportunidade de gozar do benefício, pelo grande fluxo de processos.

Portanto, diante da deficiência do aparato estatal, o STF entendeu cabível a criação de calendário anual das saídas, priorizando, portanto, o direito de ressocialização e reintegração social do apenado. Por esse motivo, é comum perceber uma massificação das saídas, principalmente em datas comemorativas, como natal, páscoa, Dia das Mães, Dia dos Pais etc.

Quanto ao prazo, o artigo 124 da LEP estabelece que: “A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano”. Em suma, tem-se a limitação de 5 (cinco) saídas ao ano, não podendo ultrapassar 7 (sete) dias cada saída, devendo ser respeitado o intervalo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias entre uma saída e outra.

Ademais, segundo o artigo 125, da LEP, a revogação do benefício pode acontecer de forma automática, caso o condenado pratique crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso. Vale lembrar, que o direito ao benefício poderá ser recuperado caso o condenado seja absolvido no processo

penal, tenha a punição disciplinar cancelada, ou ainda, demonstre merecimento.

Diante disso, é necessário evidenciar a principal função do instituto, qual seja a ressocialização e a reintegração harmônica do preso à sociedade, de forma gradual. Portanto, há que se reconhecer a importância do benefício, tanto para o encarcerado quanto para a própria sociedade.

Isso porque, como consta da LEP, a autorização da saída é atribuída ao juiz da execução, sendo um ato discricionário e necessitando de motivação, bem como da oitiva do Ministério Público e da administração da penitenciária. Portanto, além do preenchimento dos pressupostos, o apenado depende da autorização do juízo.

Ainda, quanto às datas estipuladas pelo juízo para a fruição do benefício, existem críticas pela generalização destas, por ofender o que consta do artigo 123, da LEP, por fixar um calendário anual e causar uma certa “automatização” nas autorizações.

Entretanto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, projetou o entendimento de que fixação anual no calendário das “saidinhas”, não viola o que dispõe no artigo 123 da LEP, haja vista que a autorização motivada de cada saída colocaria em risco o direito do apenado, podendo este nem ter oportunidade de gozar do benefício, pelo grande fluxo de processos.

Portanto, diante da deficiência do aparato estatal, o STF entendeu cabível a criação de calendário anual das saídas, priorizando, portanto, o direito de ressocialização e reintegração social do apenado. Por esse motivo, é comum perceber uma massificação das saídas, principalmente em datas comemorativas, como natal, páscoa, Dia das Mães, Dia dos Pais etc.

Quanto ao prazo, o artigo 124 da LEP estabelece que: “A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano”. Em suma, tem-se a limitação de 5 (cinco) saídas ao ano, não podendo ultrapassar 7 (sete) dias cada saída, devendo ser respeitado o

intervalo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias entre uma saída e outra.

Ademais, segundo o artigo 125, da LEP, a revogação do benefício pode acontecer de forma automática, caso o condenado pratique crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso. Vale lembrar, que o direito ao benefício poderá ser recuperado caso o condenado seja absolvido no processo penal, tenha a punição disciplinar cancelada, ou ainda, demonstre merecimento.

Diante disso, é necessário evidenciar a principal função do instituto, qual seja a ressocialização e a reintegração harmônica do preso à sociedade, de forma gradual. Portanto, há que se reconhecer a importância do benefício, tanto para o encarcerado quanto para a própria sociedade.

Com aspecto humanizador, a reinserção à sociedade visa devolver a dignidade e o sentido de pertença ao meio, os quais são retirados do preso no momento da privação de sua liberdade, além de inculcar a autodisciplina. Portanto, aduz-se evidente que a simples privação da liberdade, causa grandes prejuízos que vão para além da pessoa do apenado.

Ante o exposto, fica demonstrado a íntima relação do instituto com o princípio da transcendência mínima, onde leva-se em conta os danos causados à família do condenado por conta da retirada deste de seu âmbito privado e familiar, tal como o reinsere de forma gradual a seus familiares e ao convívio social.

### **PROJETO DE LEI Nº. 6.579/2013**

Com origem no Senado Federal, o Projeto de Lei no 6.579 de 2013 foi proposto pela ex-senadora Ana Amélia através do Projeto de Lei do Senado no 7 de 2012. O projeto inicial, objetivou alterar os artigos 123 e 124 da Lei no 7.210/84 (Lei de Execução Penal), com intuito de restringir o benefício da saída temporária, diminuindo

para apenas 1 (uma) saída ao ano, além de conceder o benefício apenas aos presos primários, conforme descrito no artigo 123, II – cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena; IV – primariedade.” (NR) e art. 124. A autorização será concedida apenas 1 (uma) vez ao ano, por prazo não superior a 7 (sete) dias (NR)

Diante disso, importa mencionar, que a limitação do benefício foi justificada pela parlamentar no sentido de que tal mudança traria um aperfeiçoamento ao sistema jurídico-penal brasileiro, aumentando a segurança para a sociedade.

Ademais, mencionou que as saídas geram a possibilidade de o apenado ter contatos frequentes com “seus comparsas e com integrantes de organizações criminosas” (PLS no 7/2012), além de que a reincidência serviria como um juízo prévio de que o encarcerado não estaria preparado para receber o benefício, uma vez que reiterou sua conduta criminosa.

Aprovado no Senado, pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), o Projeto de Lei seguiu para a apreciação da casa revisora, qual seja a Câmara dos Deputados, onde lá foram apensados ao PL principal, pelo relator Capitão Derrite (PL-SP), outros 27 (vinte e sete) Projetos de Lei.

Por conseguinte, através do relator, foi apresentado um substitutivo com os referidos apensados, trazendo a rejeição total da proposta original do PL 6.579/13, e concluindo pela revogação completa do instituto da saída temporária.

Ademais, o referido projeto trazia em seu conteúdo alterações referentes à necessidade do uso de tornozeleira eletrônica em casos que a legislação não previa, bem como a necessidade da realização de exame criminológico para a progressão de regime.

O substitutivo foi aprovado em plenário pela casa revisora, por 311 votos favoráveis à extinção do benefício e 98 contrários, e, diante disso, retornou à casa iniciadora para que as alterações sejam analisadas pelo Senado.

## UMA ANÁLISE AOS POSSÍVEIS IMPACTOS DO FIM DO INSTITUTO DA SAÍDA TEMPORÁRIA

Ante o exposto, se faz necessário elucidar alguns pontos importantes, bem como as justificativas apresentadas pelos parlamentares para retirar do ordenamento jurídico o instituto da saída temporária.

Tanto na proposta original, que visava limitar o benefício, quanto no substitutivo que pretende extingui-lo, aduz-se o argumento de que o instituto não é benéfico à sociedade, trazendo insegurança e perigo à incolumidade pública.

Isso porque, os parlamentares baseiam seus argumentos em índices de criminalidade isolados, bem como se utilizaram de acontecimentos midiáticos para impactar e demonstrar a necessidade da extinção, alegando que os encarcerados se utilizam do benefício para não retornarem ao estabelecimento prisional e delinquir novamente.

Basta ver, que sempre que se fala em saída temporária vem à tona casos como da parricida Suzanne Von Richtofen, goleiro Bruno, Lázaro Barbosa, Elize Matsunaga, dentre outros, que tiveram a concessão do benefício por consequência da progressão de regime e boa conduta carcerária, e que chocaram o país pelos crimes cometidos.

Tais acontecimentos, como já mencionado, são utilizados para fortalecer as alegações de que o benefício não traz ganho à sociedade, ainda, que prejudica o combate ao crime. Além disso, para incrementar o fundamento da alteração legislativa, no substitutivo apresentado pelo relator, foi elucidado dados da Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, alegando uma “grande quantidade” de presos que não retornam ao sistema prisional após a saída.

Os dados apresentados contabilizaram a evasão entre os anos de 2021 e 2022, totalizando 5% do total dos presos que saíram para usufruir do benefício. Pois bem, de acordo com a interpretação

legislativa, extraída tanto do Código Penal quanto da LEP, demonstra-se equivocado o raciocínio supracitado, tal como sem fundamento legal.

Primeiramente, não existe nenhum estudo embasado por dados científicos que fortaleçam e comprovem o argumento de que a saída temporária beneficia o crime, trazendo, portanto, malefícios à sociedade.

Igualmente, faz-se importante relembrar, que o Brasil não admite prisão de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, CF/88). Sinala-se, ainda, que o 1º artigo da Lei de Execução Penal brasileira, traz sua principal função, onde aduz que: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (grifo nosso)

Nesse sentido, mostra-se evidente o caráter humanitário que o benefício da saída temporária carrega, sendo, portanto, intimamente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). Nesse viés, há que se destacar a importância da humanização das penas, já que em algum momento, o apenado privado de sua liberdade a terá de volta, sendo esperado que este esteja regenerado de suas condutas delitivas, para que não as pratique novamente.

Por conseguinte, faz-se demonstrada a inconstitucionalidade do PL 6.57913, que visa extirpar o benefício da ST do ordenamento jurídico brasileiro isso porque, além de ofender os princípios constitucionais como o da humanização da pena, dignidade da pessoa humana e individualização da pena, viola também o núcleo funcional e indispensável à LEP, qual seja a ressocialização e reintegração gradual do apenado à sociedade.

Noutro giro, sobre o raciocínio alegado pelos parlamentares para defender o fim do benefício, cabe rememorar, que o primeiro requisito para que o apenado faça jus à saída temporária, além do cumprimento mínimo de pena e bom comportamento, é que o condenado esteja em regime semiaberto.

Portanto, como dispõe o próprio Código Penal, em tal regime o encarcerado tem a possibilidade de realizar trabalho externo, ou seja, sair durante o dia para exercer o trabalho e retornar à noite para dormir na colônia agrícola ou industrial, como prevê o artigo 35 do CP.

Ainda, tem-se a possibilidade da saída do estabelecimento prisional, durante o regime semiaberto, para realização de estudo como forma de remir a pena, como dispõe o artigo 126, § 2º da LEP.

Logo, não encontra força normativa a ideia de que a saída temporária oferece ao encarcerado a possibilidade de fuga, haja vista que a própria progressão de pena ao regime semiaberto, por si, oferece oportunidade para que o condenado saia da penitenciária para a realização de trabalho ou estudo externo.

Da mesma forma, os dados apresentados sobre as evasões não mostram relevância se comparados à quantidade de condenados que usufruem da benesse e retornam ao estabelecimento prisional, buscando sua real efetivação, qual seja a reintegração gradual ao meio social.

Nesse sentido, não se faz razoável prejudicar os presos que estão cultivando os benefícios da convivência social, por consequência da má conduta dos poucos que não retornam. Neste isso, em analogia ao princípio da culpabilidade, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a responsabilidade objetiva, ou seja, não é possível que haja uma punição coletiva, como determina o artigo 45, parágrafo 3º da LEP, sem que haja dolo ou culpa do agente.

Isso posto, pelo princípio citado, os apenados não devem ser punidos pela má conduta de outros, bem como pelo juízo antecipado de que pelo fato de estarem presos sempre voltarão a delinquir.

A finalidade da pena no Brasil também possui caráter reeducativo, ou seja, prepara o infrator para a volta à sociedade e para o convívio familiar. Desse modo, o bom comportamento, que é um requisito subjetivo para a concessão da saída, é uma das demonstrações que o condenado está preparado para trabalhar a

autodisciplina, visto que esta é uma característica importante para a eficácia do benefício.

A alta taxa de criminalidade não tem relação lógica com o instituto da saída temporária, conforme já mencionado, não podendo ser justificado pelas evasões durante a concessão do benefício.

Portanto, a simples remoção de tal benesse não resolveria os altos índices de criminalidade, já que notadamente são questões de segurança pública que envolvem majoritariamente políticas sociais.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, pôde-se perceber que para introduzir a análise do PL em questão, bem como a importância do Instituto da Saída Temporária para o ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo buscou trazer um panorama sintetizado de alguns dos mais importantes princípios da execução penal e da importância que possuem para a aplicação efetiva da Lei de

Execução Penal, haja vista possuir seu embasamento na CF/88 e nas principais normas e diretrizes internacionais.

Nesse contexto, evidenciou-se o regime progressivo de pena como o sistema adotado pelo Brasil, tal como sua importância para a concessão do benefício da saída temporária. Isso porque, conforme consta da súmula de no. 40 do STJ, quando o apenado inicia o cumprimento da pena em regime fechado, considera-se o lapso temporal para a aplicação da saída temporária. Insta mencionar, que a ressocialização e reinserção dos apenados no Brasil é

insuficiente e demonstra pouca aplicabilidade quando o preso cumpre sua pena. Extinguir o direito que o condenado possui de gradualmente ser reinserido à sociedade, pode ser muito mais danoso em relação àqueles que não retornam após a concessão do benefício.

Por isso, é importante salientar que um dos papéis da pena é regenerar o delinquente e dessa forma trazê-lo de volta à sociedade

com um novo comportamento. Não parece lógico, tampouco humano, aprisionar uma pessoa por uma grande quantidade de tempo com a intenção de fazê-la aprender a não cometer mais delitos.

A regeneração vem de uma reeducação do apenado, que através dos institutos presentes na LEP, como o trabalho, a remição por leitura, bem como as saídas temporárias, que permitem a convivência familiar, estudo e atividades sociais, podem auxiliar na transformação do indivíduo trazendo vantagens diversas.

Portanto, o fim da saída temporária, causará impactos que ultrapassam o núcleo de convívio do sujeito preso, pois, sabendo que o principal objetivo da pena é a regeneração do delinquente, acabar com a benesse seria como extirpar um dos objetivos da própria LEP, trazendo um caráter unicamente retributivo e vingativo aqueles que cometem a conduta criminoso.

## REFERÊNCIA

AVENA, Norberto. Execução penal/Norberto Avena. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 30 jan.2023.

BRASIL. [Lei no. 2.848 de dezembro de 1940]. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. [Lei no. 7.210 de 11 de julho de 1984]. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm) Acesso em: 30 jan. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA RESOLUÇÃO No 113, DE 20 DE ABRIL DE 2010. (online). [Acessado 19 de maio de 2023].

Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_113\\_20042010\\_25032019153433.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_113_20042010_25032019153433.pdf)

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA RESOLUÇÃO No 5, DE 28 DE AGOSTO DE 2014. (online). [Acessado 24 de abril de 2023]. Disponível em: <http://www.agepen.ms.gov.br/wp-content/uploads/2018/08/Resolu%C3%A7%C3%A3o-5-CNPCP-Revista-Vexat%C3%B3ria.pdf>

NUNES, Rizzatto. Manual de Introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa/Rizzatto Nunes. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (regras de Nelson Mandela). (online). [Acessado 20 de janeiro de 2023]. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal [livro eletrônico]: teoria e prática/RodrigoDuque Estrada Roig. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.



## SOBRE AS ORGANIZADORAS E OS ORGANIZADORES



Prof. Dra. Débora Teixeira da Cruz

Possui graduação: Radiologia pela Universidade de Alfenas (UNIFENAS); Psicologia pela Universidade do Vale do Sapucaí (UNIVÁS); Pedagogia (Unigran), Graduanda em Direito (Unigran Capital); Especialização em Mediação de Conflitos pelo Instituto Federal do Sul de Minas e Perícia Criminal e Ciências Forense (IPOG). Mestrado em Bioética - Universidade do Vale do Sapucaí (UNIVÁS). Doutorado em Saúde e Desenvolvimento pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Editora da Revista Núcleo do Conhecimento, Membro do Conselho Científico Unigran Capital da revista Integram Unigran Capital Revisora ad hoc da Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde da Universidade Federal De Espírito Santo (UFES) Estudos interdisciplinares sobre o envelhecimento da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

(UFRGS), Avaliadora Ad Hoc da FNDCT. Avaliadora do Guia da Faculdade, promovido pela Quero Educação em parceria com o jornal O Estado de S. Paulo. Avaliadora da Feira de Tecnologias, Engenharias e Ciências de Mato Grosso do Sul (FETECMS). Coordenadora de CST em Radiologia, Supervisora de Estágio de Psicologia e docente nos cursos de Saúde da UNIGRAN Educacional e docente da Unigran EAD. Coordenadora do Núcleo de Extensão Inter e Transdisciplinar para Estágios Remunerados e Empregabilidade (NEXITEMPER). Membro da Comissão de Biossegurança da Unigran Educacional, docente nos cursos de Pós Graduação do Centro Universitário Unigran Capital. Professora colaboradora na Educação a Distância da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (EAD/UFMS). Revisora associado da revista Perspectivas Experimentais e Clínicas, Inovações Biomédicas e Educação em Saúde (PECIBES) do Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian (HUMAP) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul na área de Psicologia e Ciências do Comportamento. Avaliadora ad hoc para Autorização e Reconhecimentos de Cursos representando o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP/MEC e Membro da Comissão Assessora de Área do Enade - INEP/MEC/SINAES. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa do Centro Universitário da Grande Dourados. Membro da Frente Parlamentar dos Direitos da Pessoa Idosa de Mato Grosso do Sul Tem experiência na coordenação de cursos; orientação de trabalhos acadêmicos e científicos; supervisão de estágios; psicodinâmica do trabalho e docência de ensino superior e pós-graduação. Autora de livros.



Prof. Me. João Paulo Calves

Graduado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB (2011). Mestre em Direito (área de concentração Direitos Humanos) pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (2017). Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (2013). Foi Professor substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Coordenador do Núcleo de Pós-graduação em Direito da UNIGRAN Capital e Professor do Curso de Direito da UNIGRAN Capital, bem como Advogado. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital e membro do Conselho Científico Unigran Capital da revista Integram Unigran Capital



Prof Me. Lindomar Tiago Rodrigues

Graduado em Direito e pós-graduado lato sensu em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Foi Coordenador do Curso de Direito da UNIGRAN Capital desde a sua instalação. Foi professor da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC (2006) e professor substituto da Universidade Federal de Uberlândia (2006-2008) e na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2015). . Na atualidade é Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. Diretor-geral e coordenador de cursos de pós-graduação lato sensu da Escola de Direito do Ministério Público - EDAMP, e Diretor e professor do Curso de direito do Centro Universitário Unigran Capital.



Profa Dra. Maysa de Oliveira Brum Bueno

-Graduada em Letras Com Ênfase Em Tradutor e Intérprete pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal-UNIDERP, mestrado em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul com pesquisa em Educação a Distância e doutorado em Educação com pesquisa em cultura digital, redes sociais e formação de professores pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Foi pesquisadora convidada na Universidade de Manitoba, Canadá. É professora nos cursos de graduação da Unigran Capital. Trabalha com Ead desde 2000 e oferece cursos, palestras e consultorias presenciais e a distância para inserção das tecnologias nas instituições de ensino, formação de professores para utilização das tecnologias digitais e das redes sociais na educação. Tem experiência na área de Letras, Língua Inglesa, Linguagens, Comunicação, Tecnologias Educacionais, Educação a Distância, Redes Sociais, Formação de Professores, Cultura Digital e dispositivos móveis na educação. Faz parte do comitê executivo do grupo Alumni Canadá-Brasil e é líder em Educação para o Canadá no Brasil. Foi professora de inglês para imigrantes e refugiados no Immigrant Centre Manitoba no Canadá.



## **SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES**

**Ana Vitória Silva de Menezes** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Brenda de Souza Kunzler** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Caio Boaventura da Silva** – Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Danielle de Rezende Gimenes** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Débora de Souza Widmer de Deus** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Fernanda Almeida Fernandes** – Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Gustavo Corsaletti Gregório** - Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Igor dos Anjos Granville** - Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**João Lucas Figueiredo de Carvalho** – Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**João Paulo Calves** – Graduado em Direito, Advogado, Especialista em Direito Constitucional Aplicado, Mestre Em Direito, Coordenador e Docente do Curso de Direito da Unigran Capital, E-mail [joão.calves@unigran.br](mailto:joão.calves@unigran.br)

**Jeferson Borges dos Santos Júnior** - Graduado em Direito, Advogado, Docente na Unigran Capital E-mail: jeferson.junior@unigran.br

**Jodascil Gonçalves Lopes** – Graduado em Direito, Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Mestre em Direitos da Personalidade. Doutor em Direito do Estado, Docente na Unigran Capital

**Lindomar Tiago Rodrigues** – Graduado em Direito, Especialista em Direito Público. Mestre em Ciências Jurídicas, Diretor-geral e coordenador de cursos de pós-graduação lato sensu da Escola de Direito do Ministério Público, Diretor e professor da Unigran Capital.

**Marianny Alves** - Graduada em Direito, Especialista em Direitos Humanos, Mestre em Direito, Doutora em Direito, Professora e supervisora de estágios no Curso de Direito da Unigran Capital. E-mail: marianny.alves@unigran.br

**Mariana Duarte Lima** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Pâmela Beatriz Maia de Souza** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Patrícia Noia Schultz** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Tiago Bunning Mendes** - Graduado em Direito, Especialista em: Direito Penal Econômico. Mestre em Ciências Criminais

Esta obra apresenta um compilado de conteúdos jurídicos, direcionado às matérias de Direito Penal e Processo Penal, promovendo uma contribuição para os juristas, bem como para os leitores que buscam conhecer essas temáticas jurídicas. Neste exemplar é possível observar os mecanismos legais e normativos para sobrevisar, punir e ressocializar as práticas consideradas reprováveis pela ótica da sociedade contemporânea. Desse modo, desejamos uma excelente leitura e um ótimo estudo!



**DIREITO**  
UNIGRAN CAPITAL



ISSN 978-85-283-0084-9



9 788528 300849