Organizador
Franklin Vieira dos Santos
Guilherme Ribeiro Baldan
Jorge Luiz dos Santos Leal

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PARA A CARREIRA DA MAGISTRATURA: SELEÇÃO DE MONOGRAFIAS

EDIÇÃO 2017

EMERON
ESCOLA DA MAGISTRATURA DE RONDÔNIA

Poder Judiciário do Estado de Rondônia
Tribunal de Justiça
TJRO

Organizador
Franklin Vieira dos Santos
Guilherme Ribeiro Baldan
Jorge Luiz dos Santos Leal

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PARA A CARREIRA DA MAGISTRATURA: SELEÇÃO DE MONOGRAFIAS

EDIÇÃO 2017

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-93418-05-1
9 788593 418051

EMERON
ESCOLA DA MAGISTRATURA
DE RONDÔNIA

Poder Judiciário do Estado de Rondônia
Tribunal de Justiça
TJRO

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Des. Sansão Batista Saldanha
Presidente

Des. Isaías Fonseca Moraes
Vice-Presidente

Des. Hiram Souza Marques
Corregedor-Geral

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - Emeron

Des. Paulo Kiyochi Mori
Diretor

Juiz Guilherme Ribeiro Baldan
Vice-Diretor

Expediente

Organizador
Franklin Vieira dos Santos
Guilherme Ribeiro Baldan
Jorge Luiz dos Santos Leal

Capa/Projeto Gráfico
Marcelo de Oliveira Cidade

Assessoria de Comuniação da
Escola da Magistratura-ASCOM

Catalogação na fonte: Bibliotecário Celson Iris da Silva – CRB11/881

C977c Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura : seleção de monografias: edição 2017. / Franklin Vieira dos Santos, Guilherme Ribeiro Baldan, Jorge Luiz dos Santos Leal (orgs.) – Porto Velho: Emeron, 2017.
332 p.

ISBN: 978-85-93418-05-1

1. Direito. 2. Magistratura. 3. Curso de Especialização. I. Título. II. Franklin Vieira dos Santos.

CDU: 340 (81)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO V

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA A ELUCIDAÇÃO DE CRIMES PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS 8

Luciana Da Silva Alves 8

Orientador: Me. Arlen José Silva de Souza 8

O DIREITO AO ESQUECIMENTO ***VERSUS*** O DIREITO DE INFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE DO PANORAMA JUDICIAL E DOUTRINÁRIO ACERCA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO 74

Claudia Marina Engler Webler 74

Orientador: Me. Áureo Virgílio Queiroz 74

A TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS: SERENDIPIDADE. 115

Polianne Herlize Moreira Ratz Dos Reis 115

Prof. Orientador: Me Franklin Vieira dos Santos 115

CRIMINALIZAÇÃO DO INFANTICÍDIO INDÍGENA: EFEITOS JURÍDICOS DE EVENTUAL APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI N° 1.057/2007 187

Selmara Almeida Lapa 187

Orientador: Sérgio William Domingues Teixeira 187

PERFIL PSICOSSOCIAL DAS MULHERES ENCARCERADAS NA PENITENCIÁRIA ESTADUAL FEMININA DE PORTO VELHO 234

Clayre Aparecida Teles Elller 234

Orientador: Doutor Sérgio William Domingues Teixeira 234

Apresentação

Os artigos que compõem essa Revista são resultados de trabalho de conclusão da pós-graduação do curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado de Rondônia promovido pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. São trabalhos acadêmicos realizados com esmero e foram escolhidos pelos respectivos orientadores pela qualidade que resultou do esforço dos alunos e também como uma forma de prestigiar o ambiente acadêmico no Estado de Rondônia, incentivando outros pós-graduandos a também investir e apresentar resultados do seu investimento.

Os autores são todos Bacharéis em Direito e buscaram a EMERON para se especializar no Curso que visa apresentar um ambiente propício para o futuro exercício da Magistratura, despertando aqueles vocacionados, bem como preparando profissionais para o auxílio das atividades jurisdicionais, como assessores e demais auxiliares da Justiça.

Neste primeiro exemplar em que se apresentam trabalhos exclusivamente de pós-graduandos, a comissão entendeu por bem trazer aqueles que despertaram maior interesse, não apenas nos integrantes das bancas, mas também em outros professores e profissionais que tiveram acesso e entenderam que, pela importância das matérias tratadas, mereciam uma maior divulgação, extrapolando o ambiente da EMERON e até mesmo da comunidade acadêmica do Estado de Rondônia, para ser lido e apreciado pela comunidade científica brasileira, contribuindo para outros estudos.

O primeiro trabalho, cujo nome é “A colaboração premiada como instrumento necessário para a elucidação de crimes praticados por organizações criminosas”, da lavra de Luciana da Silva Alves, traz discussões acerca do instituto da Colaboração Premiada, tão em voga na atualidade, dado os resultados no âmbito da denominada “Operação Lava-Jato”. O estudo traz um apanhado histórico da constituição do instituto, apresenta a posição das diversas correntes doutrinárias, algumas divergentes entre si, que discutem os aspectos controversos do instituto, esclarecendo o procedimento e se posicionando como meio de prova válida e imprescindível para a resolução de fatos criminosos praticados por organizações criminosas que, dada a sua complexidade, acabavam por escapar impunes ao sistema processual penal. Sua conclusão informa que “a colaboração premiada contribui sobremaneira para a elucidação dos delitos praticados por organizações criminosas, uma vez que os colaboradores apresentam informações que somente envolvidos na prática

delitiva tem conhecimento, sendo, portanto, importante meio de prova, justificando a sua ampla utilização na atualidade, principalmente pelos resultados alcançados". Uma leitura esclarecedora.

O segundo trabalho, que recebeu o nome "O direito ao esquecimento versus o direito de informação: uma análise do panorama judicial e doutrinário acerca do reconhecimento do direito ao esquecimento" de lavra da Cláudia Marina Engler Webler, estabelece um confronto entre dois direitos de semelhante interesse: o direito à informação, para conhecimento do público, e o direito ao esquecimento, de interesse individual, correspondente ao direito que ostenta o individuo "de ser deixado em paz". No curso do trabalho a autora apresenta aspectos históricos da discussão, informando de onde provém cada um dos interesses discutidos, no âmbito mundial e no direito interno, mostrando um confronto existente entre interesses aparentemente antagônicos, que à primeira vista são inconciliáveis, mas ao final apresenta, com base em sólida doutrina, solução para o aparente litígio.

O terceiro estudo "A teoria do encontro fortuito de provas: Serendipidade", de autoria da Polianne Herlize Moreira Ratz dos Reis, trata de tema palpitante no campo do direito processual penal, abordando as alternativas que surgem quando, no curso da investigação, emerge um fato inesperado, também criminoso, mas diferente daquele que se estava buscando. Apesar de, na prática, o encontro fortuito de provas acontecer com alguma naturalidade, no curso do trabalho se constata que a legislação sobre o assunto é precária e a solução deve ser encontrada na base principiológica. Para tanto, foi realizada uma acurada análise dos aspectos jurídicos sustentados na doutrina e jurisprudência já existente.

O quarto trabalho apresenta uma discussão pouco conhecida, mas apaixonante. A "Criminalização do infanticídio indígena: efeitos jurídicos de eventual aprovação do Projeto de Lei n. 16057/2007" da lavra de Selmara Almeida Lapa. Criticando a pretensão de criminalizar uma conduta que é comum à cultura de povos isolados, o estudo faz um apanhado sobre aspectos antropológicos e seu envolvimento com a ciência jurídica. Um intrigante questionamento sobre a ingerência do direito penal em face de quem não conhece a norma proibitiva e vive em conformidade com os costumes ancestrais. Busca um limite entre o que pode ser imposto pela compreensão da comunidade dita civilizada e outra, onde a normatização tem compreensão diferente. A autora conclui seu estudo traçando alternativas para garantir a dignidade da pessoa sem desconsiderar o direito à vida do nascente rejeitado.

O quinto trabalho apresenta uma iniciativa inovadora traçando um "Perfil psicosssocial das mulheres encarceradas na penitenciária estadual feminina de Porto Velho", proposto por Clayre Aparecida Teles Eller. O estudo é inovador, porque supre uma

lacuna existente. Até então, os parâmetros utilizados para avaliação sempre observava as conclusões do cenário nacional, desconsiderando as especificidades próprias da localidade. A partir deste estudo, possibilita-se aos interessados fazem uma abordagem mais próxima permitindo que as autoridades envolvidas possam estabelecer estratégias mais precisas, inclusive para inclusão social, que deve ser própria à realidade das reeducandas. A pretensão do trabalho, plenamente satisfatória na sua conclusão, esclarece quem é a mulher que comete crimes e quais as condutas ilícitas mais praticadas. Também leva a conhecer a realidade das mulheres que cometem crimes na cidade de Porto Velho e região, trazendo uma compreensão dos motivos pelos quais as mulheres se envolvem na criminalidade. É um estudo alvissareiro, projetando a preocupação da academia com a população vulnerável mais próxima.

Todos os estudos apresentados neste exemplar mostram a qualidade e o desprendimento das acadêmicas da EMERON. As autoras são desbravadores, pois são as primeiras da Escola da Magistratura a terem seus trabalhos amplamente divulgados, instigando os demais acadêmicos e até mesmo a comunidade científica a empreender esforços para a produção científica abordando temas caros à comunidade mais próxima.

Franklin Vieira dos Santos

Guilherme Ribeiro Baldan

Jorge Luiz dos Santos Leal

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA A ELUCIDAÇÃO DE CRIMES PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Luciana Da Silva Alves[1]
Orientador: Me. Arlen José Silva de Souza

RESUMO: A colaboração premiada não é instituto recente em nosso ordenamento jurídico, sendo contemplada em diversos diplomas legais desde a década de 1990, buscando o auxílio de corréus ou partícipes para a elucidação dos crimes. Porém, foi com o advento da Lei nº 12.850/2013 que o instituto passou a ser tratado de forma mais ampla, principalmente no que se refere ao procedimento. Este estudo objetiva apontar as vantagens do uso da colaboração premiada como meio de prova, de forma que este instituto contribua significativamente para a resolução dos fatos delituosos, principalmente aqueles praticados por organizações criminosas. O método adotado é o dedutivo e indutivo e a técnica de pesquisa é o levantamento bibliográfico. Contextualiza-se o instituto da colaboração premiada no Brasil e no mundo, traçando uma análise histórico-evolutiva. Apresenta-se o conceito e natureza jurídica da colaboração premiada. Traça-se uma análise do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a partir dos diplomas legais que tratam do tema. Aborda-se o conceito de crime organizado e o procedimento a ser adotado para a efetivação da colaboração premiada estabelecido na Lei nº 12.850/2013. Destaca a importância da colaboração como instituto para elucidar os crimes praticados por organizações criminosas, sem ignorar as críticas ao instituto. Conclui que a colaboração premiada contribui sobremaneira para a elucidação dos delitos praticados por organizações criminosas, uma vez que os colaboradores apresentam informações que somente envolvidos na prática delitiva tem conhecimento, sendo, portanto, importante meio de prova, justificando a sua ampla utilização na atualidade, principalmente pelos resultados alcançados.

Palavras-chave: Colaboração Premiada. Crime Organizado. Vantagens. Elucidação.

ABSTRACT: The award-winning collaboration is not new institute in our legal system, being contemplated in several legal instruments since the 1990s, seeking the aid of Correus or participants to the elucidation of the crimes. But it was with the enactment of Law 12.850/2013 the institute was awarded more widely, particularly with regard to the procedure. This study aims to point out the advantages of using the award-winning collaboration as evidence, so

1 Atualmente é Policial Rodoviário Federal. Graduada em Direito pela Faculdade de Rondônia - FARO (2012). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2013) e em Direito lato sensu para Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON (2017).

that this institute will contribute significantly to the resolution of criminal acts, especially those committed by criminal organizations. The method adopted is the exploratory and research technique is the literature. Contextualizes the cooperation of the institute awarded in Brazil and in the world, drawing a historical and evolutionary analysis. It presents the concept and legal nature of the award-winning collaboration. Moth is an analysis of the institute in the Brazilian legal system, based on legislation dealing with the issue. It discusses the concept of organized crime and the procedure to be adopted for the execution of the award-winning collaboration established by Law 12.850/2013. It highlights the importance of collaboration as an institute to elucidate the crimes committed by criminal organizations, without ignoring the criticism of the institute. Concludes that the award-winning collaboration contributes greatly to the elucidation of the crimes committed by criminal organizations, since employees have information that only involved in unlawful activities has knowledge, is therefore important evidence, justifying its wide use today, mainly for results.

Key words: Award-winning Collaboration. Organized Crime. Advantages. Elucidation.

INTRODUÇÃO

A criminalidade evolui e se alastra, já a polícia e o Poder Judiciário sequer conseguem atender as demandas que são levadas ao seu conhecimento. A quantidade de crimes não solucionados e de processos criminais em andamento só aumenta a cada ano.

Como se não bastasse, a organização dos grupos criminosos e seus recursos tecnológicos superam indiscutivelmente qualquer eventual modernização do sistema penal, dada a burocracia e incapacidade do poder público.

Nesse contexto, o problema do trabalho *é a dificuldade do deslinde dos ilícitos envolvendo as organizações criminosas.*

Como marco teórico a assertiva de Nucci (2010, p. 778): *o dedurismo oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado.*

Diante dessa problemática, surge a seguinte hipótese a ser esclarecida no transcorrer do presente trabalho: *a colaboração premiada facilita o esclarecimento dos crimes e torna mais célere a investigação ou andamento do processo.*

Definidos os parâmetros de pesquisa, o trabalho desenvolve-se abordando o contexto histórico, aspectos legais e procedimentais da colaboração premiada, e apresenta ao leitor o respaldo para a conclusão da hipótese supramencionada.

Assim, busca-se apresentar o instituto da colaboração premiada como uma concreta alternativa e indispensável ferramenta para auxiliar nas investigações dos crimes praticados por organizações criminosas e na busca da verdade real.

No Brasil o instituto surgiu de forma simples na lei de crimes hediondos - Lei n° 8.072/1990. Desde então, outras leis também previram alguma forma de colaboração premiada, com destaque para a lei de lavagem de dinheiro que inovou ao trazer a possibilidade de conceder regime menos gravoso ao colaborador, ainda que não estivessem preenchidos os requisitos objetivos para aquele regime. Tal evolução chegou ao que prevê hoje a lei do crime organizado – Lei n° 12.850/2013, que trata de forma mais abrangente o instituto, pois prevê os requisitos para o acordo de colaboração premiada, bem como seu processamento e benefícios a serem concedidos ao colaborador.

Cumpre esclarecer que se trata de organizações muito bem estruturadas, com divisão de tarefas e objetivo comum de obter vantagem de qualquer natureza, através da prática de infrações penais. Se não for revelado o método de agir e a estrutura organizacional do grupo, apenas os de menor importância serão presos e logo serão substituídos, pois a "espinha dorsal" do grupo continuará intacta e em plenas condições de continuar as práticas delituosas.

Considerando esse cenário, e diante da urgente necessidade de reprimir as condutas extremamente lesivas à sociedade, o Estado parece ver no instituto da colaboração premiada um meio eficaz para elucidação e penalização dos grupos organizados exclusivamente com o objetivo de obter vantagens ilícitas por meios do cometimento de infrações penais.

Além disso, a colaboração premiada tem se mostrado de fundamental importância para apuração dos ilícitos, já que além prever a redução ou extinção da pena, ou ainda regime menos gravoso, também garante direitos de proteção ao colaborador e sua família, o que acaba por encorajar o investigado ou acusado a revelar informações capazes de identificar os demais coautores e infrações penais por eles praticadas, bem como ajuda a prevenir outros ilícitos decorrentes das atividades da organização criminosa.

Por meio da colaboração premiada, espera-se que um dos integrantes da organização "trabalhe junto" com a polícia, auxiliando no esclarecimento do crime e penalização dos demais envolvidos. Tudo isso, é claro, com um bom incentivo como a redução de pena, substituição por pena restritiva de direitos e até mesmo o perdão judicial dependendo dos resultados advindos da colaboração, além de outras benesses previstas em lei.

Nesse contexto, o presente trabalho trata da colaboração premiada como instrumento dos estados para a elucidação de crimes praticados por organizações criminosas.

Desta feita, tem-se como objetivo geral apontar as vantagens do uso da colaboração premiada como meio de prova na investigação e instrução processual, de forma que este instituto contribua significativamente para a resolução dos fatos delituosos, principalmente aqueles praticados por organizações criminosas.

A pesquisa quanto aos objetivos é exploratória e em relação aos procedimentos se pauta na revisão bibliográfica, pois busca na doutrina, legislação, artigos, periódicos, jurisprudência, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

Assim, divide-se o estudo em quatro capítulos. No primeiro busca-se contextualizar o instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da análise dos aspectos históricos, conceituais e sua natureza jurídica.

No segundo capitulo, por sua vez, traça-se uma análise da evolução legislativa em nosso país, desde a previsão do instituto da delação premiada no bojo da Lei dos Crimes Hediondos, até o advento da Lei nº 12.850/2013, que aperfeiçoou o instituto da colaboração premiada, tratando do tema de forma mais ampla.

No terceiro capítulo dá-se ênfase aos aspectos procedimentais. Por isso aborda-se a disciplina da colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013, sem ignorar a necessidade de conceituar a expressão “crime organizado”, já que o citado diploma se dedica aos crimes praticados por organizações criminosas.

Por fim, no quarto capítulo, destaca-se a importância da colaboração na elucidação de crimes praticados por organizações criminosas, destacando as vantagens e desvantagens, críticas, considerando ainda, casos concretos em que a colaboração de corréus contribui para o desmantelamento de organizações criminosas.

1. NOÇÕES BÁSICAS ACERCA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada encontra-se prevista atualmente em diversos diplomas legais. Inicialmente, foi introduzida no direito pátrio de forma expressa na Lei dos Crimes Hediondos, no início da década de 1990, sendo posteriormente citada em outras leis com requisitos próprios e peculiaridades a depender da finalidade do diploma legal.

Contudo, antes de adentrar a disciplina da colaboração premiada no direito pátrio, necessário se faz compreender o surgimento do instituto, sua consagração no Direito Comparado, o próprio conceito e, ainda, a natureza jurídica, questão controversa na doutrina, como se passa a expor nos capítulos seguintes.

1.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

A figura do réu colaborador ou delator premiado teve maior destaque no Brasil e no mundo após a ocorrência de julgamentos abarcando a conhecida “criminalidade mafiosa” (BITTAR, 2011b, p. 226), que aconteceu na Itália, com maior destaque entre as décadas de 1970 e 1980.

De acordo com Marcão (2016, p. 432), embora seja evidente a notoriedade do instituto nos dias atuais, “[...] não é produto recente no ordenamento jurídico brasileiro”, o legislador demorou a se embrenhar na regulamentação legal e, “[...] quando assim passou a proceder, novamente se descuidou de certas cautelas das quais não se podem olvidar”, tanto que apenas no ano de 2013, com o advento da lei que regulamenta as organizações criminosas, é que se preocupou em estabelecer um procedimento para a sua concretização.

Conforme se extrai dos ensinamentos de Lima (2015, p. 524), o instituto remete a tempos remotos, *in verbis:*

> Desde tempos mais remotos, a História é rica em apontar a traição entre os seres humanos: Judas Iscariotes vendeu Cristo pelas célebres 30 (trinta) moedas; Joaquim Silvério dos Reis denunciou Tiradentes, levando-o à forca; Calabar delatou os brasileiros, entregando-os aos holandeses. Com o passar dos anos e o incremento da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever a possibilidade de se premiar essa traição.

Em que pese o aspecto negativo da expressão “traição”, não se pode deixar de considerar a premiação dessa conduta como uma forma de colaboração premiada, mesmo que bem primitiva.

Acrescenta o autor que se encontram disposições acerca da colaboração premiada no sistema anglo-saxão, “do qual advém a própria origem da expressão *crown witness*, ou testemunha da coroa”. O instituto também foi ampliado de forma significativa nos “Estados Unidos (*plea bargain*) durante o período que marcou o acirramento do combate ao crime organizado” (LIMA, 2015, p. 524).

Graça (2011, p. 10-11), por sua vez, ressalta que não há “registros precisos quanto ao local e data exata em que o instituto da delação premiada surgiu”, embora alguns estudiosos defendam ter o instituto suas raízes na Grécia, “tendo lá surgido como forma de estímulo a pessoas a combater o contrabando e proteger o Estado”.

Por outro lado, há também quem defenda a sua origem em um passado mais recente, como Maierovitch (2007, *apud* GRAÇA, 2011, p. 11):

> (...) a delação premiada teria origem em 1853, com o jusfilósofo Rudolf Von Ihering, onde preconizou que o Estado, no futuro, chegaria a ser incapaz de desvendar crimes, frente à sofisticação e complexidade decorrentes da modernidade, prosseguindo o autor, afirmando acreditar que, no futuro, os juristas terão que se dedicar ao direito premial, conseguindo, finalmente introduzi-lo dentro do direito por conta de necessidades práticas da coletividade.

A delação premiada que ganhou especial atenção da mídia nos últimos tempos, levando alguns, a partir do senso comum, defender tratar-se de algo recente, porém a sua origem no ordenamento jurídico brasileiro remete às Ordenações Filipinas, onde, segundo Bruno (*apud* GARCIA, 2006, p. 160), se baseava no pensamento de intimidação pelo terror.

Nesse sentido também são os ensinamentos de Graça (2011, p. 11), que embora lembre que o instituto não faça parte da tradição jurídica, "[...] tem sua origem nas Ordenações Filipinas, vigentes do início do século XVII até o fim do século XIX", consagrada como "espécie de perdão concedido aos malfeitores que permitissem levar outros – também malfeitores – à prisão".

Fonseca (2008, p. 249) chama a atenção para o fato de que uma forma de colaboração premiada foi utilizada no período histórico não muito distante, mais precisamente no século XVIII:

> [...] nota-se a delação em conflitos políticos como a Conjuração Mineira de 1789, em que alguém teve a maliciosa ideia de se livrar de problemas financeiros delatando colegas e, consequentemente, condenando-os à forca. Foi assim que o Coronel Joaquim Silvério dos Reis obteve o perdão de uma dívida. Quase no mesmo momento histórico da denúncia de Joaquim, dois outros sujeitos também denunciaram o movimento ao Governador Luiz Antônio Furtado de Mendonça. A consequência da denúncia foi o esquartejamento de Joaquim José da Silva Xavier em Vila Rica.

Também no período da "Conjuração Baiana, em 1798, o soldado Luiz de Virgens foi delatado por um capitão de milícias e, também, a consequência da denúncia foi a morte em troca de favores e em prol de interesses" (FONSECA, 2008, p. 249), forma bem rudimentar de colaboração premiada, que voltou a ser utilizada no período da ditadura militar.

A esse respeito complementa Fonseca (2008, p. 249):

> Na ditadura militar, principalmente depois do Ato Institucional n° 5, era constante a delação de figuras importantes da política brasileira, bem como de artistas, sempre com a intenção de se evitar uma prisão ou até mesmo a tortura.

Em sua concepção atual, a colaboração premiada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a intenção de facilitar o esclarecimento do fato delituoso, sendo inicialmente instituída, segundo Mirabete (2008, p. 1.482), para o crime de extorsão mediante sequestro, beneficiando o investigado com a diminuição de um a dois terços da pena, nos casos em que ele possibilitar a libertação do sequestrado ao denunciar o fato à autoridade.

Nesse sentido também são os ensinamentos de Bittar (2011b, p. 240), que ressalta ter sido a delação introduzida no direito pátrio pela Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/1990, como se verá de forma detalhada mais a frente.

Lima (2007) pontua que a colaboração premiada foi implementada no direito brasileiro no início da década de 1990 por conta da necessidade de mostrar à sociedade um combate imediato à criminalidade, embora critique a postura emergencial da sua instituição na Lei dos Crimes Hediondos, pois acredita que tal medida não resolve os problemas oriundos da criminalidade.

Não é demais lembrar que quando da edição da Lei dos Crimes Hediondos, o país vivia uma grande demanda de notícias envolvendo casos de extorsão mediante sequestro com figuras respeitáveis da sociedade, tendo a mídia exercido grande influência para que o Legislativo deliberasse sobre tais problemas.

Não obstante, foi no Direito Estrangeiro que o instituto ganhou evidência no cenário mundial, como já dito anteriormente, principalmente na Itália, onde os aplicadores do direito deram-se conta de que o combate às associações criminosas só teria efeito caso houvesse a quebra do vínculo que mantinha unidos os componentes das organizações. Isto seria possível mediante duas formas, uma delas seria através de normas, já existentes ou novas, que aplicariam penas mais graves aos criminosos, e a outra seria o consentimento de benefícios para aquele que fornecesse detalhes acerca das organizações, como os seus participantes e crimes cometidos (BITTAR, 2011b, p. 230).

Nesse sentido são os ensinamentos de Lima (2015, p. 524), que observa ter sido o instituto adotado "com grande êxito na Itália (*patteggiamento*) em prol do desmantelamento da máfia", citando as declarações de "*Tommaso Buscetta* ao Promotor italiano *Giovanni Falcone* -, que golpearam duramente o crime organizado na península itálica".

Fonseca (2008, p. 250) também faz referência a colaboração premiada na Itália: "Denominado pentitismo, ela ensejou uma inflação de arrependidos buscando benefícios legais.". Sugere que o termo *pentitismo* originou de *pentito* e foi uma criação da imprensa que se referia ao sujeito que confessava e revelava as autoridades os crimes e outros criminosos envolvidos.

No Código de Processo Italiano, em seu art. 192, § 3º, dispôs acerca das informações prestadas pelo copartícipe, as quais seriam levadas em consideração

juntamente com diversos outros subsídios, para que então pudesse ter confiabilidade, este princípio já era determinado pela “Corte de Cassação italiana” (PEREIRA, 2009, p. 481).

Para a utilização da delação premiada foram instituídos três critérios, como se extrai dos ensinamentos de Bittar (2011b, p. 233-234): a) primeiramente, a credibilidade do declarante deve ser verificada, considerando, para tanto, sua personalidade, passado, relação com os acusados e o motivo da sua colaboração; b) num segundo momento, a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração é analisada, considerando a seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade do colaborador; c) por fim, avalia-se a existência e consistência das declarações confrontando-se com as demais provas, ou seja, a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração é confirmada.

Na Itália, a delação premiada era considerada como meio de prova, que não se sustentava unicamente, tendo em vista que o delator ao ter participado conjuntamente no crime, suas palavras eram consideradas suspeitas, necessitando então de outros fatores que corroborassem com o testemunho, para que assim, suas palavras tivessem crédito (PEREIRA, 2009, p. 482).

Para que houvesse a regulamentação da proteção daqueles que colaboravam, foi regulamentado na Itália o Decreto-Lei nº 8/1991, o qual foi transformado na Lei nº 82 daquele mesmo ano com posteriores transformações. O instituto buscava, a um só tempo, beneficiar o colaborador, a sua família e amigos, sem deixar de cobrar do investigado o cumprimento de deveres, a exemplo da observância às regras de segurança para que não colocasse em risco os envolvidos por conta de seu testemunho.

Bittar (2011b, p. 234) ainda acrescenta que no ano de 2001 houve uma grande reforma nos dispositivos que tratam do instituto, pois através da Lei nº 45/2001 foi implementado o chamado *verbale illustrativo*, documento que delimitava como a declaração do acusado poderia ser usada. O legislador determinou a forma, o tempo e como o *verbale ilustrativo* deveria ser realizado.

Continuando nos ensinamentos acerca da delação no direito italiano, Bittar (2011b, p. 235) ressalta que se não fossem respeitadas as normas impostas para a formalização da declaração, o documento poderia tornar-se inútil para uso processual. E em caso de falso testemunho ou supressão de informações, acarretaria a revisão do processo que proporcionou o benefício, bem como a anulação da proteção concedida.

Em decorrência do grande aumento de pedidos de proteção, Bittar (2011b, p. 236) destaca que foi inserido naquele ordenamento jurídico o princípio da gradualidade, que permite a preferência de proteção para aqueles delatores que proporcionavam relatos com maior grau de importância.

Não obstante, Pereira (2009, p. 162-165) destaca que a utilização do instituto, na Itália, não é tarefa tão simples exatamente pelos requisitos e condições de admissibilidade da delação como meio de prova.

Estas são, portanto, algumas características do instituto da colaboração premiada destacadas na legislação Italiana.

De acordo com Bittar (2011b, p. 226) a colaboração premiada também é muito utilizada na Espanha, onde o papel do acusado que coopera com a justiça ganhou destaque no final dos anos oitenta, por conta de atos terroristas, permitindo então regalias aos que colaborassem na investigação, através da confissão do fato criminoso e indicação de coautores, bem como ao conceder provas que ainda eram desconhecidas aos acusadores.

Na Espanha, para que o colaborador seja premiado, terá que enfrentar grande rigorosidade das condições legais, por conta disso há certa carência de precedentes na Espanha. É exigido que o indivíduo delator, por vontade própria, não esteja mais praticando delitos e a colaboração seja prestada antes do desempenho policial. Salienta-se que ao ocorrer a delação, a possível concessão dos benefícios se dará em outro momento processual, sendo relevante o valor discricionário (e não vinculado) do testemunho prestado (PEREIRA, 2009, p. 482).

Pereira ainda acrescenta:

> [...] há exigência de outros meios de prova para permitir a condenação, o que os Tribunais Constitucional e Supremos da Espanha exigem para afastar a presunção de inocência é que a declaração premiada tenha suporte em circunstâncias, fatos, ou dados externos, ainda que periféricos, que avalizem a veracidade das informações, o que por certo somente pode ser auferido caso por caso (PEREIRA, 2009, p. 483).

Logo, para que o Judiciário decida, são ponderados a relevância dos elementos apresentados pelo delator, o que é feito através da verdade do relato e da sua confiabilidade, sendo necessário ainda, que as informações sejam corroboradas por dados externos.

Também nos Estados Unidos da América o instituto é amplamente utilizado, embora, segundo Pereira (2009, p. 479), percebe-se um cuidado para que haja outras garantias que acompanham as afirmações trazidas pelo delator em face de outros acusados, até mesmo porque as informações prestadas pelo delator podem ser inverídicas, comprometendo terceiros.

Ainda segundo Pereira (2009, p. 479), no processo penal americano havia uma advertência, chamada de "*warning*", usada pelo juiz para orientar o júri sobre os riscos e problemas de ocorrer uma condenação que tenha sido fundamentada apenas nas informações trazidas com a colaboração do acusado. Considerando que a atribuição de

valores para as provas apresentadas era do júri, com esta advertência (*warning*) o juiz passou a não mais invalidar sentenças que tenham sido instituídas apenas da maneira citada.

Até início dos anos noventa, caso o juiz não desse o aviso aos jurados, o julgamento seria anulado, todavia, após este período houve mudança, não havia mais a necessidade de o juiz advertir o júri, ficando como uma discricionariedade da sua profissão. Ou seja, a instrução do júri em relação ao testemunho de coparticipe passou a ser de acordo com o discernimento do magistrado que presidisse a sessão do Júri. (PEREIRA, 2009, p. 479).

Sobre a utilização do instituto nos Estados Unidos, preleciona Aranha (2006, p. 136, *apud* LIMA, 2015, p. 524):

> É no direito norte-americano que a utilização da colaboração premiada sofre forte incremento, sobretudo na campanha contra a máfia. Por meio de uma transação de natureza penal, firmada por Procuradores Federais e alguns suspeitos, era prometida a estes a impunidade desde que confessassem sua participação e prestassem informações que fossem suficientes para atingir toda a organização e seus membros.

Percebe-se que o instituto, não apenas no direito pátrio, mas também na legislação estrangeira, encontra respaldo legal, embora aqui tenha sido instituído mais tardiamente do que em países da Europa e nos Estados Unidos.

1.2 ASPECTOS CONCEITUAIS

A colaboração premiada consiste, em linhas gerais, na prática de uma revelação por parte acusado ou investigado que de alguma forma favoreça a identificação dos coautores ou partícipes, que exponha a estrutura organizacional do grupo criminoso ou indique a localização do produto do crime ou da vítima sequestrada. É, pois, a abdicação do imputado ao silêncio, que é seu de direito, proporcionando a maior quantidade de informações que contribuam para a elucidação do fato criminoso.

Enfim, qualquer informação prestada pelo acusado ou investigado que contribua para a resolução do crime ou para reduzir os prejuízos causados às vítimas ou sociedade em geral, pode vir a ser uma espécie de colaboração premiada, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

Vale mencionar que a colaboração premiada também é denominada por alguns estudiosos de delação premiada. Assim dispõe Essado (2013, p. 205) ao defender que várias são as expressões utilizadas para designar um mesmo ato, destacando as expressões

delação premiada, colaboração processual, delação ou chamamento do corréu, embora tenha que atentar para as peculiaridades do caso em concreto, já que cada uma pode ter suas especificidades.

É o que disserta Capez (2016, p. 404), para quem a "[...] delação ou chamamento do corréu é a atribuição da prática do crime a terceiro, feita pelo acusado, em seu interrogatório", pressupondo, por conseguinte, a confissão de participação do delator.

Já Lima (2015, p. 525) critica a utilização das expressões "delação premiada" e "colaboração premiada" como sinônimas, pois o autor entende que esta última é muito mais ampla.

E ainda acrescenta:

> É bem verdade que a referência à expressão delação premiada é muito mais comum na doutrina e na jurisprudência. No entanto, preferimos fazer uso da denominação colaboração premiada, quer pela carga simbólica carregada de preconceitos inerentes à delação premiada, que traz ínsita a ideia de traição, quer pela incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que nem sempre se limita ao mero chamamento de corréu. Com efeito, a chamada "delação premiada" (ou chamamento de corréu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal (LIMA, 2015, p. 526).

Cumpre esclarecer que no bojo da Lei nº 12.850/2013, que trata dos crimes organizados, utilizou a expressão "colaboração premiada", mais ampla, repita-se, que a "delação premiada".

A delação premiada ocorre quando o investigado ou acusado delata os demais corréus do crime, ou seja, colabora com as autoridades revelando precipuamente as outras pessoas que participaram dos delitos, podendo indicar também o *modus operandi*, as contas bancárias onde estão o produto do crime, localização de vítima, etc.

Desse modo, a delação apresenta-se como uma das formas possíveis de se exercer a colaboração premiada.

Exemplo de colaboração premiada que não é delação premiada ocorre quando o autor confessa a prática do crime, porém ao invés de delatar os corréus, ele informa onde a vítima sequestrada está presa e possibilita a sua libertação com a integridade física preservada.

Seguindo este raciocínio, Lima (2015, p. 525) preconiza que o "[...] imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso que é tido como mero colaborador".

Sob esta perspectiva é possível concluir que a delação premiada é uma forma de colaboração premiada, mas nem sempre a colaboração premiada resultará de uma delação.

Nesse sentido, Gomes (2014), inspirado na doutrina de Vladimir Aras, defende que a colaboração premiada na sua acepção de gênero subdivide-se em cinco espécies, que se classificam conforme o resultado pretendido e atingido:

> 1ª) delação premiada ou chamamento de corréu: é a destinada à identificação dos demais coautores e/ou partícipes da organização criminosa bem como das infrações penais por ela praticadas (artigo 4º, inciso I, da Lei 12.850/13);
> 2ª) colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização (da burocracia): é a colaboração focada na revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. Em homenagem ao economista alemão Max Weber, que criou a Teoria da Burocracia para explicar a forma como as empresas se organizam, adotamos a nomenclatura "colaboração reveladora da burocracia"; afinal, a estrutura e a forma como as organizações criminosas se organizam é empresarial ou quase-empresarial (artigo 4º, inciso II, da Lei 12.850/13);
> 3ª) colaboração preventiva: tem por escopo prevenir infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (artigo 4º, inciso III, da Lei 12.850/13);
> 4ª) colaboração para localização e recuperação de ativos: visa à recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (artigo 4º, inciso IV, da Lei 12.850/13);
> 5ª) colaboração para libertação de pessoas: tem por finalidade a localização da vítima (de um sequestro, por exemplo) com a sua integridade física preservada (artigo 4º, inciso V, da Lei 12.850/13).

Nesse cenário nota-se a diferença, pois a colaboração pode ser concretizada quando o investigado ou acusado dá informações que permitam a localização e recuperação do produto do crime sem denunciar os seus comparsas. Já na delação, além de o agente confessar o cometimento do crime, ele dá conhecimento da participação de outras pessoas e as identifica.

Apesar das críticas tecidas por autores como Lima (2015, p. 525), não se pode ignorar que parte da doutrina utiliza as expressões como sinônimas, ou seja, designam, em sentido amplo, a abdicação do direito ao silêncio, contribuindo com informações, para se beneficiar com a redução ou supressão da sanção penal. Por isso, em algumas citações no corpo deste trabalho o termo delação premiada aparece como sinônimo de colaboração premiada.

Arruda (2013, p. 73) preconiza que há autores como Gustavo de Meringhi e Rejane Alves de Arruda, que sustentam: "Embora a nova lei tenha utilizado a expressão 'colaboração premiada', a maior parte da doutrina emprega o termo 'delação premiada', que podem ser considerados sinônimos para fins didáticos".

Marcão (2016, p. 432), por sua vez, define o instituto a partir dos elementos que fomentam a insatisfação de um dos acusados que, então, passa a colaborar com a investigação ou instrução processual:

> [...] o que se vê é seu surgimento quando há desajuste entre os envolvidos; quando um se sente prejudicado pela persecução penal (em sentido amplo) e desamparado pelo(s) comparsa(s). O desespero, a simples intenção de se beneficiar, ou ambos, constitui o mote da delação. Não há qualquer interesse primário em colaborar com a Justiça; não há qualquer conversão do espírito e do caráter para o bem; não há preocupação com o que é realmente justo e verdadeiro; não há, enfim, motivo de relevante valor moral para a conduta egoísta. Porém, dela se vale o Estado na busca da verdade real; dela se utiliza a Justiça na busca de sua finalidade mediata: a paz social.

O termo delação, segundo Bittar (2011a, p. 226), deriva do latim *delatione*, que designa delatar, denunciar. E, no processo penal o termo pode ter dois significados, pois tanto pode ser referir à *delatio criminis*, que é o conhecimento dado por qualquer do povo à autoridade policial, ou a delação premiada na acepção de revelar, que se enquadra, por conseguinte, na colaboração processual.

Nesse sentido são os ensinamentos de Acquaviva (2008, p. 168), que ao dissertar sobre o instituto em comento assim o define:

> Expressão do jargão forense que denomina conjunto de informações prestadas pelo acusado que, favorecendo a identificação dos demais co-autores ou participes do crime, a localização da vítima e a recuperação total ou parcial do proveito do crime, enseja o perdão judicial do delator ou a redução da pena.

Semelhante são os ensinamentos de Bitencourt (2010, p. 704), que ainda complementa ser a delação premiada uma “redução da pena, (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a isenção total da pena), para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo Juiz na sentença final condenatória”.

Nucci (2010, p. 778), por sua vez, define a colaboração premiada como sendo um “dedurismo oficializado” que, embora censurável, deve ser aplicada devido ao crescente desenvolvimento das organizações criminosas.

O autor supracitado ressalta, para a caracterização da colaboração premiada, o concurso de agentes é imprescindível, ou seja, o delito necessariamente deve ter sido cometido em concurso de pessoas, pois só assim o coautor ou partícipe será beneficiado com as informações apresentadas (NUCCI, 2010, p. 778).

A colaboração premiada se encontra, de acordo com ensinamentos de Pereira (2014, p. 27), no que se denomina “Direito Penal Premial”. Porém, o autor chama a atenção para o fato de que a expressão pode, num primeiro momento, parecer contraditória, pois se liga ao ramo do Direito que é de natureza retributiva.

No entanto, Pereira defende que o Direito Penal Premial deve ser concebido como “um mal menor imposto ao indivíduo” (2014, p. 27), ou seja, uma vez cometido o delito, o indivíduo auxilia o Estado na persecução penal, em troca da redução ou supressão da reprimenda imposta.

Também este é o entendimento de Lima (2015, p. 524), que ao conceituar o instituto destaca a sua natureza premial, nos seguintes termos:

> Espécie do direito premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Na mesma esteira são as colocações de Essado (2013, p. 205), que enfatiza ser a colaboração premiada espécie de colaboração processual, já que o imputado auxilia na elucidação dos fatos, o que pode ocorrer na fase pré-judicial ou judicial, necessitando, para tanto, da confissão.

Comunga desse entendimento Valle (2012, p. 76), que pontua ser possível a delação antes mesmo do recebimento da denúncia, auxiliando nas investigações, ou ser concretizada após o trânsito em julgado da decisão, em sede de revisão criminal ou na fase executória da pena.

É o que também preconiza Capez (2016, p. 429-430), que ao ressaltar a falta de previsão legal no Código de Processo Penal e, por conseguinte, de regulamentação específica, defende que pode o delator se valer do interrogatório judicial, “única oportunidade de se manifestar a respeito dos fatos a ele imputados”, embora possa também delatar após o interrogatório, ou seja, “sempre que o réu resolver fazê-lo”, ainda que após decisão transitada em julgado.

Carvalho e Lima (2009, p. 124) chamam a atenção para o fato de que a confissão “reveste-se de característica particular em relação à delação, pois a declaração do agente não implica terceiros, ou seja, gera efeitos jurídicos apenas àquele que pratica”. Logo, na delação além de o agente admitir sua culpa, também atribui responsabilidade a terceiros.

Semelhante são os ensinamentos de Rosseto (2001, p. 44-45), para quem a confissão é a "declaração da verdade feita por quem a pode fazer; em matéria penal, é o reconhecimento da culpabilidade pela própria pessoa a quem o crime ou contravenção é atribuída", sendo classificada no ordenamento jurídico brasileiro como modalidade de prova.

A delação premiada, por sua vez, é a imposição da responsabilidade de certos fatos a outro corréu, de forma autônoma ou agregada à responsabilidade daquele que colabora. Geralmente a delação vem acompanhada de uma confissão, mas, necessariamente, deve vir acrescida de novas informações acerca dos demais autores ou dos proveitos do crime, a depender dos requisitos específicos de cada lei.

Em que pese tais considerações, segundo Pereira (2013, p. 31) o delator deverá também declarar-se culpado pelo crime cometido, pois caso negue sua participação no delito, o indivíduo afasta a possibilidade de ser beneficiado pelas regalias propostas pelo instituto. Ou seja, se o sujeito afirma não ter participado do crime, tampouco poderá fazer parte da organização criminosa, e logo não terá conhecimento de informações que levem ao deslinde do feito ou reconhecimento dos demais participantes, não se justificando qualquer benefício.

Lima (2015, p. 525) também destaca que, "ao mesmo tempo em que o investigado (ou acusado) confessa a prática delituosa, abrindo mão do direito de permanecer em silêncio (...), assume o compromisso de ser fonte de prova (...)". Destarte, a confissão pura e simples jamais poderá ser confundida com a colaboração premiada.

Ainda sobre a conceituação da colaboração premiada, o Ministro Dias Toffoli, ao relatar o julgamento do HC nº 127483, considerou que o referido instituto se enquadra como negócio jurídico processual, pois consiste na cooperação do imputado e serve como meio de obtenção de prova, vejamos:

> A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.
> (...)
> Note-se que a Lei n. 12.850/13 expressamente se refere a um 'acordo de colaboração' e às 'negociações' para a sua formalização, a serem realizadas 'entre delegado de polícia', o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor' (art.4º, §6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual. (BRASIL, 2016b).

O Ministro ainda complementa que apesar de a colaboração premiada repercutir no direito penal material (quando estabelece os benefícios a que fará jus o colaborador, se for bem sucedida a sua colaboração) ela se destina primeiramente a gerar efeitos no âmbito do processo penal. (BRASIL, 2016b).

Desta feita, pode-se definir a colaboração premiada como espécie de transação penal, hipótese de justiça negociada na qual o Estado prevê determinado acordo do qual resulta benefício como a redução da pena, substituição da pena por restritiva de direitos ou até mesmo o perdão judicial, para que o réu ou investigado coopere, revelando informações capazes de identificar os demais infratores e os crimes por eles praticados ou quaisquer outras informações que contribuam efetivamente para a resolução dos crimes e/ou redução dos prejuízos decorrentes das práticas delituosas.

Anote-se, ainda, que acertada é a opção do legislador na Lei nº 12.850/2013, ao adotar a expressão “colaboração premiada”, pois sendo gênero, portanto, de maior abrangência, mostra-se mais adequada que o termo “delação”.

1.3 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da colaboração premiada é controversa no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente porque não há um procedimento específico a ser observado em todos os casos de colaboração do corréu ou partícipe. Os requisitos para a aplicação do instituto podem variar de acordo com a legislação que o regulamenta, o que leva os estudiosos do tema a defender tratar-se ora de meio de prova, ora de causa de redução da pena, ou mesmo hipótese de perdão judicial.

Para Essado (2013, p. 205) a colaboração premiada é meio de obtenção de prova, que se caracteriza pela instrumentalidade com que se opera “por si só é inerte e seu manejo pode ou não levar à descoberta de fatos que interessam à investigação ou processo”. Logo, a colaboração premiada é meio de obtenção de prova, eis que o seu objetivo primordial é servir de instrumento de coibição da criminalidade.

Também defende a natureza jurídica de prova da colaboração premiada Pereira (2009, p. 475), que ao tratar do instituto o define como a cooperação na obtenção de provas que constituem o processo analisado, as quais cumpriram o papel como provas no processo penal e posterior premiação.

Não destoa desse entendimento Capez (2016, p. 404), que vê na colaboração premiada modalidade de “prova testemunhal na parte referente à imputação e admite reperguntas por parte do delatado”.

Vale destacar que, de acordo com Capez (2016, p. 430), o Supremo Tribunal Federal não admite a condenação com base exclusivamente na colaboração levada a efeito pelo corréu, sendo necessária, portanto, a corroboração de outras provas.

Abade (2014, p. 98) também preconiza que a colaboração premiada é instrumento legal de obtenção de prova na investigação, destacando ainda que se trata de "colaboração espontânea de um investigado ou acusado no intuito de esclarecer a autoria e as infrações praticadas por determinado grupo, em troca de benefícios que o Estado lhe concederá".

Não obstante, a autora lembra que a depender do diploma legal em que se encontra consagrado o instituto, a colaboração premiada pode configurar perdão judicial (ABADE, 2014, p. 98).

Dipp (2015, p. 18), em sentido diverso, defende ser a colaboração premiada incidente processual especial, pois é autônomo e possui objetos próprios, a depender do momento e do conteúdo das declarações.

E o autor complementa:

> A observação relativa à autonomia do incidente de delação premiada tem sua razão de ser pelas consequências importantes. Como a lei permite a colaboração premiada em qualquer fase da persecução penal, admite logicamente todas as suas decorrências processuais e de direito material penal, algumas de modo excepcional, mas outras particularmente "subversivas" da técnica processual e dos princípios que a regulam (DIPP, 2015, p. 18).

Para justificar a sua tese, Dipp chama a atenção para o fato de que a delação premiada pode ser feita mesmo após o trânsito em julgado da decisão de mérito, podendo levar ao perdão judicial ou à redução da pena, ou mesmo à sua substituição (2015, p. 18). Daí não poderia ser compreendida como meio de obtenção de prova, até mesmo porque "provoca uma extrema relativização da coisa julgada" (DIPP, 2015, p. 19) quando concretizada após o trânsito em julgado.

Por sua vez, alguns defendem que a colaboração premiada possui a natureza jurídica de perdão judicial, e consequente extinção da punibilidade.

Mirabete é um dos que adotam tal posicionamento e justifica que em alguns casos, a exemplo da Lei de Imprensa e dos crimes financeiros, o legislador se referiu ao instituto como perdão judicial e não colaboração premiada (2008, p. 818):

> Trata-se de uma faculdade, que pode concedê-lo ou não, segundo seu critério, e não direito subjetivo do réu. Pode ser concedido nos crimes previstos nos Arts. 121, 5º, 129, 8, 140, 1, incs. II e II, 16-A. 3º, 176, parágrafo único, 180 5º 242, parágrafo

único, 337-A 2º, todos do CP, e 22, parágrafo único, a e b, da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). A Lei nº 9807, de 13-7-1999, autoriza a concessão do perdão judicial ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com as investigações e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado a identificação dos demais co-autores ou participes da ação criminosa , a localização da vítima com sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime, devendo o juiz considerar a personalidade do beneficiário e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso (Art. 13, caput, e parágrafo único). É praticamente pacifico que a aplicação do perdão se destina, exclusivamente às hipóteses elencadas na Lei, sendo impossível estender sua abrangência a outros ilícitos.

Lima e Carvalho (2009, p. 127), por sua vez, vislumbram na colaboração premiada modalidade de contrato realizado entre o imputado e o poder público, no qual se estabelecem direitos e obrigações a serem cumpridos na persecução penal, uma vez que o colaborador renuncia ao direito do silêncio e deve apresentar informações que auxiliem na persecução penal, em contrapartida recebe algum benefício por parte do Estado refletido principalmente no seu julgamento.

Sobre as informações a serem prestadas pelo colaborador, esclarecem:

> [...] o desmantelamento da organização, da quadrilha ou do bando; b) a localização de bens, direitos ou valores objeto ou fruto do crime; c) a localização da vítima; d) o esclarecimento de infrações penais praticadas e suas respectivas autorias. São fixadas vantagens que o delator obterá em troca das informações, que abrangem possibilidades de a) fixação de regime menos gravoso para cumprimento de pena; b) substituição da prisão por pena restritiva de direito; c) redução da pena aplicada e/ou d) perdão judicial (LIMA; CARVALHO, 2009, p. 127-128).

Em sentido diverso são os ensinamentos de Fonseca (2008, p. 248), que reconhece a natureza jurídica de acordo com a aplicação do instituto. (...) “para os casos em que o instituto tem força de reduzir o montante da pena”, afirma ser a natureza jurídica de causa de diminuição de pena. Já no caso do art. 13, da Lei nº 9.807/1999, (...) “em que se oferece perdão judicial”, afirmas ser causa de extinção da punibilidade.

Ainda sobre a natureza jurídica da colaboração premiada, o Ministro Dias Toffoli afirma tratar-se de negócio jurídico processual e esclarece:

> Note-se que a Lei n. 12.850/13 expressamente se refere a um ‘acordo de colaboração’ e às ‘negociações’ para a sua formalização, a serem realizadas ‘entre delegado de polícia’, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor’ (art.4º, §6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual. (BRASIL, 2016b).

Percebe-se, que a natureza jurídica do instituto ainda não possui bases harmônicas na jurisprudência e doutrina, é controversa no ordenamento jurídico brasileiro, até mesmo pela forma como o legislador disciplina o instituto em um ou outro diploma legal, sendo necessária a análise do caso em concreto para averiguar a natureza da colaboração premiada.

Passamos então à análise da colaboração premiada na legislação pátria.

2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A COLABORAÇÃO PREMIADA

Para Lima (2015, p. 529), diferente do que ocorreu em países como Itália e Espanha, onde a "colaboração premiada nasceu para combater o terrorismo e o crime organizado", no Brasil é resultado da "ineficácia dos métodos tradicionais de investigação, e, consequentemente, da necessidade da colaboração premiada para a obtenção de informações relevantes para a persecução penal", ou seja, diretamente relacionada ao aumento da criminalidade violenta que atingiu segmentos privilegiados da sociedade brasileira.

Em cada uma das leis onde se previu formas de colaboração premiada, o legislador apresentou certos requisitos que guardam relação com o respectivo crime tratado. Embora existam semelhanças, tanto nos requisitos objetivos, quanto subjetivos, algumas variáveis para a aplicação do instituto são notadas.

O instituto da colaboração premiada foi introduzido no direito brasileiro pela Lei dos Crimes Hediondos, a partir da necessidade de dar uma resposta positiva aos crimes de extorsão mediante sequestro, que vitimava pessoas conhecidas publicamente (BITTAR, 2011b, p. 242), sendo que tal diploma legal surgiu após grande pressão popular, influenciada pelos meios de comunicação.

Lima (2015, p. 529), chama a atenção para o fato de que mesmo antes do advento da Lei dos Crimes Hediondos a colaboração premiada já se encontrava presente de certa forma no Código Penal, "sob o manto da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, "d"), da atenuante genérica do art. 65, III, 'b', do Código Penal, em que se premia o criminoso que tenha buscado, espontânea e eficazmente", após o crime, evitar ou minorar as consequências; ou ainda, reparar o dano pelo arrependimento eficaz antes do julgamento ou pelo arrependimento posterior, já que o objetivo primordial do instituto em comento é a expiação do mal cometido. Redações estas que passaram a integrar o Código Penal desde a reforma dada pela Lei 7.209/84.

Entretanto, assim como prevalece na doutrina, Lima (2015, p. 529) entende que foi efetivamente a Lei dos Crimes Hediondos, editada no ano de 1990, que tratou expressamente do instituto pela primeira vez.

Assim, o instituto se encontra previsto no parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.072/1990, trazendo a causa de diminuição de pena como prêmio ao colaborador, que pode ser aplicado tanto aos coautores quanto aos partícipes dos crimes hediondos, desde que as informações prestadas sejam eficazes e contribuam para o desmantelamento do grupo criminoso.

O referido diploma legal assim dispõe: "O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços" (BRASIL, 1990).

Desta feita, há uma vantagem penal ofertada àquele que colabora com as investigações, traduzida em redução de pena, embora a Lei dos Crimes Hediondos nada tenha mencionado acerca de procedimento especial para a concessão do benefício, cabendo ao magistrado, portanto, valorar as informações prestadas pelo colaborador e assim decidir pela diminuição da pena, o *quantum* a ser aplicado e fundamentar sua decisão na sentença penal condenatória.

A Lei 8.072/90 também incluiu no artigo 159 do Código Penal, o parágrafo 4º, dispondo outra forma de colaboração premiada: "Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.".

Parte deste texto foi alterado posteriormente pela Lei 9.269/96. As expressões quadrilha ou bando foram substituídas por "concurso" e coautor por "concorrente", de forma que os novos termos se adequaram ao entendimento que os juristas já vinham adotando, ou seja, bastava que o crime tivesse sido cometido em concurso e observados os demais requisitos legais, para que o colaborador tivesse direito a redução prevista no § 4º, do art. 159, do CP. (LIMA, 2015, p. 529-530)

Souza (2008, p. 25-26, *apud* MONTEIRO, 1996, p. 43) destaca que no caso em comento não mais se exigia o "vínculo associativo permanente para fins criminosos", como ocorria na redação original, o que aumentou "as possibilidades do uso da delação premiada para tal modalidade".

No ano de 1995 foi publicada a Lei nº 9.034 (revogada pela Lei 12.850/13), que tratava da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, onde o legislador novamente inseriu a previsão expressa da colaboração premiada ao dispor que o colaborador, ao revelar informações espontaneamente levando ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria, poderia ter sua pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1995)

Nesse ponto é mister ressaltar a dificuldade para se determinar o âmbito de abrangência da lei à época, uma vez que não havia conceituação legal para organização criminosa, sendo questão divergente na doutrina e jurisprudência.

Não obstante, uma interpretação sistemática levava a entender que nada impedia a aplicação do benefício da colaboração premiada aos crimes que envolviam quadrilha ou bando, ressalvadas as leis específicas.

Também no ano de 1995 foi editada a Lei nº 9.080/1995 alterando os diplomas legais e consagrando a colaboração premiada na Lei 7.492/86 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro), em seu art. 25, parágrafo 2º e no parágrafo único, do art. 16 da Lei nº 8.137/90 (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária e a Ordem Econômica).

Em ambas as legislações, Lei 7.492/86 e Lei nº 8.137/90, o texto que trata sobre a colaboração premiada é idêntico: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”. Além disso, é bem semelhante à disposição contida na Lei dos Crimes Hediondos, onde se prevê a redução da pena de um a dois terços ao coautor ou partícipe que der informações à autoridade sobre a quadrilha ou bando de forma a possibilitar o seu desmantelamento.

A natureza da colaboração premiada nas Leis dos Crimes contra a Ordem Tributária e a Ordem Econômica, bem como contra o Sistema Financeiro é causa de redução de pena, que somente incidirá se a colaboração se der na fase do inquérito policial ou instrução penal, já que o legislador expressamente menciona que a confissão se dará perante a autoridade policial ou judicial.

Souza (2008, p. 28), entretanto, pontua que nestes casos o legislador se utilizou de maneira inapropriada do termo confissão, ao invés de delação, ignorando que os institutos possuem efeitos penais diversos.

Acrescenta o autor que a confissão é instituto autônomo, com efeitos penais diversos da delação premiada, pois naquela o “[...] interessado não chama terceiros ao processo ou à investigação, simplesmente, restringe-se a narrar fatos praticados apenas por si mesmo”, como já foi explanado anteriormente (SOUZA, 2008, p. 28).

Destarte, não houve precisão terminológica pelo legislador, mas há que se considerar a *mens legis*, que é a aplicação do instituto da colaboração premiada.

Ainda segundo Souza (2008, p. 28, MORAES e SMANIO, 2005, p. 123), outra peculiaridade do instituto em relação aos crimes tributários e financeiros, é que para tais tipos penais a premiação do delator não se encontra condicionada à cessação dos efeitos do crime praticado, mas apenas à revelação da trama delituosa praticada pela quadrilha. Desta feita, basta a revelação das circunstâncias temporais do crime, como o *modus operandi*, os envolvidos do crime, a extensão do dano, a destinação dada ao produto do crime, e outros elementos, são suficientes para a aplicação do instituto.

Na Lei nº 9.613/1998, com redação dada pela Lei nº 12.683/2012, que regulamenta a lavagem de dinheiro no art. 1º, § 5º, há também a possibilidade de redução da pena de um a dois terços, com cumprimento em regime aberto ou semiaberto, bem como deixar de ser aplicada ou ser substituída por restritiva de direitos a qualquer tempo, quando a contribuição espontânea do autor, coautor ou partícipe conduzisse à apuração das infrações penais, identificação dos autores, coautores ou partícipes, ou mesmo à localização dos bens, direitos ou vantagens objeto do crime (LIMA, 2015, p. 347-348).

Anote-se que o art. 1º da lei (BRASIL, 1998) fala que a delação deve levar à apuração "das infrações penais". Sobre esta expressão, Lima (2015, p. 348-349) entende que a colaboração espontânea pode se referir à lavagem de capitais e aos crimes antecedentes, de acordo com os quais o colaborador tenha concorrido. Ou seja, a colaboração guardará relação com os crimes que foram imputados ao investigado ou acusado.

Segundo Mendroni (2006, p. 114), o instituto da delação premiada na referida lei "viabiliza a identificação dos principais agenciadores da lavagem do dinheiro - dos chefes das organizações criminosas -, os principais responsáveis pela criminalidade".

Não se pode negar, porém, que continuava uma lacuna legal quanto ao procedimento a ser seguido para a aplicação do benefício; não se mencionam, na Lei nº 9.613/1998, as autoridades com competência ou atribuição para oferecimento do benefício (utilizando a lei o termo "autoridades" de maneira genérica), o momento de sua aplicação ou o instrumento para a formalização do acordo.

Por fim, ressalta Mendroni (2006, p. 115), o momento processual para realização do instituto seria no máximo em período próximo ao interrogatório judicial, pois viabilizaria a correta apuração do ilícito penal sem servir de refúgio ao imputado.

Destarte, o reflexo do dispositivo legal em comento é incidente apenas sobre a pena relativa ao crime de lavagem de dinheiro, mas a colaboração em relação ao crime antecedente pode também vir a caracterizar a sua colaboração premiada, desde que preencha seus requisitos específicos.

A Lei nº 9.807/99 que estipula normas para tratar da organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, bem como dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que de forma voluntaria tenham prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. A colaboração premiada veio disciplinada explicitamente nos artigos 13 e 14 da referida lei, sendo que no art. 13 consta a modalidade de perdão judicial e no art. 14 a causa de redução de pena que pode ser aplicada aos réus colaboradores que tenham prestado informações contribuindo para a identificação dos demais coautores, localização da vítima ou a recuperação do produto do crime.

No caso em tela a lei exige que a colaboração resulte na identificação dos coautores ou partícipes; da localização da vítima com integridade física preservada; ou da recuperação total ou parcial do produto do crime (BRASIL, 1999).

Anote-se que o perdão judicial, previsto no art. 13, pode ser dado por iniciativa do próprio juiz, ou a requerimento das partes, representadas pelo advogado de defesa e pelo membro do Ministério Público. O perdão se dá na ação criminal, mesmo que a colaboração tenha sido pré-processual, pois o beneficiário deste instituto é o acusado primário.

Importa registrar ainda, que há dúvidas quanto à cumulatividade ou não de cada um dos três incisos do art. 13, pois a lei não foi expressa quanto aos requisitos para a concessão do benefício em comento. Entende-se, contudo, que as exigências contidas nos incisos devem ser todas atendidas desde que existentes essas características no crime e o acusado tenha como delas ter tido conhecimento.

Cumpre transcrever, nesse ponto, o art. 13 do referido diploma legal, o qual dispõe:

> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:
> I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
> II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
> III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.
> Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso (BRASIL, 1999).

No que tange o inciso I, que trata da identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, importa esclarecer que a própria delação pressupõe a existência de coautores e partícipes do crime, pois se for o caso de delito unissubjetivo, não há o que se falar em delação, mas apenas em confissão.

Ainda, descartando a improvável possibilidade de o delator desconhecer quem são os coautores, de fato o inciso em análise deve ser observado em sua inteireza, salvo se o delator não conhecer todos os coautores, mas essa ignorância deverá encontrar respaldo em outras provas.

O inciso II, por sua vez, trata da localização da vítima com a sua integridade física preservada. Se o crime investigado tiver vítimas em poder dos coautores ou partícipes, ou

a vítima se encontrar desaparecida, é de suma importância que as informações prestadas pelo delator levem a sua localização com integridade física preservada.

Assim, estando a vítima morta, violentada ou lesionada de forma grave ou gravíssima, quer tenha sido antes ou depois da delação, e por ato de qualquer dos réus, entende-se que não fará o delator jus ao perdão judicial.

No que tange o inciso III, que trata da recuperação total ou parcial do produto do crime, é mister salientar que se do crime resultou benefício material, ele deve ser recuperado pelo menos em parte, mas o delator deve dar todas as informações que tenha sobre a destinação dos proventos do crime.

Tem-se, ainda, o parágrafo único do referido art. 13, o qual estabelece que o juiz deverá levar em conta para a concessão do perdão, a personalidade do delator e a natureza, circunstância, gravidade e repercussão social do crime, fatos estes que podem impedir o perdão judicial, mas não deverão influenciar na redução da pena de um a dois terços, nos termos do art. 14 do mesmo diploma legal.

O art. 14, por sua vez, consagra a possibilidade de redução de pena de um a dois terços quando o indiciado "colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime" (BRASIL, 1999) ou qualquer das situações já apontadas, como a localização da vítima com vida e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Sobre a disciplina da delação premiada no diploma legal que trata do sistema de proteção a vítimas e testemunhas Abade (2014, p. 98) destaca:

> Até o advento da Lei 9.807/1999, que regula o Sistema de Proteção a Vítimas e Testemunhas, a doutrina majoritária entendia que a delação premiada era aplicável somente aos tipos penais descritos nas citadas leis que previam o instituto. Esse benefício foi estendido a todos os tipos penais, uma vez que seu art. 14 dispõe que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na (i) identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, (ii) na localização da vítima com vida e (iii) na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. Assim, a posição majoritária entende que a aplicação da delação premiada passou a ser geral e irrestrita, uma vez que a Lei de Proteção a testemunhas não especificou expressamente para quais tipos penais estaria destinada.

Nota-se que o rol de benefícios foi ampliado e graduado de acordo com a colaboração prestada, havendo também a fixação de exigências ou condições mais específicas para que o benefício seja concedido. A lei permite o Juiz, na instrução criminal,

oferecer o benefício, bem como às partes – réu, através de seu advogado ou Ministério Público – requerê-lo. O procedimento, assim como ocorreu nos diplomas legais anteriores, não foi tratado pelo legislador.

Acerca do diploma legal em comento e da disciplina da colaboração premiada Penteado (2006, p. 726) enfatiza:

> [...] o Poder Legislativo editou a Lei 9.807/1999, a qual Damásio E. de Jesus atribuiu um "caráter geral", como visto acima. A autoridade pública competente para a premiação é judicial que atuará de ofício ou provocada pelas partes. Pode conceder o perdão judicial que extingue a punibilidade do crime. O delator deve ser primário, isto é, não reincidente, não importando que tramitem outras ações penais de conhecimento contra este, pois há a presunção de inocência. A colaboração deve ser efetiva e voluntária, o que evidencia aquela preocupação de premiar o delator se houve concreta vantagem para o Estado, e, quanto à voluntariedade, como anteriormente tratado, acabou sendo uma regra geral que afasta a exigência de espontaneidade.

Na linha evolutiva tem-se o advento da Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006, que também consagra em seu art. 41 a colaboração premiada, possibilitando que o indiciado ou acusado que colabore na fase da investigação policial ou processo criminal para a identificação dos coautores ou partícipes e na recuperação total ou parcial do produto do crime, possa ter a redução da pena de um a dois terços (LIMA, 2015, p. 531).

Ao dissertar sobre o instituto na Lei de Drogas, Thums e Pacheco (2008, p. 226), prelecionam:

> [...] a colaboração pode ser feita pelo indiciado ou acusado, o que nos leva à conclusão óbvia que pode se dar tanto na fase pré-processual, investigatória, após o indiciamento, mas antes do oferecimento da denúncia, bem como após o MP intentar a ação penal.

Cumpre ressaltar que a Lei de Drogas também não detalhou o procedimento para a concessão do benefício, tendo se limitado a ressaltar que pode ser concretizada na fase do inquérito policial, bem como na fase da ação penal.

Tem-se, também a previsão da colaboração premiada, na Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Financeiro de Defesa da Concorrência, e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, a extinção da punibilidade e a redução da pena de um a dois terços para aqueles que "colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação" (BRASIL, 2011).

O diploma legal em comento, ao dispor sobre os acordos de leniência a serem celebrados entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE e as pessoas físicas e jurídicas autoras de infrações contra a ordem econômica, trouxe em seu art. 86 causa de extinção da ação punitiva do Estado, bem como a possibilidade de redução da pena de um a dois terços, desde que preenchidos os requisitos legais dispostos no referido art. 86.

Embora trate de penalidades administrativas, e seja uma lei voltada para a estruturação de um sistema administrativo, sem caráter penal, houve previsão de efeitos penais para os agentes que celebrem o acordo de leniência.

Por fim, publicou-se a Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, a qual também trata da colaboração premiada em capítulo próprio, inovando no ordenamento jurídico, como leciona Mendonça (2013, p. 6-7), que defende a aplicação do procedimento previsto na legislação em comento a todos os delitos, desde que se tome cuidado para não banalizar o instituto, reservando-o aos casos de especial gravidade e dificuldade de obtenção de prova pelos meios tradicionais. E cita decisões do STJ nesse sentido, como a ementa do Recurso Especial 1109485/DF, da Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o voto do Ministro Gilson Dipp, proferido no HC 59115/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz.

Cumpre ressaltar que a lei em comento especifica, ao tratar do instituto, quem pode requerer, os benefícios a serem concedidos, os direitos do colaborador e o procedimento formal de aplicação do benefício, bem o momento da sua aplicação, que pode se dar tanto na fase de investigação ou do processo.

Em apertada síntese, pode-se apontar como objetivos da colaboração na Lei nº 12.850/2013: a identificação dos coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas; a prevenção de infrações penais decorrentes da organização criminosa; e, por fim, a recuperação total ou parcial do proveito dos crimes e a localização de eventual vítima, com sua integridade física preservada (LIMA, 2015, p. 534-536).

Já os benefícios previstos pelo legislador são: a concessão do perdão judicial, a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a progressão de regime ou ainda o não oferecimento da denuncia, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.850/2013; levando-se em consideração, em qualquer caso, a "[...] personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração" (BRASIL, 2013), nos termos do § 1º do dispositivo supracitado.

Superada a análise histórico-evolutiva da disciplina da colaboração premiada na legislação brasileira, passa-se a abordar, em específico, como o legislador tratou do tema na Lei n° 12.850/2013, que como dito, inovou sobremaneira ao traçar pela primeira vez no direito pátrio um procedimento para a concretização da colaboração premiada.

3 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI N° 12.850/2013

Até o advento da Lei nº 12.850/2013, o crime organizado era regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.034/1995, primeiro diploma legal em nosso país a tratar especificamente dos crimes praticados por organizações criminosas ou assemelhadas.

O referido diploma legal foi revogado pela Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, tratando em capítulo específico da colaboração premiada.

Não obstante, interessa ao presente estudo a compreensão da disciplina da colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013, sendo mister, contudo, abordar o conceito de crime organizado, como se passa a expor.

3.1 CONCEITO DE CRIME ORGANIZADO

Os estudiosos do tema, ao tratar do conceito de organização criminosa, sempre demonstraram a preocupação com a dificuldade de se delimitá-la e, por conseguinte, defini-la. Logo, procuram, como aponta Scarance (2009, p. 12-13), analisar as características da organização criminosa, como forma de estabelecer seu contorno.

Ainda segundo Scarance (2009, p. 13), na vigência da Lei nº 9.034/1995, a organização criminosa apresentava as seguintes características: associação permanente e estável de diversas pessoas; estrutura de empresa, piramidal e hierarquizada, o poder concentra-se nas mãos dos líderes, os quais não se relacionam diretamente com as bases; poder de corrupção elevado; uso de violência e intimidação para submeter os membros da organização e para garantir a colaboração ou o silêncio de pessoas não-participantes do núcleo criminoso; objetivo de obter lucro; utilizam sistemas de lavagem de dinheiro para legalizar as grandes somas adquiridas com as práticas delituosas; regionalização ou internacionalização da organização; o uso de tecnologias modernas.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por força

do Decreto nº 5.015/2004, também tratou de apresentar uma definição de organização criminosa:

> [...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (BRASIL, 2004).

Não obstante, Lima (2015, p. 485-486) critica a utilização do conceito apresentado pela Convenção de Palermo, apesar da omissão do legislador pátrio em conceituar "organizações criminosas" até então. E esclarece:

> Diante da inércia do legislador brasileiro em conceituar organizações criminosas, era crescente o entendimento no sentido de que, enquanto a lei brasileira não fornecesse um conceito legal, seria possível a aplicação do conceito dado pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n° 5.015/2004 [...]. Esse raciocínio, todavia, não podia ser empregado em relação ao conceito legal de "organizações criminosas", vez que esta expressão não podia ser interpretada como um mero elemento normativo a ser valorado pelo julgador. Isso porque, diversamente do revogado art. 233 da Lei n° 8.069/90, não se trata de um mero componente de um tipo completo, mas da própria arquitetura típica: não há verbo indicador da conduta, não há sujeito ativo ou passivo, não há menção a meios instrumentais ou modos de execução, não há referência a nenhuma circunstância que gire em torno do comportamento proibido. Ou seja, há, na verdade, um vazio legislativo, que não podia ser suprido por um juízo de valor do órgão julgador.

Importante salientar que o Projeto de Lei 3.516, que deu origem, embora com inúmeras modificações, à Lei 9.034/95, definia organização criminosa como sendo "[...] aquela que, por suas características, demonstre a exigência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional" (SCARANCE, 2009, p. 14).

Contudo, na redação final da lei do crime organizado, esse artigo foi suprimido. Na visão de Scarance (2009, p. 14), os dispositivos da lei n. 9.034/95 eram aplicados a crimes resultantes de ações de quadrilhas ou bando. Em resumo, a lei igualou os crimes cometidos por organizações criminosas com os delitos de quadrilha ou bando, o que se mostra inaceitável tecnicamente falando, tendo em vista que a atividade da organização criminosa não se esgota com os requisitos dos delitos de quadrilha ou bando.

Posteriormente, houve modificações introduzidas pela Lei nº 10.217/2001, que alterou o art. 1º da Lei nº 9.034/1995, culminando na seguinte redação:

> Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (BRASIL, 1995).

Scarance (2009, p. 14-15) tece críticas acerca da redação da lei. O legislador considerou as figuras da quadrilha, bando, organização criminosa e associação criminosa como distintas, porém não as diferenciou expressamente. Não obstante, nivelou quadrilha ou bando ao mesmo patamar de organização e associação criminosa, o que se trata de uma impropriedade técnica grave, ante a complexidade das duas últimas figuras.

Também Lima (2015, p. 485) chama a atenção para a ausência de uma definição legal para o termo "organizações criminosas", ressaltando a controvérsia que sempre existiu quanto a existência deste:

> A despeito da profusão de referências legislativas ao termo organizações criminosas, sempre houve controvérsia acerca da existência desse conceito legal no ordenamento pátrio. Conquanto a revogada Lei 9.034/95 definisse e regulasse meios de prova e procedimentos investigatórios referentes a ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (art. 1°, caput), não havia, no bojo da referida lei, uma definição legal de organizações criminosas, razão pela qual tal diploma normativo sempre teve aplicação restrita às quadrilhas (CP, antiga redação do art. 288) e às associações criminosas (v.g., Lei n° 11.3 43/06, art. 35; Lei n° 2.889/56, art. 2°).

Na sequência o autor observa que o conceito de organizações criminosas introduzido no ordenamento jurídico pátrio por força da Lei nº 12.694/12, que trata da formação do juízo colegiado para o julgamento dos crimes praticados por estas, teve vida útil muito curta, enfatizando:

> O conceito legal de organização criminosa introduzido pelo art. 2° da Lei n° 12.694/12 teve uma curta vida útil. Isso porque a Lei n° 12.850/13, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, introduziu novo conceito de organizações criminosas no art. 1°, § 1°, nos seguintes termos: "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" (LIMA, 2015, p. 487).

Por isso, ainda segundo Lima (2015, p. 488), a Lei nº 12.694/2012 foi revogada tacitamente, até mesmo porque apresentava pontos conflitantes com o diploma que regulamenta especificamente as organizações criminosas, a exemplo da exigência de 03 (três) ou mais pessoas para configurar uma associação, enquanto a Lei nº 12.850/2013 exige a participação, de forma estável e permanente, de 04 (quatro) ou mais pessoas.

Assim, o conceito legal de organização criminosa, na atualidade, se encontra previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, o qual dispõe:

> Art. 1º [...]
> § 1º 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 (BRASIL, 2013).

De acordo com Gonçalves (2016, p. 641), a Lei de Organizações Criminosas manteve, no direito pátrio, o tipo inserto no art. 288 do Código Penal, que tratava da quadrilha ou banco, mas agora sob a rubrica de "associação criminosa", "[...] aproximando-se do modelo italiano, que contempla o tipo específico da associação criminosa de tipo mafioso ao lado da associação criminosa simples".

Decerto, o que diferencia os tipos de associação criminosa (art. 288 do CP) e associação criminosa (arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.850/2013) não é o número de agentes ou o fato de visar crimes graves, mas sim "[...] o fato de ser a organização estruturalmente ordenada e contar com divisão de tarefas" (GONÇALVES, 2016, p. 641).

E Gonçalves (2016, p. 641), buscando elucidar a questão sintetiza:

> Sendo assim, é possível que um grupo que tenha mais de três agentes e tenha por finalidade a prática de crimes com pena superior a quatro anos seja tratado como associação criminosa (CP, art. 288), desde que não seja estruturalmente ordenado e não conte com divisão de tarefas.

Desta forma, vencida a conceituação de organização criminosa com base nos termos apresentados no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, segue-se com a análise da colaboração premiada conforme disposto na Lei dos Crimes Organizados.

3.2 LEI DOS CRIMES ORGANIZADOS E COLABORAÇÃO PREMIADA

Mendonça (2013, pag. 5-7) ao fazer uma análise do art. 1º, §2º, da Lei nº 12.850/2013, entende que o procedimento da colaboração premiada pode ser aplicado, por analogia, a outros tipos penais, os quais chama de "organização criminosa por equiparação":

> (i) para os crimes transnacionais previstos em tratado internacional;
> (ii) para as organizações terroristas, reconhecidas segundo as normas de direito

> internacional, que praticarem atos de suporte ao terrorismo, atos preparatórios ou de execução de atos terrorista em território nacional.

Cunha e Pinto (2013, p. 16) também defendem a aplicação do instituto a essas outras hipóteses, pois, embora possa não se verificar a caraterística estrutural da organização criminosa, o terrorismo e os crimes transnacionais causam o mesmo perigo, justificando-se, assim, a aplicação excepcional dos meios de investigação previstos na Lei nº 12.850/2013, como por exemplo, a colaboração premiada.

Contudo, Mendonça (2013, pag. 6) afirma que o posicionamento majoritário é no sentido de que o crime de terrorismo não está tipificado no ordenamento jurídico. A Lei de Segurança Nacional não definiu os atos caracterizadores de terrorismo e por essa razão não poderia, assim, ser enquadrado, sob pena de violar o princípio da legalidade e a obrigatoriedade de descrever os comportamentos incriminadores.

De qualquer forma, a jurisprudência adota o entendimento favorável a utilização da colaboração premiada para a resolução de qualquer crime, com fundamento na Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas – 9.807/99, desde que se tome cuidado em não banalizar o instituto, reservando-o para casos de especial gravidade e de dificuldade de obtenção da prova pelos meios tradicionais (MENDONÇA, 2013, pag. 6-7).

Seguindo a análise do instituto voltado para a Lei 12.850/13, importante mencionar a inovação prevista no ordenamento jurídico de forma expressa, sendo, pois, a primeira lei a regulamentar os procedimentos para a efetivação da colaboração premiada. Contribui sobremaneira para dar maior confiabilidade ao instituto ao prever os legitimados e delimitando as suas funções, bem como garantindo os direitos e a observância dos deveres pelas partes.

Além disso, o referido diploma legal especifica quando pode ser realizado o acordo, os benefícios a serem concedidos, os direitos do colaborador e os resultados a serem alcançados em decorrência das informações prestadas.

O art. 3º da Lei nº 12.850/2013 trata dos meios de obtenção da prova, acolhendo como válida, em seu inciso I, a colaboração premiada, nos seguintes termos:

> Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
> I - colaboração premiada; (BRASIL, 2013).

Desta feita, na Lei nº 12.850/2013 a colaboração premiada é um dos meios para obtenção de prova, ao lado da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registro de ligações telefônicas e telemáticas, a dados

cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais e comerciais; interceptação de comunicações telefônicas ou telemáticas; quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; infiltração, por policiais, em atividades de investigação; cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais (BRASIL, 2013).

Sobre o momento para a utilização da colaboração premiada, a lei utiliza o termo "a qualquer tempo" pelo Ministério Público e nos autos do inquérito pelo Delegado de Polícia, podendo-se afirmar, portanto, com base no texto legal, que a colaboração pode se dar antes do oferecimento da denúncia e no curso da ação penal, vejamos:

> [...] § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) (BRASIL, 2013).

Nada obsta, porém, que a colaboração premiada seja efetivada após a prolação de uma sentença penal condenatória. É o que se extrai do § 5º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, que dispõe: "se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos" (BRASIL, 2013).

Sobre o momento do acordo de colaboração premiada Gonçalves (2016, p. 656) enfatiza:

> A lei brasileira não limita a colaboração à fase investigatória, mas diferencia os efeitos conforme o momento em que celebrado o acordo, uma vez que a colaboração anterior à sentença apresenta um leque maior de benefícios, que vão desde o perdão judicial até a substituição por PRD, enquanto a colaboração posterior à sentença é mais limitada, como deflui da leitura do § 5º do art. 4º da LOC [...].

Mais adiante o capítulo inteiro segue dedicando-se ao procedimento da colaboração premiada, sendo de suma importância trazer à baila, nesse ponto, o disposto no artigo 4º, do diploma legal em análise:

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

> I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
> II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
> III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
> IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
> V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (BRASIL, 2013).

Percebe-se pelo artigo 4º que além de meio de prova, a colaboração premiada, na Lei dos Crimes Organizados, também pode ter natureza jurídica de perdão judicial ou de causa de redução de pena, desde que a colaboração se dê de forma efetiva e voluntária na investigação (fase do inquérito policial) ou no curso do processo criminal.

O legislador estabelece, ainda, requisitos de ordem subjetiva, nos termos do § 1º do dispositivo em comento, que determina que, em qualquer dos casos, a concessão do benefício a que se refere o *caput* "[...] levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração" (BRASIL, 2013).

Não obstante, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a personalidade do colaborador não é requisito de validade da colaboração premiada, pois serve tão somente para a escolha do "prêmio" a ser conferido:

> [...] 8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13) (BRASIL, 2016c).

Acerca da legitimidade para realizar o acordo de colaboração premiada, o legislador atribuiu ao Ministério Público e ao Delegado a incumbência de representar ou requerer ao juiz a homologação do acordo.

Lima (2015, p. 554) critica a extensão do legislador à legitimidade do delegado de polícia, pois entende que a este compete sugerir ao investigado a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada, sem, contudo, formalizá-lo, já que compete ao Ministério Público, titular da ação penal, a sua efetiva celebração.

E o autor ainda observa:

> Se é verdade que a autoridade policial tem interesse em obter informações relevantes acerca do funcionamento da organização criminosa através dessa importante técnica especial de investigação, é inconcebível que um acordo de colaboração premiada seja celebrado sem a necessária interveniência do titular da ação penal pública [...]. Destarte, diante da possibilidade de o prêmio legal acordado com o investigado repercutir diretamente na pretensão punitiva do Estado (v.g., perdão judicial), não se pode admitir a lavratura de um acordo de colaboração premiada sem a necessária e cogente intervenção do Ministério Público como parte principal, e não por meio de simples manifestação (LIMA, 2015, p. 554-555).

Há a possibilidade, ainda, de ser o prazo para o oferecimento da denúncia ou mesmo o processo suspenso por até 06 (seis) meses, prazo este que pode ser prorrogado por igual período, objetivando que sejam cumpridas as medidas de colaboração. Em tal situação o prazo prescricional também será suspenso, nos termos do § 3º, do art. 4º, do diploma legal em análise.

O § 4º, por sua vez, trata das hipóteses em que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia em relação ao colaborador, nos seguintes termos:

> [...] § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:
> I - não for o líder da organização criminosa;
> II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo (BRASIL, 2013).

O legislador se preocupou também em determinar que o magistrado não atue na fase das negociações para a celebração da colaboração premiada, já que sua função é homologá-la, se presentes os requisitos legais. É o que se extrai do § 6º, *in verbis*:

> [...] § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor (BRASIL, 2013).

De acordo com Gonçalves (2016, p. 660), a Lei de Organizações Criminosas trata a colaboração premiada como mecanismo de justiça consensual, motivo pelo qual o legislador dedicou os §§ 6º ao 11 para tratar dos termos de acordo, negociações, propostas, homologação, superando o modelo até então vigente, que via a colaboração como mera causa de redução de pena.

E especificamente sobre o § 6º, o autor esclarece:

> A participação do juiz nas negociações é vedada de forma expressa (LOC, art. 4º, § 6º), o que é coerente com um sistema processual acusatório e com o caráter negocial do instituto. A intervenção judicial fica reservada para as fases posteriores, de controle da legalidade e adequação do procedimento, tanto por ocasião da homologação (art. 4º, §§ 7º e 8º) como da sentença (GONÇALVES, 2016, p. 660-661).

Sobre a função do magistrado no que se refere à homologação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que:

> [...] 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no "relato da colaboração e seus possíveis resultados" (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13) [...] (BRASIL, 2016c).

O acima expresso, quanto à homologação do acordo de colaboração premiada, é tratado pelo legislador no § 7º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, a saber:

> [...] § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor (BRASIL, 2013).

É o magistrado, portanto, responsável por "[...] fazer o controle da regularidade do procedimento, sendo facultado ao magistrado determinar o comparecimento do colaborador para ouvi-lo diretamente, acompanhado do seu defensor" (GONÇALVES, 2016, p. 661).

O § 8º, por sua vez, trata da hipótese em que o magistrado pode recusar a homologação da proposta de colaboração premiada, qual seja, a verificação do não atendimento aos requisitos legais. Nada obsta, porém, que o magistrado busque a adequação da colaboração premiada ao caso concreto, haja vista a sua importância (BRASIL, 2013).

Uma vez homologado o acordo de colaboração premiada, nos termos do § 9º, do art. 4º, da Lei em comento, o "[...] colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações".

Há, também, a possibilidade de o Ministério Público e/ou colaborador retratar-se da proposta de colaboração premiada, conforme dispõe no § 10, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013. E ocorrendo a retratação, as "[...] provas auto incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor" (BRASIL, 2013).

Acerca da possibilidade de retratação, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Lima (2015, p. 556):

> Só se pode falar em acordo quando há convergência de vontades: no caso da colaboração premiada, o Estado tem interesse em informações que só podem ser fornecidas por um dos coautores ou partícipes do fato delituoso; o acusado, por sua vez, deseja ser beneficiado com um dos diversos prêmios legais previstos em lei. Por consequência, antes da homologação do acordo pela autoridade judiciária competente, é perfeitamente possível que as partes resolvam se retratar da proposta, nos termos do art. 4°, § 10, da Lei n° 12.850/13, hipótese em que as provas auto incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Já Gonçalves (2016, p. 657) destaca que uma importante inovação da Lei dos Crimes Organizados é exatamente a vinculação do acordo de colaboração premiada aos seus termos, enfatizando que se assim não fosse a insegurança restaria instaurada:

> [...] estaríamos na mesma situação anterior à atual regulamentação, em que a colaboração era vista como uma mera causa de diminuição de pena, em que o acusado colaborava, mas não tinha nenhuma garantia de que aquilo que lhe era prometido na negociação seria cumprido.
> Na sistemática atual, é certo que o colaborador poderá se retratar, como deixa expresso o § 10 do art. 4º, com a ressalva de que, em tal caso, "as provas auto incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor". Em virtude dessa proibição de prova, não poderá o acusado, igualmente, beneficiar-se da atenuante da confissão.

Já o § 11 determina que a "sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia" (BRASIL, 2013).

O § 12 traz importante determinação, que assegura as partes ou a autoridade judicial o direito de ouvir o colaborador em juízo, ainda que este tenha sido beneficiado por perdão judicial ou mesmo não denunciado pelo Ministério Público (BRASIL, 2013).

O § 13, do art. 4º, do diploma legal em comento, por sua vez, trata da forma como deve ser registrada a colaboração premiada:

> [...] § 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar,

> inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações (BRASIL, 2013).

Decerto, o registo de todos os atos de colaboração é medida voltada a dar maior fidelidade às informações do colaborador, "[...] evitando-se a perda decorrente da redução a termo das declarações em virtude da interposição de uma pessoa que interpreta o conteúdo do que foi dito" (GONÇALVES, 2016, p. 662).

Sabendo que o direito ao silêncio é constitucionalmente assegurado a qualquer acusado, o legislador tratou no § 14, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013 da necessidade de o colaborador renunciar a este direito, a saber: "nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade" (BRASIL, 2013).

Acerca do direito ao silêncio, Lima (2015, p. 527) preleciona:

> A colaboração premiada é plenamente compatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo). É fato que os benefícios legais oferecidos ao colaborador servem como estímulo para sua colaboração, que comporta, invariavelmente, a autoincriminação. Porém, desde que não haja nenhuma espécie de coação para obrigá-lo a cooperar, com prévia advertência quanto ao direito ao silêncio (CF, art. 5°, LXIII), não há violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Afinal, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se colabora (ou não) com os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal.

Também é assegurado ao colaborador, em todas as fases da colaboração premiada, a assistência jurídica, nos termos do § 15 do dispositivo em comento: "em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor" (BRASIL, 2013).

Sobre a assistência de advogado Gonçalves (2016, p. 662) observa:

> Concretizando a garantia constitucional da ampla defesa, deverá o colaborador estar assistido por defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração (art. 4º, § 15), a fim de que tenha ele assistência técnica qualificada a respeito das vantagens e ônus decorrentes da colaboração. A necessidade da presença de defensor é reforçada expressamente: a) no § 6º do art. 4º, que exige a presença do defensor durante a negociação; b) no § 14 do art. 4º, que trata da renúncia do direito ao silêncio; c) nos incisos III e IV do art. 6º, que exigem a expressa concordância e a assinatura do defensor nos termos de acordo de colaboração.

Por último, mas de grande importância, o § 16, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013 dispõe que a sentença penal condenatória não poderá se fundar apenas nas declarações do colaborador: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (BRASIL, 2013).

O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, se posicionou nesse sentido, nos autos do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 121430 / BA – BAHIA, assim ementado:

> INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – LEI PRÓPRIA. O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal tutela o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo o afastamento, para fins de investigação criminal e de instrução processual penal, por meio de lei própria, advinda em 1996 – Lei nº 9.296. Captação anterior pelo Estado, ainda que com a anuência de um dos interlocutores, na modalidade escuta, mostra-se ilícita. DELAÇÃO – RAZÃO DA CONDENAÇÃO – INSUFICIÊNCIA. A delação do corréu, por si só, não respalda a condenação, especialmente quando não confirmada em Juízo (BRASIL, 2016a). (grifei)

O § 16, do art. 4º trata do valor probatório da colaboração premiada, sobre o qual preleciona Lima (2015, p. 545):

> Com o fito de prevenir delações falsas, deve o magistrado ter extrema cautela no momento da valoração da colaboração premiada, devendo se perquirir acerca da personalidade do colaborador, das relações precedentes entre ele e o (s) acusado (s) delatado (s), dos móveis da colaboração, da verossimilhança das alegações e do seu contexto circunstancial. Como se sabe, é cada vez mais comum que haja disputas internas pela gerência de organizações criminosas, o que pode, de certa forma, servir como móvel para a delação de antigos parceiros, ou até mesmo de pessoas inocentes. Tais situações espúrias, denominadas pela doutrina estrangeira de móveis turvos ou inconfessáveis da delação, devem ser devidamente valoradas pelo magistrado, de modo a se evitar que a delação seja utilizada para deturpar a realidade.

Desta feita, não pode o magistrado, repita-se, fundamentar a sua sentença penal condenatória tão somente na colaboração premiada.

No art. 5º, da Lei nº 12.850/2013 o legislador traz os direitos assegurados ao colaborador, nos seguintes termos:

> Art. 5º São direitos do colaborador:
> I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
> II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
> III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
> IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

> V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
> VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados (BRASIL, 2013).

Ao analisar os direitos do colaborador, Gonçalves (2016, p. 659) destaca:

> As medidas de proteção previstas em lei específica incluem aquelas arroladas no art. 7º da Lei n. 9.807/99, com fundamento no § 2º do art. 15 daquele diploma legal, embora refira, equivocadamente, o art. 8º.
> A previsão de medidas de proteção do réu colaborador, bem como de seus familiares, além da redução de pena ou perdão judicial, à semelhança daquelas previstas para as testemunhas, leva em conta o fato de que o risco para o réu é até maior que aquele previsto para testemunhas, ante a possibilidade, nada desprezível, de que ocorra uma tentativa de vingança contra o colaborador.

Lima (2015, p. 547) enfatiza que de nada adiantaria ao Estado, na obtenção de informações privilegiadas relativas às organizações criminosas, não oferecer ao colaborador direitos capazes de "[...] diminuir os riscos inerentes à traição por ele praticada. Daí a importância da análise do art. 5º da Lei nº 12.850/13, que outorga diversos direitos ao colaborador";

Em que pese o legislador ter tratado expressamente dos direitos do colaborador, decerto este também possui deveres, como se extrai do § 14, do art. 4º, que implica no dever de dizer a verdade e está intrinsecamente relacionado ao dever correlato de constância nas informações prestadas, "[...] no sentido de que a modificação no teor de suas informações ou a retratação implicarão a perda da condição de colaborador e, em consequência, dos benefícios assegurados pelo acordo" (GONÇALVES, 2016, p. 659).

No que tange a forma do termo de acordo da colaboração premiada, dispõe o legislador, no art. 6º, da Lei nº 12.850/2013:

> Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:
> I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
> II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
> III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
> IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
> V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário (BRASIL, 2013).

Lima (2015, p. 551) chama a atenção para a importância do dispositivo supracitado, pois até bem pouco tempo inexistia, no direito pátrio, qualquer norma que cuidasse especificamente do acordo de colaboração premiada.

Também cuidou o legislador da distribuição e formalização da colaboração premiada no que tange a sua homologação, como se extrai do art. 7º da Lei nº 12.850/2013, a saber:

> Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.
> § 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.
> § 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.
> § 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º (BRASIL, 2013).

Gonçalves (2016, p. 663) esclarece que nada obsta que a negociação e o depoimento do colaborador se deem de forma sigilosa, ou seja, sem conhecimento ou participação dos corréus e seus defensores, pois só assim se assegurará maior efetividade, o que se estende para a distribuição do procedimento, "[...] que não conterá, na atuação, informações que possam identificar o colaborador ou seu objeto, conforme expressa determinação do *caput* do art. 7º".

Porém, quando recebida a denúncia e instaurado, por conseguinte, o processo criminal, deve-se observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, inclusive com a impugnação e direito à prova, como bem lembra Lima (2015, p. 562):

> Em outras palavras, o contraditório será exercido posteriormente (contraditório diferido), ou seja, quando concluídas as diligências decorrentes da colaboração premiada, ao investigado e a seu defensor deve ser franqueado o acesso ao conteúdo do acordo, resguardada a proteção dos direitos do colaborador listados no art. 5° da Lei n° 12.850/13, a fim de que possam impugnar a prova produzida, exercendo o direito à ampla defesa.
> Destarte, por força do art. 7°, § 3°, da Lei n° 12.850/13, a partir do momento em que a fase judicial da persecução penal tiver início, dar-se-á ampla publicidade ao acordo de colaboração premiada, desde que preservado o sigilo das informações constantes do art. 5°, que constituem direitos do colaborador.

A discussão acerca da necessidade de se assegurar o contraditório e a ampla defesa foram destacados pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* nº HC

127483 / PR – PARANÁ, quando os corréus buscaram afastar o acordo de colaboração homologado, confrontando as declarações do colaborador e questionando, por conseguinte, a validade do acordo de colaboração premiada, senão vejamos:

> Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. [...] 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. [...] 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor (BRASIL, 2016c).

Da análise dos dispositivos supracitados se extraem algumas peculiaridades da colaboração premiada e em resumo, temos as seguintes características:

O seu objetivo, em apertada síntese, é a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização; localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

Gonçalves (2016, p. 655) chama a atenção para a necessidade de se observar os resultados ou objetivos almejados no art. 4º com os requisitos previstos no mesmo dispositivo. E complementa:

> A lei exige a efetividade da colaboração, consubstanciada na obtenção de um ou mais dos resultados enumerados no art. 4º.

> Para além de tais requisitos, o reconhecimento do benefício requer:
> a) confissão do agente e participação no delito ou delitos objeto da colaboração;
> b) efetividade da colaboração (LOC, art. 4º, § 1º), com o fornecimento de informações concretas, desconhecidas até então;
> c) exame da personalidade do colaborador (LOC, art. 4º, § 1º);
> d) natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso (LOC, art. 4º, § 1º);
> e) constância, não se beneficiando o réu que vem a se retratar (LOC, art. 4º, § 10);
> f) a existência de elementos de confirmação, consubstanciados em outras provas (LOC, art. 4º, § 16), que poderão decorrer da própria revelação, como a apreensão de bens, a libertação da vítima ou a prisão de coautores (GONÇALVES, 2016, p. 655-656).

Ainda de acordo com Gonçalves (2016, p. 656), na Lei nº 12.850/2013 exige que o colaborador confesse, pois "[...] aquele que se limita a imputar a responsabilidade a terceiros, sem confessar a sua própria, não é considerado colaborador, mas informante ou testemunha", assim como exige a efetividade da colaboração, ou seja, "[...] que se trate de informações relevantes, que venham a contribuir de fato com a investigação".

Poderá ser requerida, como já dito, tanto pelo delegado de polícia, na fase de inquérito policial, como pelo Ministério Público, a qualquer tempo.

Os benefícios legais que podem ser concedidos ao colaborador são: concessão do perdão judicial; redução em até dois terços da pena privativa de liberdade; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; estipulação de regime inicial de cumprimento da pena no aberto ou semiaberto; não oferecimento da denuncia pelo Ministério Público.

A formalização do acordo, por sua vez, clama a forma escrita, assinado pelo delegado de polícia, o investigado e seu advogado, e parecer do Ministério Público, ou, o mesmo acordo assinado pelo Ministério Público e pelo investigado e seu advogado.

Em ambos os casos, sujeito a homologação judicial para ser válido. Não obstante, a partir da assinatura do acordo, o colaborador poderá ser ouvido quando necessário, seja pelo delegado, seja pelo membro do *parquet*. Poderá haver retratação, quando então as provas produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Aconselha-se que a colaboração seja gravada, ou seja, a oitiva seja acompanhada de registro audiovisual, para garantir sua espontaneidade e fidelidade. Há necessidade de renúncia ao direito ao silêncio e a não autoincriminação, bem como a tomada de compromisso de dizer a verdade do colaborador. É obrigatória a representação do colaborador por advogado.

Ainda, têm-se os direitos do colaborador expressos em lei, quais sejam: usufruir das medidas de proteção da Lei 9.807/1999; ter nome, dados e imagem preservados; não ter contato visual com demais réus nas audiências; não ter identidade revelada por meios de comunicação, exceto se autorizar; cumprir pena em local diverso dos coautores por ele delatados.

Ao analisar a Lei nº 12.850/2013, no que se refere especificamente ao procedimento para a efetivação da colaboração premiada, Mendonça (2013, p. 07-11) vislumbra três requisitos para a sua validade e eficácia, quais sejam, a voluntariedade da colaboração prestada, sua eficácia para atingir um ou mais dos objetivos legais, e as circunstâncias subjetivas e objetivas favoráveis.

A voluntariedade garante que as informações não sejam prestadas mediante coação, ameaça ou qualquer tipo de violação de direitos e garantias fundamentais do colaborador; é garantida pela necessidade de assistência jurídica ao colaborador, pela adoção de termo de acordo escrito, podendo ainda ser utilizados meios modernos de gravação eletrônica, bem como pela homologação judicial, através do qual poderá o juiz exercer controle sobre o cumprimento dos requisitos legais, objetivos e subjetivos.

A eficácia decorre do atingimento, pelas informações prestadas pelo colaborador, de um ou mais dos objetivos previstos nos incisos I a V, do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, acima transcritos.

Assim, o benefício concedido ao colaborador será melhor quanto maior for o atingimento dos objetivos legais, uma vez que a colaboração poderá, inclusive, referir-se a fatos ilícitos que fogem ao escopo do processo no qual as informações são prestadas, dado que é permitida a colaboração na fase de execução da pena.

Ao tratar das circunstâncias objetivas e subjetivas favoráveis, como terceiro e último requisito para a premiação do agente colaborador, o representante do Estado que recebe as informações do colaborador, seja o delegado de polícia, seja o membro do Ministério Público, deve aquilatar a eficácia das informações prestadas no conjunto probatório, bem como avaliar se o colaborador está revelando realmente tudo o que sabe, sob pena de não se aceitar o acordo.

Percebe-se, portanto, que a Lei dos Crimes Organizados objetivando acabar com as discussões à respeito da aplicabilidade do instituto da colaboração premiada, trouxe a previsão inovadora do procedimento e demais formalidades a serem observadas para a efetivação do instituto.

No capítulo seguinte, busca-se apresentar as contribuições do instituto e sua importância para a elucidação dos delitos praticados por organizações criminosas.

4 A IMPORTÂNCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA PARA A ELUCIDAÇÃO DOS CRIMES PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A Lei dos Crimes Organizados inovou sobremaneira na disciplina da colaboração premiada, principalmente porque o legislador atribuiu maior importância ao instituto, uma vez que, com o "[...] incremento da criminalidade organizada, que ganhou novos contornos e passou a se manifestar de forma concatenada e estruturada" (LIMA, 2015, p. 507), se fez necessária a adoção de medidas eficazes para o seu combate.

Não obstante os resultados satisfatórios decorrentes da utilização da colaboração premiada, em qualquer das suas modalidades, em especial a tão difundida delação que ganhou evidencia nos últimos anos, a colaboração premiada é alvo de críticas, sendo oportuno destacar, ainda que brevemente, os aspectos morais e éticos do instituto, como se passa a expor.

4.1 ASPECTOS MORAIS E ÉTICOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA: VANTAGENS E DESVANTAGENS DA SUA UTILIZAÇÃO

O instituto não está imune a críticas da doutrina e dos operadores do direito, notadamente quanto aos aspectos éticos que o envolvem, como se extrai dos ensinamentos de Souza (2008, p. 41):

> Se de um lado é possível afirmar, de forma pragmática, que aquilo que importa são os resultados possíveis de serem alcançados com o uso do instituto e, assim, justificar a sua prática, de outro, seria possível enxerga-lo como uma contradição do sistema normativo, posto que o Direito se pauta pela dignidade da ação humana e deve afastar valores negativos como a traição. Como espectadora desse acordo, está a sociedade, que também tem seus próprios interesses, tais como a paz no convívio entre seus integrantes e a confiança entre seus pares.

Prossegue o autor afirmando que a colaboração premiada é, de fato, um ato de traição, de quebra de confiança, e que, sob os pontos de vista moral e ético, é vista como negativa, por quebrar a harmonia social, principalmente se considerar que em meio a sociedade o homem precisa ter credibilidade para a convivência social. (SOUZA, 2008, p. 42).

Por outro lado, Souza (2008, p. 42) alerta que não se trata de ato praticado por sujeitos que se encontram em um meio social ético, mas em um meio marginal, "[...] onde as regras são outras, onde o crime é válido e é a prática desses atores, sendo relevante consignar que o crime em si pode ser um valor ainda mais negativo que a própria traição".

Nesse sentido, o autor enfatiza que cabe ao Estado a promoção e manutenção da ordem pública, podendo valer-se de todas as ferramentas investigativas e repressivas previstas em lei, inclusive a colaboração premiada. O crime alcançou uma complexidade e descontrole na sociedade que "[...] nada mais justo, moral e ético, o fato do Estado atender aos anseios da sociedade e buscar a paz e ordem públicas, com a utilização de meios céleres, econômicos e, sobretudo, eficazes no combate à criminalidade" (SOUZA, 2008, p. 46).

Para Thums e Pacheco (2008, p. 223-225), a adoção da colaboração premiada revela a adoção pelo Estado de um mecanismo utilitarista, no qual o fim visado, que é o combate à criminalidade de grande vulto, justifica a ultrapassagem de limites éticos, valorizando-se a "traição" do delator como meio eficaz de se alcançar os objetivos legais (que podem ser a localização do produto do crime, o desvendamento da cadeia criminosa com seus participantes, modo de agir, identificação das práticas delitivas, e outros).

Aos autores contrários a aplicação do instituto, parece uma criação legislativa por demais pragmática, em que não se analisou os aspectos morais e até mesmo igualando os representantes do Estado nela envolvidos aos colaboradores, pelo fato de assinarem um acordo com cláusulas a serem cumpridas por cada parte (THUMS; PACHECO, 2008, p. 227).

Também Penteado (2006, p. 720) tece fortes críticas ao instituto caso não se siga um procedimento ético e de respeito à dignidade da pessoa humana, alertando que:

> [...] primando pela ética que é a antítese do utilitarismo e, portanto, não se flexibiliza a ponto de, para combater o crime organizado, deformar a sociedade, configurando-se como uma simples reunião de perversos que, estimulando a delação para o combate ao delito num primeiro momento, desvirtuam-se para a cultura em que os fins justificam os meios, e ao fim e ao cabo, até se pode reduzir algum tipo de associação criminosa, ao custo de um aglomeramento social de amorais. O animal social se realiza na comunidade e se desintegraria nesses agrupamentos desconformes à natureza das coisas.

Beccaria (2013, p. 50) já alertava para os inconvenientes e riscos da colaboração, por difundir a covardia e a traição, além de revelar uma fraqueza do Estado, que se socorre do próprio criminoso para cumprir a sua função. Ao mesmo tempo, reconhecia o caráter de prevenção geral de uma lei que, se aplicada a todos os casos em que um cúmplice decidisse revelar um crime e seus coautores, seria capaz de inspirar o temor aos criminosos antes mesmo de se associarem, diante do risco de responderem sozinhos pelo crime, eis que o agente que acaso optasse por delatar os demais se beneficiaria com a impunidade. Contudo, Beccaria recomendava que os magistrados fossem fiéis aos benefícios legais concedidos aos delatores, pois do contrário, a lei penal perderia sua função de prevenção

geral do delito e cairia em descrédito, restando somente a ofensa aos costumes e à moral pública decorrentes da legitimação da traição.

Lima e Carvalho (2009, p. 123-138) advertem para o possível reconhecimento da falência do sistema de persecução penal, a exigir a tolerância da traição como elemento do processo penal, com possível violação ao princípio da presunção de inocência em relação ao corréu delatado, e do princípio da isonomia em relação ao réu que confessa o delito, tratado de maneira desfavorável em relação àquele que confessa e delata terceiros. Para o confitente praticamente não haveria benefício penal, enquanto para o delator a legislação atribuiria um leque de vantagens.

Vale (2012, p. 90-101) também tece severas críticas aos movimentos de recrudescimento da aplicação do Direito Penal como instrumento primeiro de controle estatal, tais como o Movimento Lei e Ordem, o Direito Penal Máximo e o etiquetamento, e enxerga a proliferação dos mecanismos de colaboração premiada como fruto de tais movimentos.

Trott (2007, p. 74), buscando demonstrar as desvantagens da colaboração premiada cita uma série de histórias reais publicadas na imprensa norte-americana em 1991, sobre o uso de criminosos como testemunhas e os sérios problemas criados pelo seu mau uso:

> [...] Criminosos privilegiados – mentir, fraudar e roubar para os Estados Unidos da América – infestam as Cortes do mundo. A acusação os denomina de CIs ou informantes confidenciais e eles constituem uma indústria em expansão que se desenvolve em segredo e sem quase nenhum controle público. Alguns ficam ricos. Alguns corrompem policiais. Alguns fabricam depoimentos. Alguns armam armadilhas para pessoas inocentes. Alguns se livram – se não de homicídio – de assalto, roubo e tráfico de cocaína [...] (TROTT, 2007, p. 74).

Não obstante, o próprio Trott (2007, p. 74) reconhece a importância do uso de réus colaboradores como testemunhas, também citando a Suprema Corte dos Estados Unidos: “[...] a sociedade não pode dar-se ao luxo de jogar fora a prova produzida pelos decaídos, ciumentos e dissidentes daqueles que vivem da violação da lei”.

Trott (2007, p. 74) ainda afirma que “[...] frequentemente, as únicas pessoas que se qualificam como testemunhas para crimes sérios são os próprios criminosos [...]”, o que dificulta atingir o núcleo de organizações criminosas e terroristas. Aponta como exemplo do bom uso de réus colaboradores, os processos criminais contra envolvidos no primeiro caso de bomba contra o World Trade Center e o atentado ao prédio federal em Oklahoma, entre muitos outros.

Seguindo esse raciocínio, porém, visando evitar a aplicação desregrada do instituto, Trott (2007, p. 74) defende que o benefício dado ao colaborador deve ser aquele estritamente necessário para a obtenção da prova ou informação pretendida. Nada além, sob pena de desmoralização do sistema jurídico criminal. A acusação ou os investigadores não podem, além disso, jamais abrir mão de princípios éticos para a obtenção da prova, como por exemplo, manter contato com o colaborador que possui advogado constituído sem a presença desse. E o mais importante: corroborar as declarações do delator com provas documentais e testemunhais dos fatos narrados, bem como a confirmação de todas as acusações feitas por ocasião do acordo.

Há operadores do direito no Brasil que defendem o instituto de maneira incisiva, calcado no livre arbítrio de que é possuidor a figura do colaborador.

Falcão Junior (2011, p. 09-10), membro do Ministério Público Federal, o faz nos seguintes termos:

> [...] Ao delator não pode ser impingida a violência para que fale, se auto-incrimine ou vista outras afrontas ao núcleo garantista do processo; condutas que o transformariam em simples objeto, *homo sacer* submetido ao uso soberano da violência. Contudo, não se pode impedir que fale, que pondere como ser humano livre, e, independente dos seus motivos pessoais (egoísticos ou não), decida se deve colaborar com a reconstrução dos fatos dentro do processo. O Direito, sendo natural técnica biopolítica de dominação, numa democracia, não pode tutelar a incapacidade do ser humano em decidir, mormente quando estão em jogo valores sociais caros à coletividade. Por último, é uma meia verdade dizer que, ao defender a delação, o Estado assume a sua incapacidade de investigar, pois a administração persecutória detém o monopólio da força. [...] destarte, se a lei franqueia um instituto que visa a tornar mais efetiva a garantia de proteção dos bens penais, a saída possível é utilizar a colaboração processual da forma mais eficaz, conforme as ligações legais de direitos, deveres e ônus processuais, exercidos consoante o núcleo garantista libertário do indivíduo.

Ainda segundo Falcão Júnior (2011, p. 18), a colaboração premiada subsiste ao livre arbítrio do homem, que mantem a sua autonomia, inclusive, quando resolve auxiliar a justiça na defesa de bens jurídicos. E está implícito nessa autonomia que se respeite o agente colaborador, sem sequer questionar, o porquê da sua decisão de colaborar com a justiça.

Analisando a Lei dos Crimes Organizados, Mendonça (2013, p. 01-02) afirma que no crime organizado impera a lei do silêncio, com funestas consequências de sua violação para eventuais testemunhas de crimes praticados nesse meio. Nesse cenário, a adoção de métodos especiais de investigação, entre eles a colaboração premiada, desde que respeitadas as garantias para o colaborador e corréus chamados, pode representar a diferença entre o sucesso ou insucesso da persecução penal.

Na mesma senda é a lição de Pereira (2014, p. 173), para quem não há o que se falar em violação aos princípios de garantia do acusado ou mesmo às regras processuais sobre aferição de prova, não se justificando, assim, as críticas à adoção da colaboração premiada para o desmantelamento das organizações criminosas.

Da mesma forma, na decisão que homologou o termo de acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef (Petição n. 5244), o Ministro Teori Zavascki ao analisar a constitucionalidade da colaboração premiada, declara que a essa fora reconhecida pelo Supremo, antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 12850/2013, quando da análise do HC 90688. Segue o trecho em referencia:

> A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta Corte (HC 90688, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01 PP-00263 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 389-414) desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial, que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade. (BRASIL, 2014)

O Juiz Federal Sérgio Moro (2004, p. 56-61), cerca de dez anos antes de ser o responsável pelos processos da "Operação Lava Jato", fez uma análise da chamada Operação *Mani Pulite* (ou Mãos Limpas), deflagrada na Itália na década de 1990, e que visou ao combate do crime organizado infiltrado na Administração Pública, notadamente práticas de corrupção e superfaturamento em obras e contratos públicos. E verificou que as autoridades investigativas e julgadoras na Itália se valeram de confissões no âmbito da colaboração premiada para alcançar altas esferas do poder público. Ainda cita estratégia adotada na Itália mencionada por Porta Donatella e Alberto Vannuci (1999, p. 266-269), que pressionava os investigados a tomar a decisão de confessar ao espalhar notícia de que os outros envolvidos já o teriam feito.

Por isso defende que, assim como teria sido feito na Itália, devem as autoridades que atuam em processos dessa natureza, uma vez decretada a prisão cautelar, observados os requisitos legais, aproveitar a ocasião para instar o réu ou indiciado a colaborar com a Justiça; nesse momento estariam sob pressão, e mais dispostos a colaborar, além de, estando em locais diversos, não teriam os suspeitos como saber quem estava ou não colaborando com a Justiça, gerando um clima de insegurança que propiciaria novas confissões, sempre com vistas a obter benefícios, inclusive aquele de responder ao processo em liberdade.

Sobre esse método, Sergio Moro esclarece, no entanto, que a prisão cautelar não ocorre objetivando a confissão do preso. Independente das circunstancias relativas à investigação, o encarceramento do investigado ou acusado, somente é decretado quando se verificam os pressupostos ensejadores da prisão cautelar. E continua:

> *Caso isso ocorra,* **não há qualquer óbice moral em tentar-se obter do investigado ou do acusado uma confissão ou delação premiada, evidentemente sem a utilização de qualquer método interrogatório repudiado pelo Direito**. *O próprio isolamento do investigado faz-se apenas na medida em que permitido pela lei. O interrogatório em separado, por sua vez, é técnica de investigação que encontra amparo inclusive na legislação pátria (art. 189, Código de Processo Penal) (*MORO, 2004, p. 58).

Deltan Dallagnol, Membro do Ministério Público Federal e Coordenador da força tarefa da Lava Jato, em artigo publicado no site Uol, também contesta os ataques ao instituto da colaboração premiada, os quais afirmavam que as prisões eram decretadas para forçar o preso a colaborar com a justiça. Argumenta:

> É visível que não há relação de causa e efeito entre prisão e colaboração na Lava Jato porque a suposta "causa", a prisão, não estava presente em mais de 70% das colaborações, que foram feitas com réus soltos. A vinculação entre prisões e colaborações, feita por críticos, também é falaciosa porque há inúmeros casos no Brasil com prisões preventivas mantidas por meses, sem que os réus tenham decidido colaborar, inclusive na Lava Jato. Prisões, definitivamente, não causam colaborações - a prisão não é condição nem necessária nem suficiente para a colaboração. (DALLAGNOL, 2015).

Dallagnol, ainda esclarece:

> O propósito real das prisões é simples: proteger a sociedade de mais corrupção. As prisões foram e são feitas em razão do imenso risco que a liberdade dos réus da Lava Jato, criminosos profissionais que surrupiaram bilhões repetidamente por mais de década, representa para a sociedade. A posição dos réus, sua influência, seu conhecimento dos meandros e meios da corrupção, bem como a prática continuada e destemida dos crimes mesmo após deflagradas inúmeras fases da Lava Jato não deixam outra opção senão sua segregação. (DALLAGNOL, 2015).

Frequentemente ainda se levanta outro óbice em relação à colaboração premiada, qual seja a confiabilidade questionável. O investigado ou acusado ao ser sentir-se pressionado, devido a situação, poderia mentir a respeito do envolvimento de terceiros em crime para livrar-se.

A esse respeito, Sergio Moro também refuta:

> *Um investigado ou acusado submetido a uma situação de pressão poderia, para livrar-se dela, mentir a respeito do envolvimento de terceiros em crime. Entretanto, cabível aqui não é a condenação do uso da delação premiada, mas sim tomar-se o devido cuidado para se obter a confirmação dos fatos por ela revelados por meio de fontes independentes de prova.*

Além disso, não há como tal situação trazer prejuízos às investigações ou ao processo, pois, não bastasse todas as informações prestadas pelo colaborador serem confirmadas por meio de fontes independentes de prova, as revelações feitas servirão apenas como norte, basicamente apontarão quem são os demais participantes e os crimes por eles praticados, de forma que ao investigar esses delatados a polícia consiga reunir provas concretas de toda a estrutura organizacional e seus crimes.

Acerca da confiabilidade do colaborador, o Ministro Dias Toffoli em seu voto nos autos do HC n.127483/PR, assim esclarece:

> (...) é equivocado supor-se que a personalidade favorável do agente constitua requisito de validade do acordo de colaboração. (...) a "confiança" no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. (...) a confiança não se extrai, previamente, da personalidade, das características pessoais ou dos antecedentes do delator; ela é construída objetivamente a partir da fidedignidade das informações por ele prestadas, dos elementos de prova que concretamente vierem a corroborá-las e de sua efetividade para as investigações.

Em favor da aplicação do instituto, também argumentam os seus defensores que no mundo dos criminosos, não haveria que se falar em ética, pois os seus atos violam um bem jurídico maior e por isso, protegido pelo Estado. A dita "traição" nesses casos é vista com bons propósitos e não haverá de ser condenada pela sociedade.

Com relação a proporcionalidade da pena, também é vista como adequada, uma vez que a pena é aplicada individualmente, considerando a culpabilidade de cada um. E aquele que colabora com as investigações revelando os crimes praticados e os demais autores, apresenta conduta valorizável e, portanto, de menor culpabilidade.

Assim, também defende Guilherme de Souza Nucci:

> b) não há lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber penas mais severas. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave;

Ademais, o benefício advindo da colaboração premiada também tem a finalidade de regenerar o delator, incentivando-o com o prêmio a arrepender-se e a promover a justiça em favor da sociedade.

Sobre o arrependimento do investigado ou acusado, Nucci (2015, p. 38) defende que "o arrependimento pode surgir, dando margem à confissão espontânea e, consequentemente, à delação.". Nesses casos, não se deve priorizar a pena, ao contrário, o colaborador deveria se premiado, pois "a regeneração do ser humano torna-se elemento fundamental, antes mesmo de se pensar no *castigo* merecido pela prática da infração penal.". Por outro lado, as delações inverídicas e demais atos por vingança, devem ser severamente punidos e extirpados.

Nesse contexto, cabe destacar o caso emblemático da "Operação Lava Jato" e o acordo de delação premiada do doleiro Alberto Youssef, amplamente divulgado pelos meios de comunicação.

Segundo a decisão de homologação do acordo com Alberto Youssef, em março de 2014 foi deflagrada a primeira fase de "Operação Lava Jato", com a finalidade de apurar a atuação de organizações criminosas responsáveis pela operação de estruturas paralelas ao mercado de câmbio e lavagem de dinheiro, abrangendo um grupo de doleiros com âmbito de atuação nacional e transnacional (BRASIL, 2014).

Em decorrência da operação deflagrada, mais de duzentos e cinquenta procedimentos investigatórios no qual um dos investigados e acusados é o doleiro Alberto Youssef foram instaurados, enaltecendo, assim, a utilização da colaboração premiada como instituto essencial para deflagração da operação.

E, então, o Ministro Relator Teori Zavaski reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para a homologação do acordo dos suspeitos com foro privilegiado, como também verificou estarem presentes os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade.

Foi feita apenas uma ressalva quanto a uma cláusula que foi interpretada como renúncia ao direito fundamental de acesso à justiça, como elucidou o Ministro:

> [...] Não há, na ressalva, nada que possa franquear ao colaborador descumprimento do acordado sem sujeitar-se às perdas dos benefícios nele previstos. O contrário, porém, não é verdadeiro: as cláusulas do acordo não podem servir como renúncia, prévia e definitiva, ao pleno exercício de direitos fundamentais (BRASIL, 2014).

Ao final, foi o termo de colaboração premiada homologado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em que pese as críticas à utilização do instituto, não se pode ignorar que, na atualidade, a colaboração premiada vem contribuindo para o desmantelamento de organizações criminosas. Não obstante, como já defendia Beccaria (2013, p. 50), os magistrados devem ficar atentos aos benefícios aplicados aos delatores, para que a lei penal não perca sua função preventiva e caia em descrédito.

Nesse sentido é o entendimento de Nucci (2010, p. 778), que embora não deixe de considerar um aspecto negativo da delação, conclui apontando o instituto como a melhor forma de promover resultados favoráveis no combate ao crime organizado, vejamos:

> É o dedurismo oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade.

Márcio Augusto Friggi de Carvalho, de forma bem objetiva refere-se ao instituto:

> Destaque-se que a ferramenta em apreço, em investigações de vulto, revelou-se importante e eficiente instrumento de combate à criminalidade organizada, em especial no que concerne aos delitos de colarinho branco e aos crimes de mando de homicídio, amparando, em conjunto com outros elementos de convicção, ações penais consistentes e condenações de membros de organizações criminosas de maior complexidade. (...)

Além disso, o colaborador que admite a prática de um crime e revela os demais participantes, mesmo que motivado por interesses próprios, auxilia a Justiça com a efetiva aplicação das leis. E se estas leis forem democráticas e justas, não se pode criticar moralmente o instituto; nesse caso é o silêncio que deve ser condenado (MORO, 2004, p. 58).

Seguindo esse raciocínio, vale mencionar que os defensores da aplicação da colaboração premiada não visualizam a possibilidade de se desprezar o instituto com base em juízo de valores, pois é variável. Por outro lado, o combate à criminalidade é necessário e de indiscutível relevância perante a sociedade. Desta forma, os meios disponíveis e legais, como a colaboração premiada, que contribuem para a produção de provas, a celeridade e a resolução do processo, são sempre bem aceitos. Os proveitos decorrentes da utilização do instituto para a apuração dos crimes cometidos pelos grupos criminosos são consideravelmente maiores do que circunstanciais prejuízos de ordem moral.

Assim, considerando que o instituto da colaboração premiada tem se mostrado de fundamental importância para o combate ao crime organizado, especialmente no tocante aos delitos de colarinho branco e outros de maior complexidade praticados por membros de

organizações criminosas, é possível concluir, nesse momento histórico, que os aspectos desfavoráveis acabam sendo suprimidos ante os benefícios advindos da sua aplicação para a sociedade.

4.2 COLABORAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

A crescente onda de violência na atualidade, em especial o fenômeno da criminalidade organizada, preocupa a humanidade, e o Estado, não raras vezes, demonstra a sua incapacidade em lidar com essas instituições, seja pelo despreparo das polícias, seja pela sensação de impunidade que o sistema estatal de combate ao crime transmite ao não conseguir solucionar e punir eficazmente os membros das organizações criminosas.

Certo é que o tema é polêmico, porém não se vislumbram soluções imediatas de prevenção. O crime organizado no Brasil cresce de forma exponencial preocupando a todos os setores da sociedade, restando-nos apenas apoiar as medidas paliativas de repressão como a aplicação do instituto da colaboração premiada.

Neste cenário a colaboração premiada mostra-se de grande importância, inclusive reconhecida expressamente pelo legislador, já que auxilia na busca da verdade e consequente desmantelamento das organizações criminosas, o que não seria possível sem o auxilio de alguém efetivamente envolvido nas práticas criminosas.

Sobre a importância da colaboração premiada, Gonçalves (2016, p. 651) destaca:

> A LOC, ao regulamentar o acordo de colaboração premiada (arts. 4º, §§ 6º a 15, e 7º), empresta ao instituto da colaboração premiada, de forma clara, o caráter de conformidade no processo penal ou justiça negociada, sempre que o acordo envolver a colaboração, e a superação da visão do instituto como uma mera causa de diminuição de pena, a ser reconhecida pelo juiz, por ocasião da sentença, tenha ou não havido um acordo formal entre acusação e defesa.
> Sua importância no âmbito do crime organizado decorre da natural tentativa de manter em segredo os crimes cometidos pela organização, sendo extremamente difícil determinar em que contexto ocorreram sem a colaboração de alguém interno à instituição. Permite, ainda, obviar a dificuldade da Justiça Penal em recair sempre sobre os peixes pequenos ou soldados da organização, encarregados do serviço sujo, como os transportadores de droga, enquanto os mandantes restam protegidos pelo manto da organização lícita ou com aparência de lícita.

Nesse cenário é mister ressaltar que a colaboração premiada não se restringe à “Operação Lava Jato”, no entanto, esta deu grande visibilidade ao instituto e ganhou (e porque não dizer ainda ganha) especial atenção da sociedade e também dos estudiosos do Direito, já que os meios de comunicação vêm divulgando reiteradamente os seus resultados que, na maioria das vezes, são consequências de acordos de colaboração premiada.

A “Operação Lava Jato”, já citada rapidamente no tópico anterior, é considerada a maior investigação sobre corrupção até hoje conduzida no Brasil. Teve início com a investigação de doleiros que atuavam em vários Estados e que revelou a existência de um esquema de corrupção na Petrobrás, envolvendo políticos e empreiteiras.

Para entender um pouco da “Operação Lava Jato”, segue um breve histórico, conforme informações disponíveis no site do Ministério Público Federal – MPF (disponível em: http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html), que tratam especificamente sobre a operação: a investigação teve início no Estado do Paraná, no ano de 2009, quando as autoridades iniciaram as investigações sobre uma rede de doleiros ligada a Alberto Youssef, que teria movimentado bilhões de reais por meio de empresas de fachada, contas em paraísos fiscais, dentre outros artifícios.

Alberto Youssef já havia sido investigado e processado anteriormente por envolvimento em lavagem de dinheiro, a partir de contas no antigo banco Banestado, do Paraná. E, no curso da “Lava Jato”, descobriu-se a relação de Alberto Youssef com Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras (2004-2012), fornecedores estatais, dentre eles grandes empreiteiras do país.

Assim, em março de 2014 concretizaram-se as primeiras prisões, exatamente de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, com fulcro em desvios de dinheiro em obras da Petrobrás, que acabou por se tornar o principal foco da operação.

Em agosto de 2014, quando o ex-diretor da Petrobrás, Paulo Roberto Costa, foi preso novamente, o primeiro acordo de colaboração premiada foi então firmado nas investigações, sendo que Paulo Roberto Costa, recebendo como benefício pela colaboração a redução da pena, delatou outros diretores da Petrobrás que cobravam propina, e, por conseguinte, repassavam a políticos altas quantias de dinheiro.

As propinas, segundo informações do Ministério Público divulgadas na mídia, eram cobradas de empreiteiros e outros fornecedores para facilitar os negócios com a Petrobrás, o que evidencia o envolvimento de diretores e demais funcionários da estatal.

Outra forma de corrupção, evidenciada no caso em comento, é a utilização de contratos superfaturados entre as empresas fornecedoras e a Petrobrás, para beneficiar os envolvidos, sendo que parte do dinheiro foi desviada para os lobistas, doleiros, e outra parte repassada a funcionários públicos e políticos, o que demonstra a amplitude e gravidade do problema.

É nesse contexto que surgiram denúncias relacionadas a partidos políticos, que seriam os responsáveis pela indicação dos diretores da Petrobras, e que, por isso, colaboravam com o desvio de dinheiro na estatal.

Paulo Roberto da Costa e Alberto Youssef, em seus acordos de colaboração premiada, ressaltaram que desde a chegada do Partido dos Trabalhadores ao poder, no ano de 2003, cada diretor tinha a incumbência de recolher as propinas e repassá-las aos sujeitos que assegurariam a sua permanência no poder.

Semanas após o primeiro acordo de colaboração premiada no âmbito da "Operação Lava Jato", Alberto Youssef também firmou acordo com as autoridades.

Os acordos de colaboração premiada permitiram que nomes como o de Renato Duque, ex-diretor da Petrobrás, no setor de engenharia e serviços, entre os anos de 2003-2012; Nestor Cerveró, ex-diretor internacional, entre os anos de 2003-2008; Jorge Zelada, ex-diretor internacional, entre os anos de 2008-2012, viessem a tona, bem como os nomes de operadores do esquema de corrupção, como Fernando Baiano Soares e João Vaccari, sendo que este já havia sido investigado no denominado "Mensalão do PSDB", por corrupção e desvio de dinheiro.

Com base nas revelações dos dois colaboradores supracitados, as investigações ganharam impulso, e em novembro de 2014 foram presos executivos de nove empreiteiras acusadas de participação no esquema de corrupção, sendo que uma das maiores empreiteiras do país foi também envolvida na investigação, qual seja, a Odebrecht e Andrade Gutierrez, inclusive com a prisão de diretores.

Não apenas a supracitada empreiteira, mas também outras empresas do setor são alvo de investigações do Ministério Público, inclusive com ações judiciais em tramitação para o ressarcimento de R$ 4,5 bilhões, sendo que tais empresas se encontram impedidas de firmar contratos com a Petrobrás, a exemplo da Odebrecht, Andrade Gutierrez, OAS, Camargo Corrêa, Queiroz Galvão, Galvão Engenharia, dentre outras.

Antes disso, em março de 2015, a "Lava Jato" também alcançou políticos, envolvendo deputados, senadores e governadores, bem como ex-ministros do Governo Luís Inácio Lula da Silva, qual seja, José Dirceu, que já havia sido envolvido no escândalo do Mensalão, e que fora preso na operação em comento por envolvimento na corrupção.

Vários são os políticos investigados na "Lava Jato", tais como os Deputados Federais Afonso Hamm, Aline Correa, Aníbal Ferreira, Antônio Palloci, Eduardo Cunha; os Senadores Aloyzsio Nunes Ferreira, Ciro Nogueira, Edson Lobão, Fernando Bezerra de Souza Coelho, Fernando Collor de Mello, Gleisi Hoffmann, Humberto Costa, Renan Calheiros; os Ministros Aloizio Mercadante, Edinho Silva, sem prejuízo de ex-deputados, ex-governadores, a exemplo de Roseana Sarney e Sérgio Cabral, João Vaccari Neto, tesoureiro do Partido dos trabalhados, o governador João Viana, dentre tantos outros.

Novos acordos de colaboração premiada foram firmados com empreiteiros, que então apontaram desvios semelhantes ao da Petrobrás no setor elétrico, a exemplo da

usina nuclear de Angra 3, o que conduziu à prisão o ex-presidente da Eletronuclear, por suspeita de corrupção, Othon Luiz Pinheiro da Silva.

Não há como negar que os acordos de colaboração premiada, no caso em comento, deram grande impulso às investigações, uma vez que para os benefícios da redução da pena, como já visto, é imprescindível que o colaborador apresente todas as informações que detém, a sua participação e os crimes que praticou, forneça provas e, no caso da "Lava Jato", devolva os valores obtidos ilegalmente.

Apenas a título de exemplo, o ex-diretor da Petrobrás, Paulo Roberto Costa, em sua colaboração descreveu o funcionamento do esquema de corrupção, apresentou nome de políticos e empresários também envolvidos nos desvios de dinheiro, e devolveu US$ 26 milhões, imóveis e outros bens.

Os delitos relacionados à "Operação Lava Jato" remetem claramente a ideia de crime organizado, nos termos da Lei nº 12.850/2013, já que há o envolvimento para promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, sendo mister adotar medidas para obstar tais práticas, ante a extensão dos danos e o comprometimento da representatividade política, principalmente porque a "Operação Lava Jato" trouxe à baila nomes de políticos de diversos partidos, no âmbito do Executivo e Legislativo, evidenciando como se encontra a corrupção arraigada às questões institucionais.

Ainda de acordo com o site oficial do MPF (disponível em: http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html), até a data 23 de fevereiro de 2017, entre procedimentos e resultados decorrentes da "Operação Lava Jato", já totalizam:

> 1.434 procedimentos instaurados;
> 730 buscas e apreensões;
> 202 conduções coercitivas;
> 91 prisões preventivas;
> 101 prisões temporárias;
> 6 prisões em flagrante;
> 131 pedidos de cooperação internacional;
> 78 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas;
> 9 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta;
> 57 acusações criminais contra 260 pessoas (sem repetição de nome), sendo que em 25 já houve sentença, pelos seguintes crimes: corrupção, crime contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de dinheiro, entre outros;
> 7 acusações de improbidade administrativa contra 38 pessoas físicas e 16 empresas pedindo o pagamento de R$ 12,5 bilhões;
> Valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas): R$ 38,1 bilhões;
> Os crimes já denunciados envolvem pagamento de propina de cerca de R$ 6,4 bilhões;

R$ 10,1 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R$ 756,9 milhões objeto de repatriação;
R$ 3,2 bilhões em bens dos réus já bloqueados;
125 condenações, contabilizando 1.317 anos 21 dias de pena até o momento.

O texto no site do MPF chama atenção também para o fato de que o "Caso Lava Jato" não teria avançado nas investigações para além das evidências envolvendo Paulo Roberto Costa, se não tivessem sido realizados os acordos de colaboração premiada com os investigados. As provas até aquele momento revelavam propinas inferiores a cem milhões de reais e, atualmente, as provas indicam valores já que ultrapassam a um bilhão. Além disso, o envolvimento e investigação das grandes empresas e agentes públicos desenvolveram-se favoravelmente devido a contribuição fundamental dos colaboradores (disponível em: http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html).

Assim, pelo histórico do emblemático caso da "Operação Lava Jato" e seus números apresentados, evidencia-se que a colaboração premiada já há algum tempo vem sendo utilizada como instrumento importantíssimo no combate ao crime organizado, pois vem se consolidando como um eficiente meio de investigação nos crimes praticados por organizações criminosas, notadamente nos crimes envolvendo pessoas influentes do meio empresarial e político que normalmente não eram alcançadas pelo Estado.

Há notícias de processos em andamento, no âmbito do Judiciário de Rondônia, que a colaboração premiada está sendo utilizada, no entanto, como ainda não foram concluídos, a verificação dos resultados das investigações especialmente decorrentes do acordo, ficam prejudicadas.

Como é o caso do feito n. 0012720-74.2014.8,22.0501, que teve curso perante a 1ª Vara Criminal de Porto Velho, onde Haroldo Augusto Filho, conhecido como "Haroldinho", filho de um deputado estadual envolvido em crimes no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, firmou acordo, como colaborador, com o Ministério Público do Estado de Rondônia, para surtir efeitos no processo n. 0001474-52.2012.8.22.0501. O acordo foi homologado pelo juízo. Porém até a presente data, 18.03.2017, o processo não foi sentenciado. A consulta processual no site do TJRO, consta como ultima movimentação a entrega dos autos ao Ministério Público para apresentação de alegações finais (Site do TJRO), o que impossibilita uma análise aprofundada da eficácia do instituto nesse caso.

Conclui-se, portanto, com base principalmente nos processos de grande repercussão nacional, que a previsão do instituto da colaboração premiada na Lei n. 12.850/2013 só reforça a tutela dos bens jurídicos. Ao prever meios excepcionais para investigação, como o auxílio voluntário do colaborador que conhece toda a estrutura e *modus operandi* da organização, o legislador, atento às novas práticas e recursos dos crimes organizados, buscou ampliar a atuação do sistema judiciário através da negociação

penal, uma vez que a colaboração premiada dos envolvidos nesses crimes contribui para a tentativa de se nivelar as “armas” dos dois lados, Estado x organização criminosa.

CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo do presente estudo, responder à problemática apresentada no início, demonstrando a importância da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente para a elucidação de delitos praticados por organizações criminosas, sendo, pois, meio de prova de grande relevância.

Como visto, sobretudo nos crimes do colarinho branco, como a lavagem de dinheiro, corrupção e crimes contra o sistema financeiro, dentre outros de maior complexidade que são costumeiramente praticados, os acordos de colaboração premiada tornaram-se, na maioria dos casos, ferramenta indispensável para a eficácia da persecução penal, atingindo, assim, todos os membros da organização.

Acerca da definição conceitual, constatou-se que ainda há divergência na doutrina por alguns tratarem os institutos da colaboração premiada como sinônimo de delação premiada, restando esclarecido, porém, que aquela é instituto mais amplo, do qual a delação é espécie.

A colaboração premiada, quanto a sua natureza, pode ser considerada como negócio jurídico processual, pois se trata de acordo entre o imputado e o Estado (Ministério Público ou Delegado de Polícia); também é tido como instituto de Direito Processual, ao servir como meio para obtenção de prova; e como instituto de Direito Penal, de natureza premial, quando se consideram os benefícios penais e/ou processuais penais concedidos aos colaboradores, desde que estes auxiliem no desbaratamento de organizações criminosas dedicadas a diversos tipos de crime, na elucidação de crimes ainda desconhecidos, na localização de vítimas de sequestro com sua integridade física preservada, na localização de bens adquiridos com recursos oriundos do crime, entre outras situações que o legislador elegeu como suficientes para justificar os benefícios ofertados em troca dessas valiosas informações.

Em se tratando de crime organizado, não há dúvidas de que a colaboração premiada é bastante utilizada; e, nos moldes consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, guarda similitude com os procedimentos utilizados, em maior ou menor grau, nos Estados Unidos, Itália e Espanha, embora seja o modelo brasileiro inspirado fortemente na legislação italiana, que prevê a concessão de benefícios tanto no curso da investigação, do processo penal, ou mesmo após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Constatou-se, ainda, que o instituto foi pela primeira vez consagrado na Lei dos Crimes Hediondos - Lei nº 8.072/1990; e, desde então, vem sendo tratado em vários diplomas legais, sendo certo que com o passar dos tempos o instituto vem sendo aperfeiçoado, tanto que a Lei nº 12.850/2013 tratou, pela primeira vez, de um procedimento para a consolidação da delação premiada.

Quanto aos requisitos, por inexistir um único diploma legal que regulamente o instituto, vez que o tema é tratado em leis esparsas, deve o operador do direito atentar para os pressupostos da colaboração premiada em cada caso em concreto, o que também definirá o alcance dos benefícios concedidos ao delator. Já na Lei dos Crimes Organizados, o legislador apresenta especificamente os objetivos a serem alcançados e os requisitos para que o acordo de colaboração premiada seja formalizado e homologado pelo juízo.

Por certo, os acordos de colaboração premiada devem ser conduzidos com bom senso e comprometimento. As provas produzidas em decorrência do acordo devem estar em harmonia com as demais informações constantes do processo, a fim de conferir-lhe maior confiabilidade.

Apesar de sua ampla utilização na atualidade, o que se extrai não apenas da divulgação nos meios de comunicação, principalmente após ser deflagrada a “Operação Lava Jato”, mas também da jurisprudência, o instituto não é isento de críticas, seja pelos aspectos éticos e morais, seja porque há estudiosos que entendem ser a consagração da falência do Estado na persecução penal.

Não obstante, a colaboração premiada apresenta-se como importante meio de obtenção de prova em se tratando de crime organizado que, por suas características, é de difícil elucidação. Logo, ao permitir que o colaborador traga informações e provas a investigação criminal ou ao processo penal, em troca de um benefício de natureza penal ou processual penal, o Estado se vale de meios legais para desmantelar importantes organizações criminosas, inclusive aquelas que comprometem toda a sociedade.

Nesse sentido conclui o doutrinador Luiz Flávio Gomes em relação ao instituto:

> Em suma, delação sim, mas com (muita) responsabilidade. Subsidiando o entendimento de que é positiva a adoção desse instituto, pode-se afirmar que ele serve como estímulo à verdade processual, a qual é buscada também por meio da confissão espontânea. Além disso, com a sofisticação da criminalidade, nem sempre a polícia judiciária conta com meios suficientes para a elucidação de crimes. Desse modo a colaboração de algum envolvido (—réu colaborador‖) se reveste de grande valia para o desmantelamento da organização criminosa por ele integrada. Assim, não há dúvida que a adoção desse instituto (tal como ocorreu no caso do governador arruda) viabiliza um crescimento na identificação da autoria de crimes (GOMES, 2010).

Sua existência justifica-se no auxilio ao Estado para a manutenção da ordem pública e harmonia social, confirmando-se no afastamento e punição daqueles que causam danos e revolta à sociedade.

A colaboração premiada, apesar das críticas, revelou-se muito eficaz nas investigações de crimes de alta complexidade, como os praticados por organizações criminosas, servindo como importante ferramenta investigativa da persecução penal, posto que, proporciona celeridade na resolução dos crimes, bem como alcança maior número de envolvidos.

Resta claro, portanto, que a hipótese pesquisada, *a colaboração premiada facilita o esclarecimento dos crimes e torna mais célere a investigação ou andamento do processo*, se confirmou, em vista das vantagens e resultados da colaboração premiada que superam as críticas tecidas ao instituto, embora deva ser utilizada com cautela, observando os requisitos elencados na Lei nº 12.850/2013, estudados ao longo da pesquisa, para assim, auxiliar o Estado no combate a criminalidade organizada que assola o país.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Processo penal.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de Direito**. 5. ed. São Paulo: Método, 2008.

ARRUDA, Rejane Alves de (Org.). **Organização criminosa:** comentário à lei 12.850/13, de 05 de agosto de 2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ARANHA, Adalberto José Q. T. d e Camargo. **Da prova no processo penal.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIPRO, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 19, n. 88, p. 225-269, jan./fev. 2011a.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, v. 88, p. 225-272, jan./fev. 2011b.

BORGES, Dandy Jesus Leite. Colaboração Premiada: Evolução normativa e questões jurídicas relevantes. **CONAMP — Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**. Publicado em 04/03/2016. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/en/library/articles/item/1097-colaboracao-premiada-evolucao-normativa-e-questoes-juridicas-relevantes.html>. Acesso em: 09 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**: Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**: Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. **Lei n º 9.613, de 3 de março de 1998**: Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**: Dispõe sobre normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm>. Acesso em: 02 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**: Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**: Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e

o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal – MPF. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html>. Acesso em 15 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 59115 / PR – PARANÁ,** Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julg. 12/12/2006, DJ 12/02/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1109485/DF – DISTRITO FEDERAL,** Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 12/04/2012, DJe 25/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 5244/PR**. Homologação de Termo de Acordo de Delação Premiada firmado entre Ministério Público Federal e Alberto Youssef. Relator: Min. Teori Zavaski. 19/12/2014. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-alberto-youssef.pdf>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. STF julgará mérito do HC contra homologação da delação premiada de Alberto Youssef. **Notícias STF**, 26 ago. 2015a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298502>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 121430 / BA – BAHIA,** Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julg. 09/08/2016, publ. 24/10/2016a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000318037&base=baseAcordaos>. Acesso em: 27 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* 127.843/PR – Paraná,** Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015, publicado em 04/02/2016b. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-toffoli-reconhecendo-hc.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 127483 / PR – PARANÁ,** Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. 27/08/2015, publ. 04/02/2016c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000300911&base=baseAcordaos>. Acesso em: 20 out. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Márcio Augusto Friggi. **Colaboração Premiada.** Publicado em 01/04/2013. Disponível em: <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao.../COLABORAÇÃO%20PREMIADA.doc>. Acesso em: 14 de mar. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013**. Salvador: JusPodivm, 2013.

DALLAGNOL, Deltan. Procurador de Justiça e Coordenador da força tarefa da Lava Jato. **Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus**. Publicado em: 17/11/2015. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoes-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>. Acesso em: 15 de mar. 2017.

DIPP, Gilson. **A "delação" ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei.** Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>. Acesso em: 10 nov. 2016.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 21, v. 101, p. 203-228, mar./abr. 2013.

FALCÃO JUNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. Delação premiada: constitucionalidade e valor probatório. Custos Legis. **A revista eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_Falcao_Junior.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. *De Jure*, **Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, 2008, p. 247-268. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/201/dela%C3%A7ao%20premiada_Fonseca.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 out. 2016.

GARCIA, Roberto Soares. Delação Premiada: Ética e moral, às favas! **Boletim do IBCCRIM**, ano 13, nº 159. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Comentários sobre as diferenças entre colaboração e delação premiada. **Carta Forense**, 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/14756>. Acesso em: 29 out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Justiça Colaborativa e Delação Premiada. **Jusbrasil**, publicação em: 08/03/2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2108608/justica-colaborativa-e-delacao-premiada>. Acesso em: 09 mar. 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial esquematizado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAÇA, Nara Josefina Dornelles. Delação premiada: um instrumento jurídico-político de combate ao crime organizado e de preservação da economia nacional. **Revista Projeção, Direito e Sociedade**, v. 2, nº 01, p. 10-16, maio 2011. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/viewFile/62/52>. Acesso em: 15 nov. 2016.

JESUS, Damásio de. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, nº 152, 2008. Disponível em:<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=908> Acesso em: 15 nov. 2016.

LIMA, Camile Eltz de; CARVALHO, Salo de. Delação premiada e confissão: Filtros Constitucionais e Adequação Sistemática. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 385, p. 123-138, nov. 2009.

LIMA, Camile Eltz**.** Delação premiada: de inimigo a colaborador do estado. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 42, jun. 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1807>. Acesso em: 16 nov. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal comentado.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração Premiada e a Nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis*. **A revista eletrônica do Ministério Público Federal.** 2013. Disponível em <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>. Acesso em: 16 nov. 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEIRO, Antônio Lopes, **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos** polêmicos. São Paulo: Saraiva, 1996.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Atlas, 2005.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. **Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, nº 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em:< http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/1/art20150102-03.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 95, v. 848, p. 711-738, jun. 2006.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. **Revista dos Tribunais**, v. 102, nº 929, p. 319-358, São Paulo, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada:** Legitimidade e Procedimento. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 98, n. 879, p. 475-497, jan. Jan. 2009.

PORTA, Donatella Della; VANNUCCI, Alberto. Corrupt exchanges: actors, resources, and mechanisms of political corruption. New york: aldine de gruyter, 1999.

ROSSETO, Ênio Luiz. **A confissão no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

SCARANCE, Antônio Fernandes (Coord.). Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

SOUZA, Hélio Pereira. Delação premiada: aspectos jurídicos e a questão ética. **Cadernos ANP**, v. 1, nº 02, Brasília: Academia Nacional de Polícia Federal, 2008.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar**. Nova lei de drogas**: **crimes, investigação e processo**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

TROTT, Stephen S. Tradução Sérgio Fernando Moro. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. **Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007.

VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à delação premiada**: uma análise através da teoria do garantismo penal. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* O DIREITO DE INFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE DO PANORAMA JUDICIAL E DOUTRINÁRIO ACERCA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Claudia Marina Engler Webler[1]
Orientador: Me. Áureo Virgílio Queiroz

RESUMO: Ante o fluxo inesgotável de informações e democratização dos meios telemáticos de comunicação, surge para o direito a necessidade de analisar e tutelar casos em que a divulgação aborda casos pretéritos e que causam danos aos envolvidos, ferindo o direito à intimidade e a privacidade. Dentro desse contexto, surge o direito ao esquecimento, também chamado de direito de ser deixado em paz. Trata-se de tema pouco explorado pela doutrina e jurisprudência, mas que vem alçando cada vez mais indagações e reflexões. Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho apresenta um panorama do direito ao esquecimento, analisando os direitos que são a ele inerentes (privacidade e intimidade), bem como aqueles que mais colide com tais direitos (direito à informação e liberdade de expressão). Como a abordagem perpassa pela necessidade de coexistência de direitos constitucionais, o trabalho apresenta um breve resumo acerca da teoria da ponderação introduzida por Robert Alexy, que serve de base para a análise da prevalência de um direito frente a outro. O método utilizado é o bibliográfico, realizado através de renomados autores da área, bem como análises de julgados nacionais e internacionais selecionados.

Palavras-Chaves: Colisão, Direitos Fundamentais, Direito ao Esquecimento.

ABSTRACT: As a result of the inexhaustible flow of information and democratization of electronic means of communication, appears to the right the need to analyze and safeguard cases where disclosure addresses past tenses and cases that cause damage involved, injuring the right to intimacy and privacy. In this context, the right to be forgotten, also called right to be left in peace, arises. This is a topic little explored by the doctrine and jurisprudence, but that is by lifting increasingly questions and reflections. From this perspective, this paper presents an overview of the right to be forgotten, analyzing the rights that are inherent to it (privacy and intimacy) and those most collides with such rights (right to information and freedom of expression). As the approach embraced by the need for coexistence of constitutional rights, the paper presents a brief summary on the consideration of the theory introduced by Robert Alexy, which is the basis for the analysis of the prevalence of a right front to another. The method used is the literature, conducted by renowned authors in the field, as well as selected domestic and international trial analysis.

1 Graduação em Direito – Pela Universidade Federal de Pelotas- UFPEL, concluído em 2009, Pós-graduação em Administração Publica e Gerência de Cidades – concluído em 2012, curso EAD na modalidade tele presencial, na Instituição UNINTER/PR.

Key-Words: Collision; Fundamental Rights; Right to be forgotten.

INTRODUÇÃO

As formas de comunicação telemáticas atuais alteraram as estruturas sociais e definiram um novo paradigma para a sociedade. A comunicação entre indivíduos e o alcance da publicização das notícias ampliaram o acesso aos fatos noticiados. Neste aspecto, a internet possibilitou, especialmente pelos sites de busca, o acesso a dados, informações, históricos, notícias, vídeos e uma infinidade de dados variados, trazendo maior dinâmica e velocidade ao acesso da informação, contribuindo para sua perpetuação.

Por certo que o direito à informação é um direito constitucional que atua em duas principais vertentes: garantir ao cidadão o conhecimento e controle dos atos públicos e a facilitação dos exercícios de direitos subjetivos, dentre os quais conhecer lesão ou ameaça de lesão que possa ocorrer.

Como é cediço, o direito à informação é regra, especialmente no que tange aos processos judiciais, sendo o segredo de justiça excepcionalidade no direito processual e estão radicados no ordenamento jurídico pátrio, especialmente na Constituição Federal.

Em consequência dessas previsões, se extraem os seguintes elementos essenciais para a decretação do sigilo de tramitação, quais sejam: preservação do direito à intimidade do interessado; caracterização de interesse público ou social; natureza do direito discutido na causa, sendo presumida a imperatividade do sigilo em processos que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; existência de dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; causas que se debrucem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral.

Observa-se, então, que há limitação legal expressa ao direito à informação, que apesar de ser regra, pode ser afastada quando verificada a ocorrência dos pressupostos citados no diploma legal.

Dentro dessa perspectiva o Conselho Nacional de Justiça regulamentou o direito à informação no âmbito judicial, através da Lei n. 12.527 de novembro de 2011, a qual disciplina, de forma expressa, que o direito à informação deve ser executado em observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção.

O presente estudo centra-se em analisar justamente esse aparente conflito entre o direito à informação e o direito ao esquecimento, bem como os direitos a intimidade e privacidade e até que ponto uma notícia ou fato desabonador pode continuar a ser publicado, especialmente na *internet*. A partir dessa premissa, será analisado se o exercício desse direito à informação, de forma a revolver fatos/dados passados, pode gerar dano

moral, dando especial ênfase aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais atinentes a matéria.

Assim o presente estudo visa analisar se o direito à informação encontra alguma limitação perante o ordenamento jurídico nacional, bem como se a publicação de notícias demeritórias pode se perpetuar ao longo do tempo sem qualquer restrição. Também será analisado o direito à privacidade e intimidade, trazendo elementos jurisprudenciais e doutrinários para abordagem do tema.

Como o trabalho aborda conflito de princípios e direitos, mister a abordagem, ainda que em linhas gerais, à teoria da ponderação esposada por Robert Alexy, de forma a apreciar qual a forma idealizada para análise do princípio/direito que irá prevalecer, bem como se existe dano moral decorrente da violação ao direito à intimidade e privacidade expressado no direito ao esquecimento.

Visando possibilitar a realização do estudo proposto, realizou-se pesquisa jurisprudencial, doutrinária e bibliográfica acerca do objeto e objetivos propostos, com levantamento de dados perante autores renomados e julgamentos das cortes superiores.

Para tanto, o trabalho dividiu-se em dois capítulos: inicialmente são abordados o direito à intimidade, privacidade e informação estabelecendo um breve histórico e um paralelo entre cada um deles, para então analisar a teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy e a solução para casos difíceis, assim considerados aqueles em que há conflito entre dois ou mais princípios/direitos fundamentais e que um deve ceder espaço para prevalência do outro no caso concreto. Por fim, é analisado o instituto do dano moral, desde a sua conceituação clássica até a visão moderna do dano *in re ipsa*, articulando o instituto com a violação dos direitos analisados no capítulo (o direito à intimidade, privacidade e informação).

No segundo capítulo é abordado o direito ao esquecimento em si, analisando de forma breve o histórico de seu nascimento e articulando com os achados jurisprudenciais sobre o tema. Na parte final do capítulo, são abordados os casos “Jurandir” e “Aída Curi”, os quais abordam o direito ao esquecimento e foram recentemente julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e atualmente aguardam deliberação do Superior Tribunal Federal, possuindo Repercussão Geral reconhecida. Por fim, apresentam-se de forma sucinta os riscos ao reconhecimento indiscriminado do direito ao esquecimento, avaliando os pontos mencionados com os capítulos anteriores.

1. O DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE *VERSUS* O DIREITO À INFORMAÇÃO

Antes de adentrar ao cerne do objeto de estudo, faz-se necessário uma abordagem acerca do direito à intimidade e privacidade, analisando tais em paralelo ao direito à informação. Tal abordagem mostra-se essencial para que se possa abordar o direito ao esquecimento, vez que são temas conexos e que permearão o tema ao longo do estudo.

Para tanto, no presente capítulo são apresentados os conceitos e limites do direito à intimidade e privacidade, bem como do direito à informação, articulando a doutrina com a jurisprudência nas análises, de forma a traçar um panorama da visão processual acerca do tema. Também serão analisadas as visões doutrinárias e a evolução do conceito de dano moral, que passa a ser aplicado quando verificada a violação ao direito à intimidade e a privacidade.

1.1 O DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Inicialmente, tem-se que o direito à intimidade se encontra consagrado expressamente na Constituição Federal de 1988, conforme se observa no art. 5º, incisos V[2] e X[3], da Constituição Federal.

No art. 5º, inciso V, o constituinte prevê ao ofendido o direito de resposta, sem prejuízo da indenização por dano material, moral ou à imagem, sendo garantido à vítima da ofensa a dupla possibilidade de combatê-la, seja pela resposta, seja pela indenização, que podem ser exercidas cumulativamente.

Dessa forma, tem-se que, ao passo que a Constituição Federal prevê o direito à intimidade, ela já faz menção expressa ao direito de indenização e de resposta decorrente da violação desse direito. Analisando tal temática, Ives Gandra da Silva Martins (2005, p. 44) defende que:

---

2 Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[…]
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
[...] (BRASIL, 1988).

3 […]
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
[...] (BRASIL, 1988).

> Nós temos, portanto, um sistema pelo qual se garante a privacidade e a livre manifestação de pensamento, mas também se garante indenização por dano material ou moral, e o direito à resposta, quase sempre pelos mesmos veículos. Temos visto alguns políticos que, quando atacados, entram com uma ação, não para receber qualquer quantia, mas exclusivamente para ver a sua resposta colocada no jornal, integralmente.

Assim, tem-se que os direitos à resposta e à indenização contam com previsão constitucional, sendo que em caso de ofensa, não havendo o respeito a esses direitos de plano, pode a vítima socorrer-se do Poder Judiciário, na forma do previsto no art. 5º, inciso XXXV[4], para ver seu direito respeitado.

Observa-se que a legislação constitucional não previu apenas o direito indenizatório, garantindo ao ofendido o direito de resposta, tal previsão existe para garantir que a honra do ofendido seja recomposta, vez que nem sempre a agressão ou lesão pode ser convertida de forma proporcional a honra atingida, tendo direito o lesado a responder e defender-se da agressão sofrida. Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins (2005, p. 44) faz as seguintes considerações:

> A teoria do dano moral evoluiu ao longo do século passado. Há relativamente, pouco tempo, percebeu-se que não adianta focalizar apenas o direito patrimonial atingido. Muitas vezes, a honra vale muito mais do que o direito patrimonial atingido. Isso foi constitucionalizado em diversos dispositivos, como já verificamos, mas, fundamentalmente, nesse direito à intimidade.

Aliado aos dispositivos já mencionados, tem-se a previsão do art. 5º, inciso X, em que é possível constatar que a inviolabilidade da intimidade é expressa, tal como a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo concedido o direito à indenização pelo dano, material ou moral, originado dessa violação.

Em análise aos julgados prolatados pelos Tribunais Superiores abordando a temática, chama atenção os autos 111500-10.1999.5.17.0131[5], o qual discutia o direito à intimidade e privacidade do empregado, bem como eventual ocorrência de dano moral decorrente da utilização de “grampo” ilegal e subreptício pelo empregador. O feito foi julgado de forma definitiva pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho.

---

4 [...]
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
[...] (BRASIL, 1988).

5 O processo pode ser analisado na íntegra através do acesso ao sítio do TST. Recurso de Revista n°. 111500-10.1999.5.17.0131, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região; Relator: Ministro Milton de Moura França; Recorrente: Romildo Ribeiro Tavares e Recorrida Viação Itapemirim S.A. SUPERIOR TRIBUNAL DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 18 de set. 2016.

Em primeira instância o empregado logrou êxito no reconhecimento da ocorrência do dano moral decorrente do "grampo". Em Recurso Ordinário interposto pelo empregador, O Tribunal Regional do Trabalho do Espírito Santo deu provimento ao recurso ordinário interposto pela empresa para excluir da condenação o pagamento de indenização por dano moral, fundamentando a decisão na ausência de provas cabais da ocorrência do dano moral, aduzindo que:

> Com efeito, embora tenha sido evidenciado nos autos que a escuta telefônica tenha sido plantada por empregados de empresa prestadora de serviço da ré, por ordem de empregado graduado da mesma, entendo que tal ato nada obstante tipifique crime previsto no artigo 10, da Lei 9.296/96, não gera, por si só, o alegado dano moral, até porque, no caso específico dos autos, não se verifica que o conteúdo das conversas gravadas tenham sido reveladas ao público, seja por iniciativa da ré, seja por especulação da mídia.
> Assim, data vênia, mas, contrariamente do entendimento firmado pelo Juízo de primeiro grau, não vislumbro que a atitude da ré, embora seja, incondicionalmente repelida pela ordem jurídica pátria, tenha o condão de causar dor pessoal, sofrimento íntimo, ou abalo psíquico ou moral naquele que foi vítima, atingindo-lhe, em última análise, sua honra e dignidade pessoais.

Em sede de Recurso de Revista, entendeu-se que ante a inescusável prova da ocorrência do grampo ilegal, que teria sido levado a efeito por empresa terceirizada, cabível o reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador, que deve responder pelos atos de seus prepostos (art. 932, inciso II do Código Civil), independente da ocorrência de culpa (arts. 186 e 927 do Código Civil).

No que tange ao reconhecimento do direito à intimidade e privacidade, o acórdão expressa que:

> A Constituição Federal consagra, em seu artigo 5º, inciso X, o direito à "intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", bem como à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, nos termos do inciso XII do mesmo artigo.
> [...]
> A interceptação telefônica, conhecida como "grampo", é a captação feita por terceira pessoa de comunicação entre dois ou mais interlocutores sem o conhecimento de qualquer deles. Isso é diferente da escuta telefônica, que ocorre quando um dos dois participantes da ligação grava a conversa sem o conhecimento do outro. A garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, considerada crime, refere-se à interceptação telefônica, sendo irrelevante, repita-se, o fato de ter havido ou não a gravação e a divulgação da conversa dos interlocutores. Excepcionalmente, é legítima a intromissão na vida privada da pessoa, desde que seja por ordem de autoridade judicial competente, com a finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal, precedida de um fundamento de interesse público, conforme previsto na Lei nº 9.296/1996, que regulamentou a parte final do

inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.
Não é possível, portanto, violar a vida privada e a intimidade de empregados para atender ao interesse privado ou meramente econômico, como na hipótese dos autos.
[...]
Ademais, não se pode negar que a realização de interceptação telefônica, conhecida como “grampo”, sem o preenchimento dos requisitos legais mencionados, ofende direitos inatos do ser humano, garantidos pela Constituição Federal, de privacidade, intimidade e inviolabilidade das comunicações, tratando-se, portanto, de ato ilícito.
A propósito, considerando-se a figura do homem médio e o princípio da razoabilidade, é crível concluir que o grampo telefônico em linha residencial, fato a que foi submetido o reclamante, por si só, causa desconforto, aborrecimento e constrangimento à pessoa, não importando o tamanho desses sentimentos, pois, desde que a interceptação exista, há o dano moral, que deve ser reparado, como manda a Constituição, em seu artigo 5º, inciso X.
Arremata-se que, se o simples fato de haver interceptação telefônica já torna devido o direito à indenização por dano moral, não se faz necessária a gravação e/ou a publicidade do conteúdo das conversas dos interlocutores para que se caracterize o dano moral, pois esse aspecto terá influência apenas no valor da reparação devida à vítima.
No âmbito do direito à intimidade, encontra-se a tutela em dois momentos distintos, a invasão e a divulgação.
Não subsiste, então, o outro fundamento contido na decisão recorrida de que a interceptação telefônica não gerou dano moral ao reclamante, porque o conteúdo das conversas gravadas não teria sido revelado ao público.
Diante do exposto, tendo ocorrido o dano moral a direito personalíssimo do reclamante, a conduta ilícita da reclamada e o nexo de causalidade entre eles, cabível a condenação ao pagamento da indenização pleiteada, a teor do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Dessa forma, conforme se observou no julgado acima, o direito à intimidade e a privacidade são postulados constitucionalmente protegidos e a sua ofensa, via de regra, enseja direito à reparação. Observa-se assim que os direitos à intimidade e privacidade se constituem como desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana, formando parte de um sistema de proteção constitucional (SILVA, 2003, p. 607). Nesse sentido, descreve Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60):

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

No entanto, por certo que o direito à intimidade e a privacidade não são os únicos previstos na Constituição, a qual enuncia uma série de outros direitos e princípios. Interessa ao presente estudo a abordagem acerca do direito à informação e a liberdade de expressão, vez que não raras vezes tais direitos acabam colidindo com o direito à intimidade e a privacidade, mencionados anteriormente.

Nesse sentido, tem-se o disposto no art. 5º, incisos IX[6] e XIV[7]. A partir da leitura dos mencionados dispositivos, tem-se que a proteção constitucional engloba não somente os atos de comunicar, de informar, como também os de receber informações.

Observa-se que a visão do instituto dentro da dimensão individualista do sujeito passou a ser somada ao caráter coletivo, vez que a liberdade de informação começou a ser reconhecida como ferramenta essencial para o exercício da cidadania, expressando a própria natureza democrática da sociedade, trazendo a possibilidade de formação de uma opinião pública (FARIAS, 2000, p. 166-167).

Essa mudança de perspectiva quanto ao direito à informação se dá em especial em decorrência do seu surgimento. Tanto o direito à informação como o direito de liberdade de expressão surgiram com os chamados direitos de 1ª dimensão[8], os quais eram inicialmente concebidos como direitos de defesa frente ao Estado, ou seja, direitos de liberdade, conforme explicam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p. 102): "Por serem repressores do poder estatal, os direitos fundamentais de primeira geração são reconhecidos como direitos negativos, liberdades negativas ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado".

Assim, através da evolução histórica com a ampliação da concepção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, e com o reconhecimento da eficácia imediata dos direitos sociais, tornou-se necessária uma releitura os direitos fundamentais, o que foi efetivamente alcançado com a Constituição Federal de 1988, vez que ao se observar os dispositivos constitucionais é possível constatar que a ideia inicial de não interferência promulgado pelo liberalismo foi substituída por uma exigência de atuação efetiva do Estado e dos particulares na consecução dos direitos fundamentais (chamada eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais).

Dentro dessa perspectiva, não se analisa somente o direito à informação buscada pelo particular, mas também o direito da população de ter conhecimento acerca de

6 IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

7 XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

8 Adota-se na presente pesquisa a utilização do termo "dimensões" e não "gerações" de direitos fundamentais. Tal escolha se justifica na crítica doutrinária acerca da utilização do termo geração de direitos, que gera a falsa ideia de prevalência de uma classe de direitos em detrimento de outra (PANSIERI, 2012, p. 35).

determinado fato, o qual deve ser tornado público. Esse direito pode ser analisado em uma vasta gama de casos concretos analisados pelo Judiciário e que demonstram a amplitude da temática.

Como exemplo, tem-se o Recurso Especial nº. 1.479.616, originário do Estado de Goiás[9] e julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça[10]. No caso, a Associação de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde – ABRACON, ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, contra Doce Sabor Confeitaria Ltda., com o intuito de obrigar a citada empresa a prestar informações em embalagens, rótulos e materiais de divulgação acerca de seus produtos alimentícios comercializados, em especial quanto à presença de glúten na composição, tendo em vista a segurança dos portadores da doença celíaca.

Em primeira instância o feito foi julgado extinto, sem resolução de mérito, por ilegitimidade da autora, que se tratava de associação constituída a menos de um ano e com pertinência temática dissociada do objeto pleiteado, vez que o objetivo social da associação é genérico ao abordar a proteção ao consumidor. Pelos mesmos fundamentos a ABRACON foi condenada por litigância de má-fé (art. 14, II do Código de Processo Civil).

Em segunda instância, o Tribunal do Estado de Goiás deu parcial provimento à apelação para afastar a condenação por litigância de má-fé, considerando que se encontravam presentes a pertinência temática e a competência territorial, no entanto, manteve a extinção do feito em decorrência da ausência de um dos requisitos da demanda coletiva, qual seja, a adequada representatividade, e por não vislumbrar o alegado risco social, como se afere do trecho a seguir transcrito no que interessa:

> No entanto, inexiste, na hipótese, o manifesto interesse social, na medida em que, não obstante o objeto da ação seja assegurar a preservação da saúde do consumidor, a dimensão do dano potencialmente provocado não justifica a impossibilidade de aguardo do vencimento do prazo mínimo de constituição da associação para a propositura da ação civil pública. Isso porque a presença do glúten em produtos industrializados é de fácil percepção do consumidor médio, por se tratar de alimentos de uso comum na dieta do brasileiro, tais como derivados de trigo, cevada e aveia, sobre os quais já se possui informação ordinariamente. Nesse contexto, o aguardo pelo decurso do prazo de um ano da constituição da associação apelante para que seja legitimada a ajuizar a ação civil pública não tem o condão de vulnerar significativamente o bem jurídico tutelado, não obstante a

9 O processo pode ser analisado na íntegra através do acesso ao sítio do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n°. 1479616, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás; Relator: Ministro Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Recorrente: ABRACON; Recorrido: Doce Sabor Confeitaria Ltda. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1479616&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=-DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 10 mar. 2015.

10 A decisão ora analisada é definitiva, vez que o trânsito em julgado se deu em 05 de maio de 2015.

> relevância deste. Portanto, não merece reparos o ato judicial guerreado ao deixar de dispensar o requisito legal da pré-constituição e reputar ilegítima a parte autora (...). Por fim, em relação ao pleito de exclusão da condenação em litigância de má-fé entendo que razão assiste à insurgente, tendo em vista que a pertinência temática, bem como a competência territorial, estão presentes no caso em exame.

No Recurso Especial interposto pela ABRACON, além de dissídio jurisprudencial, ela alegou a negativa de vigência dos arts. 82, inciso IV, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor e 5º, inciso V, alínea "a", § 4º, da Lei nº 7.347/1985, reiterando também a legitimidade ativa da associação para a propositura da ação.

Em sede de Recurso Especial, entendeu-se que a ABRACON detinha legitimidade ativa para a propositura da ação coletiva, vez que a mesma aborda manifesto interesse social, qual seja o direito à saúde e à segurança alimentar. Além disso, reconheceu-se no julgado a relevância do direito discutido, que abarcava não apenas o direito à informação, como também o direito à saúde. Nesse sentido, cabe citar parte do parecer ministerial elaborado pelo Subprocurador da República Humberto Jacques de Medeiros:

> Na verdade, a proteção almejada pelo autor da ACP abrange um conjunto de bens jurídico relevantes. O direito de informação em questão visa garantir outros inestimáveis aos consumidores: a saúde alimentar, e, em última análise, a própria vida. Isso porque as pessoas intolerantes à proteína glúten são acometidas de doença celíaca. Sobre o tema, explica o estudo publicado no jornal médico inglês The Lancet 4 que esta doença 'afeta a superfície dos intestinos da pessoa' e, em consequência, 'a capacidade de absorção dos nutrientes vitais de todos os alimentos fica afetada'. O estudo conclui que a 'não observância de uma dieta severa aumenta ainda mais os riscos de morte', que tem 'a principal causa pelo linfoma não-Hodgkin, um tipo de câncer'. Importante ressaltar que o único tratamento conhecido até agora é justamente 'uma dieta totalmente isenta de glúten', que, por óbvio, depende da informação quanto a presença da proteína nos alimentos. Tais direitos - saúde e vida - são exaustivamente protegidos em todos os graus hierárquicos do sistema normativo brasileiro, dado não apenas a relevância que possuem, mas também seu caráter de indisponibilidade.

Desta feita, o pedido da ABRACON foi julgado procedente, com a consequente condenação da recorrida na obrigação de fazer consistente no dever de informar os consumidores acerca da presença de glúten em seus alimentos.

Para tanto, visando melhor compreender o princípio do acesso à informação, destacam-se os seguintes ensinamentos de José Afonso da Silva (2005, p. 246):

> Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O

> acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV).

No mesmo sentido, George Marmelstein (2013, p. 121) defende que:

> [...] é um instrumento essencial para a democracia, na medida em que permite que a vontade popular seja formada a partir do confronto de opiniões, em que todos os cidadãos, dos mais variados grupos sociais, devem poder participar, falando, ouvindo, escrevendo, desenhando, encenando, enfim, colaborando da melhor forma que entenderem.

A análise dos dois julgados trazidos no presente tópico serve para demonstrar a concretude dos direitos constitucionais, bem como o alcance deles. No entanto, de plano se observa que podem ocorrer conflitos entre direitos fundamentais.

Isso porque nenhum direito é absoluto, existindo hipóteses em que os direitos podem ser relativizados no caso concreto, existindo critérios para tal ocorrência, que será melhor abordada no capítulo seguinte.

O que se pode extrair da análise realizada é a limitação que o direito à privacidade e intimidade impõem ao direito à informação, e vice-versa.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet (2012, p. 346) defende que o direito à privacidade atua como um limitador ao direito à liberdade de informação, expressando que:

> Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio de satisfação de algum interesse imediato. O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer institutos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vista a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana.

Tais conflitos serão melhor analisados nos capítulos subsequentes.

1.2 A COLISÃO ENTRE DIREITOS E O CRITÉRIO DE PONDERAÇÃO

Quando se está diante de um conflito entre direito à informação e direito à privacidade, qual a decisão acertada? Como definir parâmetros que afastem a discricionariedade do julgador e trazer maior racionalidade jurídica?

Frente a essas inquietações e ciente dos espaços legais deixados pela legislação, Robert Alexy desenvolve o critério da ponderação, hodiernamente aplicado no Brasil e inclusive previsto de forma expressa no Novo Código de Processo Civil, conforme se constata no art. 489, § 2°[11]:

> No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Ao analisar um caso de conflito entre direitos/princípios, o julgador deve solucionar o impasse averiguando qual dos direitos deverá ceder espaço para preponderância do outro, o que não significa que o direito afastado deixa de ter validade, ele apenas é afastado no caso concreto analisado. Esse critério de análise ponderativa equilibra as cargas axiológicas sob análise.

Para a realização da ponderação expressada por Robert Alexy, faz-se necessário o respeito aos três postulados por ele previstos: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação. Não basta ao julgador a simples citação destes na decisão. Nesse sentido, previu Robert Alexy (2008a, p. 64):

> Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau dever ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro.

Esses três requisitos mencionados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são as três máximas que integram a proporcionalidade (em sentindo amplo) defendida por Alexy. A adequação se relaciona com o conceito de ser o meio menos gravoso para realização do direito/princípio sob análise. Já a necessidade decorre da análise de que o direito/princípio a ser promovido seja feito da forma que menos atinja aquele em

11 Não se ignora a discussão existente acerca das impropriedades do artigo citado, em especial as críticas capitaneadas por Lenio Streck (2015), no entanto, em decorrência da necessidade de síntese necessária à monografia, tais críticas não serão apresentadas.

conflito, interferindo da forma menos intensa possível. Por fim tem-se a proporcionalidade em sentido estrito que se traduz na otimização relativa as possibilidades jurídicas.

Quanto ao tema, Lenio Streck defende que:

> Ou seja – e isso precisa ficar esclarecido – o resultado da ponderação não fornece a solução stricto sensu do caso concreto, mas cria uma outra norma de direito fundamental (norma atribuída) que possibilitará a realização da aplicação subsuntiva de uma regra ao caso.
> Portanto, há uma dupla via que liga ponderação e norma de direito fundamental atribuída: esta representa o resultado da ponderação realizada entre princípios colidentes e, ao mesmo tempo, a ponderação oferece o fundamento de validade da norma de direito fundamental atribuída.
> Desse modo, Alexy deixa claro que é o respeito ao procedimento da ponderação que outorgará validade à regra que irá reger o caso concreto sub judice.

Quanto a análise dos requisitos da técnica de ponderação de Alexy, André Canuto F. de Lima (2014, não paginado) sintetiza que:

> O elemento apto a resolver esta colisão é a proporcionalidade em sentido estrito, que para Robert Alexy corresponde ao mandado de ponderação. Deve-se analisar se a importância do princípio fomentado pelo meio escolhido é suficientemente grande para justificar a intensidade da restrição ao princípio contraposto. O autor propõe que a ponderação seja feita com base na atribuição escalonada de grau à intensidade da intervenção no princípio contraposto. Da mesma maneira, deve-se atribuir grau de importância ao fomento do fim almejado pelo princípio. Por causa disso, estará justificada a intervenção que tiver grau menor que o grau de importância atribuído. Por outro lado, será desproporcional a restrição que tem um grau de intervenção superior ao grau de importância.

Dessa forma, tem-se a definição de um sistema procedimental para análise de conflitos entre princípios/direitos fundamentais, o qual deve ser criteriosamente observado pelo julgador quando da análise. Muito embora se reconheça as críticas feitas pelos doutrinadores acerca do desrespeito aos procedimentos elencados por Alexy (STRECK, 2015), tem-se que há um esforço jurisprudencial para adoção dos postulados defendidos por Alexy.

Dessa forma, analisados os critérios e a forma que os direitos/princípios fundamentais devem ser avaliados, surge outra importante consideração: constatada a violação do direito, existe automaticamente o dano moral? Ante a peculiaridade do tema e do desenvolvimento que o instituto do dano moral sofreu ao longo dos anos, o assunto será melhor abordado no próximo subtópico.

1.3 O DANO MORAL A EVOLUÇÃO DO CONCEITO TRADICIONAL E O RECONHECIMENTO DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988 restou claramente reconhecido, no mais alto patamar do ordenamento jurídico nacional, o dever de repreender os danos causados, inclusive os de cunho moral.

A edição de normas de conduta cumpre o principal objetivo do direito, ordenar a vida social, vez que protege aqueles que as seguem e pune seu descumprimento. Quando ocorre o descumprimento do dever jurídico, há um ilícito, trazendo como consequência a responsabilidade e, quase sempre, o dever de indenizar o dano ocasionado.

O Código Civil vigente, instituído pela Lei nº. 10.406/2002, abordou expressamente o direito ao dano moral, adequando-se assim, às disposições constitucionais. Tem-se então, nos arts. 186[12] e 927[13] do Código Civil, a previsão do direito genérico a reparabilidade do dano moral.

Assim, revela-se muito próxima a conexão entre o direito civil e a Constituição Federal, gerando os conceitos doutrinários de direito civil constitucional, nascidos com a *carta magna* de 1988.

Nesse sentido, Flávio Tartuce (2014, p. 367) doutrina que:

> [...] o Direito Civil Constitucional está amparado em três princípios básicos, em relação direta com a responsabilidade civil (Premissas..., Temas..., 2004). Nunca é demais repeti-los, agora analisados sob o prisma da matéria que está sendo estudada.
> O primeiro deles, o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, está estampado no art. 1.º, III, do Texto Maior, sendo a valorização da pessoa um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Qualquer previsão em sentido contrário, seja ela legal ou contratual, não poderá trazer lesão a esse preceito máximo. A responsabilidade civil deve ser encarada no ponto de vista da personalização do Direito Privado, ou seja, da valorização da pessoa em detrimento da desvalorização do patrimônio (despatrimonialização).
> Como exemplo de aplicação desse preceito em relação à responsabilidade civil, foi citado no primeiro volume desta coleção o entendimento do Superior Tribunal de Justiça apontando ser imprescritível a pretensão indenizatória no caso de tortura, à luz do que consta no Texto Maior: “O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito

12 Artigo 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

13 Artigo 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

> à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática" (STJ, REsp 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 17.02.2003). O julgado acaba por confirmar a tese pela qual a pretensão relacionada com os direitos da personalidade é imprescritível.

Desse excerto depreende-se que a proteção contra o dano moral decorre essencialmente do respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana[14], o qual fundamenta toda a ordem jurídica pátria.

Para Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 607) "O fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa"; contudo, o doutrinador também compreende que modernamente somente a culpa não satisfaz a necessidade de reparação dos danos causados, evoluindo-se as concepções quanto ao tema para admitir "que em muitos casos o dano é reparável sem o fundamento da culpa".

Desse modo, revela-se que o dano, ou prejuízo, é o elemento essencial da responsabilidade civil, uma vez que pode existir responsabilidade civil sem culpa[15], mas não existirá sem o dano.

Nesse sentido expõe Sergio Cavalieri Filho (2001, p. 79):

> O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. [...] Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo

14 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana; [...] (BRASIL, 1988).

15 Conforme disciplina Sergio Cavalieri Filho a responsabilidade civil divide-se, basicamente, em duas modalidades: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. De acordo com a concepção clássica da responsabilidade civil o centro de sua imputação reside na culpa. A regra estipulada pelo Código Civil brasileiro é a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, aquela que prescinde de culpa, dessa forma, como regra geral, para existir o dever de indenizar é preciso comprovar que houve culpa do agente (o conceito de culpa esculpido abrange também o dolo). Nesse sentido, o artigo 186 do Código Civil elenca como requisitos para o dever de indenizar: a conduta culposa do agente (podendo ser vislumbrado no texto legal quando dito "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia"), nexo causal (observado através do emprego do verbo "causar" no texto legal) e dano (conforme se extrai da frase "violar direito ou causar prejuízo a outrem"). Entretanto, apesar dessa ser a regra geral, existem diversos casos em que a comprovação da culpa não é exigida, aplicando-se a chamada responsabilidade civil objetiva, que também exige para sua configuração alguns dos mesmos requisitos da responsabilidade subjetiva, sendo eles: a conduta ilícita, o dano e o nexo causal. Entretanto, não se exige o elemento culpa. Ela pode até existir, mas não será essencial para configuração do dever de indenizar. Essa modalidade de responsabilização surgiu para suprimir lacunas deixadas pela responsabilidade subjetiva, uma vez que nem sempre a vítima tem condições de comprovar a culpa do ofensor. Um exemplo de aplicação da responsabilidade civil objetiva são as relações de consumo, regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990).

> proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar.

Assim, vislumbra-se que o dano é essencial para o reconhecimento da necessidade de reparação, sendo ela consequência lógica do prévio dano, não havendo dever de reparar se não houver prejuízo.

No âmbito jurídico, dano significa "ofensa ou lesão aos bens ou interesses suscetíveis de proteção jurídica" (ALVIM, 1975, p. 171). O dano, representado pela conduta antijurídica de uma pessoa, traz como consequência, lógica e jurídica, a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado (PEREIRA, 1997, p. 13), na medida do prejuízo.

Nesse sentido, convém salientar que o causador do dano deve reparar os males que causar independentemente de serem apenas materiais ou também morais (PEREIRA, 2014, p. 607), como geralmente é o caso das violações à intimidade.

Importante destacar, ainda, os ensinos de Busa Mackenzie Michellazzo (2000, p. 22-23), segundo o qual:

> A reparação do dano moral não visa reparar no sentido literal a dor, pois esta não tem preço, mas aquilatar um valor compensatório para amenizar a dor moral. Para isso requer indenização autônoma, pelo critério de arbitramento, onde o Juiz fixará o quantum indenizatório, levando em conta as condições das partes, nível social escolaridade o prejuízo que sofreu a vítima o grau de intensidade da culpa e tudo o mais que concorre para a fixação do dano. Para que o ofensor sinta o peso do dano que provocou, a indenização deverá ser paga em dinheiro, porém este, jamais será suficiente para reparar a perda, apenas facultando através de benefícios materiais, uma forma de minimização da dor.

Assim, quanto ao dano moral, na maioria dos casos, a reparação *in natura* é impossível, pois o bem personalíssimo lesado não admite a recomposição, como ocorre, por exemplo, quando da lesão grave a membro, à perda de um familiar ou mesmo nas lesões à honra.

Quanto ao tema, assevera Andrade (2009, p. 166):

> […] no tocante ao dano moral não há falar em correspondência valorativa ou simetria entre dano e indenização. A ausência de economicidade ou de "patrimonialidade" do bem afetado ou lesado pelo dano moral impede essa equação. Denota-se que, em muitas situações, o papel concretamente desempenhado pela indenização do dano moral encontra-se distanciado do que lhe é traçado de forma ideal ou abstrata pela teoria clássica. Nem sempre a indenização do dano moral serve de conforto ou consolo, atuando muitas vezes como verdadeira forma de retribuição do mal sofrido.

Uma das concepções mais tradicionais do dano moral é aquela que o traduz como dor, referente à alteração do estado anímico da pessoa, psicológico ou espiritual.

Nesse sentido tem-se a definição de Antônio Chaves (1985, p. 607) que entende que o elemento característico do dano moral é a dor, em sentido amplo, assim, tanto a dor física quanto a dor moral, propriamente dita. Por fim, o autor conceitua dano moral como *"*a dor resultante de uma violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial".

Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 47) igualmente analisa o paralelo entre dano moral e dor/sofrimento, mencionando a dificuldade em conversão do dano moral em pecúnia:

> Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o bonus pater familias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre as rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal.

Assim, conforme explicado por Sílvio de Salvo Venosa, não é qualquer dano que será reconhecido como passível de indenização, bem como não é qualquer modalidade de dor que gera esse dano. Sílvio de Salvo Venosa estipula que deve existir um dissabor robusto, ou seja, que extrapole os meros aborrecimentos a que todos estão sujeitos no dia a dia.

No entanto, essa configuração de dano moral somente vinculado à dor ou sofrimento vem sendo debatida doutrinariamente e jurisprudencialmente e hoje já se admite que o dano moral exista em decorrência do próprio ato em si, trata-se do dano moral *in re ipsa*.

Quanto a essa nova concepção de dano moral, Gustavo de Andrade (2009, p. 65) traz a seguinte ponderação:

> Não se pretende refutar que o dano moral comumente produza ou seja apto a produzir perturbações psíquicas ou espirituais. Tampouco se pode negar que a dor, a vergonha, a tristeza ou qualquer outra reação psicológica negativa provocada pela lesão a um bem da personalidade sejam as principais motivações para a reação contra ofensas aos direitos da personalidade. O que se busca demonstrar, tão

> somente, é que tais reações íntimas ou internas não se confundem necessariamente com o dano moral, mas constituem, muitas vezes, resultados ou consequência eventual dessa espécie de dano.

Através dessa nova perspectiva é possível vislumbrar que os efeitos da violação do direito à intimidade na vida da vítima ultrapassam o previsto nas arcaicas percepções doutrinárias, justificando, ainda mais, a necessidade de sua reparação do modo mais amplo possível.

O Superior Tribunal de Justiça possui inúmeras súmulas abordando a temática, das quais se destacam as súmulas nº 37[16] (BRASIL, 1992), 227[17] (BRASIL, 1999) e 387[18] (BRASIL, 2009), as quais foram promulgadas após a edição da Constituição Federal de 1988.

Apenas para exemplificar o entendimento jurisprudência quanto ao reconhecimento do dever de indenizar, Roberto Senise Lisboa (2012, p. 289) traz as seguintes considerações:

> O Superior Tribunal de Justiça apenas tem admitido a análise de recursos especiais referentes à reparação por danos morais, quando o valor da indenização fixada pelo tribunal de origem é considerado irrisório ou exorbitante. É que a Súmula 7 preceitua: a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Com isso, embora o Superior Tribunal de Justiça não admita recurso especial para nova análise das provas obtidas no processo judicial, reconhece a possibilidade de revisão do valor da indenização fixada pelo tribunal de origem.

No mais, fartos são os exemplos na jurisprudência nacional quanto ao reconhecimento do dever de indenizar em casos de violações morais, seja nos tribunais superiores, seja nos tribunais de segundo grau.

Valendo-se do amplo reconhecimento dos danos morais e valores arbitrados a título de indenização, não demorou muito para que surgisse a chamada cultura do dano moral, na qual os indivíduos se aproveitam de situações de vulnerabilidade para forçar uma cobrança por vezes indevida de dano moral.

Para melhor compreender o assunto, trazem-se os seguintes ensinamentos de Flávio Tartuce (2014, p. 478):

16 Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato (BRASIL, 1992).

17 Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral (BRASIL, 1999).

18 Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral (BRASIL, 2009).

> De início, logo após a Constituição Federal de 1988, entendia-se que o dano moral seria, em regra, presumido. Porém, diante de abusividades e exageros cometidos na prática – a gerar o que foi denominado pela imprensa nacional como uma suposta indústria do dano moral –, passou-se a defender a necessidade da sua prova, em regra. Isso, também pela consciência jurisprudencial de que o dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos suportados por alguém no seu dia a dia.
> Ultimamente, a tendência jurisprudencial é de ampliar os casos envolvendo a desnecessidade de prova do dano moral, diante do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), um dos baluartes do Direito Civil Constitucional. De qualquer forma, para afastar o enriquecimento sem causa, dotando a responsabilidade civil de uma função social importante, segue-se o entendimento pelo qual se deve considerar como regra a necessidade de prova, presumindo-se o dano moral em alguns casos, como nos antes descritos.

Assim, compreende-se que desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 a jurisprudência pátria evoluiu muito, aperfeiçoando seus entendimentos para afastar a ganância e apenas indenizar os casos devidos, sem representar enriquecimento sem causa à vítima.

No mais, a despeito das incontáveis tentativas de enriquecimento sem causa, a jurisprudência ainda prossegue protegendo as vítimas de dano, o qual pode ser presumido em casos específicos, carecendo de comprovação em sua grande maioria.

Também nesse sentido, José Mário Delaiti de Melo (2013, não paginado) traz as seguintes considerações:

> A banalização do Dano Moral, haja vista os inúmeros pedidos inócuos e extremamente oportunistas fomentados por uma lacuna derivada de um rigoroso subjetivismo em relação ao seu quantum, e que atualmente vem sendo combatida por alguns critérios doutrinários e jurisprudenciais adotados, é que tem inspirado relevantes discussões entre os juristas, especialmente, os profissionais, dentre eles advogados e juízes.

Compreende-se, assim, que houve o desenvolvimento da ganância por parte de um grupo de indivíduos, o que por certo deve combatido tanto pela jurisprudência quanto pelos próprios defensores durante a advocacia preventiva/extrajudicial.

Complementando, José Mário Delaiti de Melo (2013) ainda traz que:

> Percebe-se assim, que algumas pessoas, movidas talvez por uma intenção mesquinha ou por um apego exagerado a bens materiais, resolvem provocar e inflacionar o Poder Judiciário com ações indenizatórias absurdas, como ocorreu nos casos acima citados e que a justiça deve estar atenta para não fazer de um mero incômodo, o desconforto, o enfado decorrentes de alguma circunstância em que o homem médio tem de suportar em razão de viver em sociedade, não sirvam para que sejam concedidas tais indenizações.

> Vale ressaltar ainda, que a reparação por dano moral há que ser arbitrada dentro da razoabilidade, haja vista que não tem o condão de propiciar enriquecimento ilícito de quem postula, prática repelida pelo sistema jurídico.

Também nesse sentido, Isabella Menta Braga (2012) tece as seguintes considerações quanto ao combate à cultura do dano moral, trazendo que:

> E como frear essa situação que, no final, acaba por assolar o judiciário de ações e contribuir para a lentidão da Justiça? Somente os juízes podem reverter esse quadro e, para o bem geral, é isso que está acontecendo. Cada vez menos, a não ser que haja motivo justo, autores aventureiros estão obtendo êxito em suas mirabolantes ações.
> A título de exemplo, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) negou indenização a um consumidor que encontrou um inseto dentro de uma garrafa de refrigerante que não fora consumida tendo, assim justificado a decisão: "a simples aquisição de refrigerante contendo inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, encontra-se no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo, sem abalo à honra, e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade".
> Outro exemplo foi o consumidor que teve negada indenização por conta de defeito apresentado no ar condicionado de seu veículo. Nesta oportunidade o magistrado entendeu que defeitos são comuns e não são motivos capazes de gerar abalo moral.
> Para encerrar, é interessante notar que a busca pelo "dinheiro fácil" chega a situações inimagináveis, como o caso de um empregado que ajuizou ação por ter sido repreendido por seu superior, com uma advertência.

Assim, dos excertos trazidos, vislumbra-se que se valendo da previsão constitucional do dever de reparação aos danos morais, uma parcela da sociedade brasileira desenvolveu uma ganância quanto às indenizações, utilizando-se dos mais variados meios para ver reconhecido o dever de indenizar judicialmente, contribuindo para o abarrotamento do Poder Judiciário.

Reconhecendo tal situação, o próprio Judiciário vem desenvolvendo meios de identificar os casos que efetivamente necessitam de condenação judicial para reparar os danos, a fim de evitar o estímulo ao desenvolvimento dessa cultura, visando igualmente reprimir quem dela se aproveite.

No que tange ao dano moral decorrente da violação do direito ao esquecimento, a qual é pleiteada quando a divulgação de informação por terceiros (ou reavivamento de informações pretéritas) resulta em afronta à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem. Dentro dessa perspectiva, somente após a publicação do ato lesivo é que o pleito indenizatório poderá ser interposto, mediante a comprovação de que o conteúdo divulgado excedeu os limites da liberdade de expressão. Por certo que o reconhecimento do dano moral em casos envolvendo o direito ao esquecimento são, via de regra, dotados de imprevisibilidade pelo ofensor, que não terá amplo conhecimento se o caso narrado ou reavivado atinge o direito subjetivo de terceiros.

Compreendidas essas considerações quanto ao dano moral em si, sua proteção constitucional e aplicação jurisprudencial, impende-se prosseguir com o estudo para apreciar os necessários aspectos quanto ao direito ao esquecimento, o qual será analisado a seguir.

2. BREVE PANORAMA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Realizadas as necessárias considerações quanto ao direito à privacidade e intimidade, bem como o direito à informação, nesse capítulo é analisado o direito ao esquecimento e sua conceituação, a qual se articula com o que foi abordado no capítulo anterior.

Inicialmente será realizada uma exposição acerca do direito ao esquecimento, com as conceituações existentes, para então analisar as aplicações doutrinárias e jurisprudenciais do conceito, momento em que se analisarão alguns julgados brasileiros referentes a temática. Por fim, são abordados os riscos do reconhecimento indiscriminado do direito ao esquecimento.

2.1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O CASO MARIO COSTEJA GONZALEZ

A crescente facilitação de acesso às notícias e dados através dos meios telemáticos, especialmente os sistemas de busca, trouxeram como efeito reflexo indesejado o acesso irrestrito a informações e dados pretéritos da vida pessoal de cada um de nós, sendo certo que tal facilitação acaba por intervir no direito à intimidade.

Como forma até mesmo de buscar uma limitação do direito de uso dessas informações a qualquer tempo surge o direito ao esquecimento, que tenta definir ou traçar fronteiras entre direitos constitucionais em colisão (direito à intimidade e direito à informação, analisados no capítulo anterior).

O denominado direito ao esquecimento pode ser definido como o direito a voltar a ser anônimo, ou mesmo de ser deixado em paz e não ser mergulhado novamente em fatos desagradáveis que se encontram cobertos pelo lapso temporal. Definir o início da abordagem judicial do tema é um caminho tormentoso, vez que a sua relação íntima com o direito à privacidade e intimidade acabam por aumentar o histórico do instituto e tornar impreciso o seu nascimento.

No entanto, alguns julgados internacionais e nacionais podem ajudar a desvendar as características desse direito.

Inicialmente, cite-se o caso do espanhol Mario Costeja Gónzalez, que processou as empresas do grupo Google para que elas se abstivessem de apontar os dados de um

leilão de imóvel levado a efeito por dívidas de Mario, as quais já se encontravam pagas quando da propositura da demanda (demanda interposta em 2010, leilão realizado em 1998). O processo foi analisado pela justiça espanhola e foi interposto recurso que acabou empurrando o processo para análise da Corte Europeia, o que ocorreu em 13 de maio de 2014[19].

Em apertada síntese, decidiu o Tribunal Europeu que os registros originais do leilão deveriam ser mantidos no sítio eletrônico de origem (que no caso em análise era um jornal que publicizou o leilão), mas o Google deveria se abster de indicar tais sítios nas buscas pelo nome do requerente.

O entendimento expresso no julgado perpassa pela análise da natureza das atividades prestadas pelo provedor de busca, o Google. Enquanto a empresa defendia que não atuava no tratamento específico dos dados *online* em páginas de terceiros e que mesmo que se admita que a empresa atua nessa seara, ela não pode ser responsabilizada juridicamente, na medida em que ele não conhece o teor desses dados e não possui qualquer controle sobre eles. Já o requerente, Mario Costeja González, com apoio dos Governos espanhol, italiano, austríaco e polonês, e da Comissão Europeia, sustentou que a ação do provedor de busca é de tratamento de dados, cabendo, portanto, a responsabilização da empresa, na medida que ela disponibiliza os dados e define os meios de tratamento destes.

Nesse sentido, definiu o Tribunal Europeu (INFOCURIA, 2014, não paginado):

> [...] não se discute que entre os dados encontrados, indexados e armazenados pelos motores de busca e postos à disposição dos seus utilizadores figuram também informações sobre pessoas singulares identificadas ou identificáveis e, portanto, 'dados pessoais' na acepção do artigo 2.°, alínea a), da referida diretiva. [...] ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor de busca 'recolhe' esses dados, que 'recupera', 'registra' e 'organiza' posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, 'conserva' nos seus servidores e, se for caso disso, 'comunica' e 'coloca à disposição' dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas.

Assim, entendeu-se que o Google possui responsabilidade sobre os dados apresentados, vez que recolhe, indexa e inclusive prioriza a apresentação de alguns dados quando utilizado o sistema de busca. Passada essa análise, o Tribunal se debruçou acerca do direito da pessoa de que seu nome deixe de aparecer em sistema de busca, associada a outros resultados, inibindo informações pretéritas acerca de determinado fato.

19 A íntegra do acórdão encontra-se disponível online.
Disponível em: < http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752 >. Acesso em: 18 set. 2016.

Ao se analisar tal tema, a Corte Europeia se manifestou expressamente quanto a prevalência do direito fundamental da pessoa de ter seu nome suprimido da lista de resultados sobre o interesse econômico do provedor de buscas e mesmo sobre o direito à informação da população em geral, que busca dados da pessoa quando digita o nome no motor de busca. No entanto, restou ressalvado que a mesma lógica não se aplicaria quando a pessoa em questão é uma figura pública, onde o direito fundamental da intimidade restará solapado pelo preponderante interesse público no acesso aos dados.

No caso concreto Mario *versus* Google entendeu a Corte Europeia:

> Tratando-se de uma situação como a que está em causa no processo principal, que diz respeito à exibição, na lista de resultados que o internauta obtém ao efetuar no Google Search uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa, de ligações a páginas de arquivos em linha de um jornal que contém anúncios que mencionam o nome dessa pessoa e que respeitam a uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, há que considerar que, tendo em conta o caráter sensível, para a vida privada dessa pessoa, das informações contidas nesses anúncios e o fato de a sua publicação inicial remontar há 16 anos, a pessoa em causa tem comprovadamente direito a que essas informações já não sejam associadas ao seu nome através dessa lista. Por conseguinte, na medida em que, no caso em apreço, não parece haver razões especiais que justifiquem um interesse preponderante do público em ter acesso a essas informações no âmbito dessa pesquisa, o que, todavia, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, a pessoa em causa pode [...] exigir a supressão das referidas ligações dessa lista de resultados.

Dessa forma, a Corte Europeia sopesou o lapso temporal entre a publicação e o pedido de supressão realizado (mais de 16 anos), bem como a sensibilidade das informações constantes (dívidas pretéritas relacionadas a Seguridade Social), avaliando também a ausência de interesse público para manutenção dos dados pelo motor de busca.

O caso analisado traz considerações relevantes para construção do direito ao esquecimento. Observa-se que ao reconhecer o direito de Mario de ter suprimida a informação referente a dívida pretérita e indexada nas listas de busca do Google, a Corte Europeia acabou por limitar o direito à informação e até mesmo o direito de empresa e econômico do Google.

Dessa forma, intensos debates se iniciaram a partir do julgado citado. Relevante mencionar o posicionamento público da entidade “Artigo 19”, organização sem fins lucrativos com atuação global, nomeada em homenagem ao Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que prevê:

> Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Atuando a organização na defesa do direito à informação, seu posicionamento não poderia ser outro que não contrário ao reconhecimento ao direito ao esquecimento. Assim, a entidade lança, em 02 de agosto de 2016 uma Cartilha em que expressa recomendações abrangentes para prevalência do direito à liberdade de expressão frente ao direito ao esquecimento. Logo no sumário executivo da cartilha, tem-se que (2016, p. 1-2):

> O "direito ao esquecimento" não é expressamente reconhecido em padrões internacionais de direitos humanos nem em constituições nacionais. Seu escopo permanece em grande parte indefinido: varia entre um direito mais limitado, protegido pela existência de uma lei de proteção de dados, até noções mais amplas, abrangendo a proteção da reputação, honra e dignidade. Ele veio à tona com a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso do Google Espanha de 2014. Neste caso, o TJUE assegurou que os princípios de proteção de dados aplicavam-se à publicação dos resultados de pesquisa dos buscadores e que os indivíduos tinham o direito de solicitar que os buscadores que operam na União Europeia retirem da lista de resultados de busca informações obtidas por uma pesquisa de seu nome. No entanto, esta questão não se limita à Europa, uma vez que depois do julgamento do TJUE, vários Estados fora da Europa adotaram uma lei específica sobre "direito ao esquecimento" ou estão procurando adotar novas leis sobre o assunto.
>
> A ARTIGO 19 está preocupada com esta evolução e as implicações do "direito ao esquecimento" no que tange o direito à liberdade de expressão. Assim, nestas diretrizes políticas, a ARTIGO 19 propõe uma estrutura como solução para as questões levantadas pelo "direito ao esquecimento", baseada nas leis internacionais de direitos humanos.
>
> AARTIGO 19 não defende o reconhecimento do "direito ao esquecimento" em normas nacionais ou internacionais. Ao contrário, nestas diretrizes políticas, se oferecem recomendações detalhadas sobre como conseguir um equilíbrio adequado entre o direito à liberdade de expressão e outros direitos neste contexto, e quais garantias substantivas e processuais deveriam ser colocadas em prática, a fim de proteger o direito à liberdade de expressão, caso tal "direito" seja reconhecido e concedido.

Observa-se assim que o debate se encontra longe do fim. A cartilha mencionada apenas comprova a resistência e contrariedade que o reconhecimento do direito ao esquecimento levanta. Passadas as conceituações precípuas, bem como a contextualização do direito ao esquecimento no direito internacional, passa-se a análise do contexto nacional, o que será melhor abordado no próximo tópico.

2.2 A JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL: ANÁLISE DOS JULGADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No Brasil a polêmica atinge igual patamar. Muito embora se encontre nos tribunais pátrios algumas decisões abordando o direito ao esquecimento de forma periférica, como, por exemplo, em relações de consumo e a obrigatoriedade de retirada dos dados do consumidor dos cadastros restritivos de crédito após o transcurso de 05 (cinco) anos da data do débito, tem-se que o tema ainda é incipiente e problemático, inexistindo consenso entre doutrinadores e julgadores.

No âmbito do Tribunal de Justiça de Rondônia, localizou-se nos sistemas de busca apenas um julgado mencionando de forma expressa o direito ao esquecimento. Trata-se do acórdão prolatado nos autos nº 0000001-22.2016.8.22.0006, originário da cidade de Presidente Médici e analisado pela 2ª Câmara Criminal de Rondônia em 10 de agosto de 2016[20].

No mencionado caso, analisou-se a possibilidade de condenações transitadas em julgado configurarem maus antecedentes ou serem consideradas na dosimetria da pena. Ressalte-se que o acórdão tão somente citou o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.396.731/SP, no qual restou definido que ultrapassado decorrido o período de cinco anos previsto no art. 64, inciso I do Código Penal, os maus antecedentes não podem ser usados para exasperar a pena-base. Como no caso sob análise ainda não havia decorrido 05 anos entre todos os antecedentes apontados na sentença, a decisão originária foi mantida por seus próprios fundamentos.

Nesse sentido, importante analisar que a decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia se apoia, de forma expressa, em um julgado oriundo do Supremo Tribunal Federal que analisou idêntica matéria.

Em análise ao site do Supremo Tribunal Federal, foram localizados dois Habeas Corpus versando sobre o tema e ambos fundamentam as decisões no direito ao esquecimento.

Inicialmente tem-se o citado pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, o *Habeas Corpus* 126.315/SP[21], em que o Ministro Gilmar Mendes assim se manifesta:

---

20 Autos 0000001-22.2016.8.22.0006; Apelação; Origem: Presidente Médici/RO (1ª Vara Criminal)Apelante: Jose Carlos Pereira; Apelado : Ministério Público do Estado de Rondônia; Relator: Desembargador Valdeci Castellar Citon; Revisor: Desembargador Miguel Monico Neto; Processo publicado no Diário Oficial em 24/08/2016. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=2>. Acesso em: 18 set. 2016.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 126.315/SP. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 15 set. de 2015. DJe 246, 7 dez. 2015. Acesso em 18 set. 2016.

> Ora, a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal ad æternum, em verdade, é pena de caráter perpétuo mal revestida de legalidade.
> [...] o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão legal na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia in malam partem, método de integração vedado no ordenamento jurídico.
> É que, em verdade, assiste ao indivíduo o "direito ao esquecimento", ou "direito de ser deixado em paz", alcunhado, no direito norte-americano de "the right to be let alone".
> O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em julgado análogo, referente ao Habeas Corpus 118.977/MS[22], o Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli também evocou o direito ao esquecimento, veja-se:

> O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda imposta em regular processo penal.
> Faz ele jus ao denominado "direito ao esquecimento", não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta.
> Para tanto delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64).
> Se essas condenações não mais prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos.

No entanto, sequer há unicidade na Corte Suprema acerca da temática, vez que o Tema 150[23] (com Repercussão Geral reconhecida) ainda não foi definitivamente analisado pela Corte, aguardando julgamento desde 2009 e agora sob relatoria do Ministro Roberto Barroso (em substituição ao então Ministro Joaquim Barbosa).

Pois bem, passada a análise da esfera penal, tem-se que o tema também não encontra vastidão de julgados na esfera cível, muito embora, em março de 2013, na VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, tenha sido aprovado um Enunciado defendendo a existência do direito ao esquecimento como uma expressão da dignidade da pessoa humana. Trata-se do Enunciado 531, que prevê que "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento".

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RHC 118.977/MS. Rel.: Min. DIAS TOFFOLI. 18 mar. 2014, un. DJe 67, 4 abr. 2014. Acesso em 18 set. 2016.

23 Tema 150 - Consideração de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.

Muito embora o citado Enunciado tenha reconhecido a existência do direito ao esquecimento, não enuncia as bases em que se verificará a sua violação ou se demandará a sua proteção. Ao buscar o histórico de criação do citado Enunciado, localizou-se entrevista realizada com o autor do Enunciado, o promotor de Justiça do Rio de Janeiro Guilherme Magalhães Martins, publicada pelo Conjur em 21 de outubro de 2013[24], onde ele explica que o direito ao esquecimento não se sobrepõe ao direito à liberdade de informação e de manifestação de pensamento, havendo prerrogativas e premissas que devem ser avaliadas, explicando que:

> É necessário que haja uma grave ofensa à dignidade da pessoa humana, que a pessoa seja exposta de maneira ofensiva. Porque existem publicações que obtêm lucro em função da tragédia alheia, da desgraça alheia ou da exposição alheia. E existe sempre um limite que deve ser observado.

O promotor ainda ressalva que o direito ao esquecimento não é absoluto, aduzindo que: "Muito pelo contrário, ele é excepcional", o que apenas destaca a necessidade de se estabelecerem pressupostos para seu reconhecimento, a fim de evitar a banalização de seu reconhecimento.

Há, no Brasil, dois casos emblemáticos envolvendo a matéria e que foram analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, sob responsabilidade do mesmo Relator, Ministro Luís Felipe Salomão, sendo interessante observar, de plano, que os julgados tiveram conclusões divergentes. Em um dos casos se reconheceu a violação do direito ao esquecimento e em outro, não.

O primeiro caso é o Recurso Especial 1.334.097, oriundo do Rio de Janeiro. Trata-se de análise da demanda interposta por Jurandir Gomes de França pleiteando danos morais da empresa TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S.A.), em decorrência do reavivamento do passado e menção de crime para o qual Jurandir foi absolvido. O autor informa, na inicial, que foi autuado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, conhecida nacionalmente como Chacina da Candelária, mas, ao final, submetido a Júri, foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença.

Informa que foi procurado por funcionários da ré para realização de entrevista a ser veiculada em programa televisivo (Linha Direta - Justiça) – manifestando de pronto o desinteresse em ter sua imagem associada ao crime veiculada em rede nacional. Porém, em junho de 2006, à revelia do autor, o programa foi veiculado e o autor foi apontado como envolvido na chacina que posteriormente fora absolvido.

24 Direito ao esquecimento é garantido por Turma do STJ. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-esquecimento-garantido-turma-stj-enunciado-cjf>. Acesso em: 18 set. 2016.

Fundamentou o autor que a veiculação do programa tornou pública situação já superada, reavivando na comunidade que reside a imagem negativa de chacinador, trazendo ódio social e ferindo o seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Aduz que também teve prejuízos profissionais, não conseguindo mais alocação no mercado de trabalho, além de ter precisado mudar de cidade para evitar justiçamento por parte de traficantes e até mesmo visando proteger seus familiares.

A empresa, por outro lado, defendeu-se evocando o direito à liberdade de expressão e informação, aduzindo que não apontou Jurandir como culpado, mas tão somente traçou um panorama histórico acerca dos acontecimentos, citando de forma expressa a absolvição de Jurandir.

O Juízo monocrático de primeira instância sopesou os direitos em conflito, de um lado, o interesse público da notícia acerca de "evento traumático da história nacional" e que repercutiu "de forma desastrosa na imagem do país junto à comunidade internacional", e, de outro, o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor e entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido de reparação por danos morais.

Em segunda instância, o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro reformou a decisão, reconhecendo o pleito indenizatório nos termos da seguinte ementa:

> Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal.
> I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último.
> II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil.
> III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento.
> IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.
> V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R$ 50.000,00 a título de indenização.

Assim, observa-se que o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro consignou que, como o autor havia sido absolvido em processo criminal, a menção ao seu nome e demais dados que possibilitassem a sua individualização representou abuso ao direito de informar.

Em sede de embargos de declaração, o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro complementou a decisão exarada inicialmente, aduzindo que:

> [...] 2. Conquanto inegável seja o interesse público na discussão aberta de fatos históricos pertencentes à memória coletiva, e de todos os pormenores a ele relacionados, é por outro lado contestável a necessidade de revelarem-se nome completo e imagem de pessoa envolvida, involuntariamente, em episódio tão funesto, se esses dados já não mais constituem novidade jornalística nem acrescem substância ao teor da matéria vocacionada a revisitar fatos ocorridos há mais de década.
> Não é leviano asseverar que, atendido fosse o clamor do autor de não ter revelados o nome e a imagem, o distinto público não estaria menos bem informado sobre a Chacina da Candelária e o desarranjado inquérito policial que lhe sucedeu, formando uma vergonha nacional à parte.
> 3. Recorre-se ao juízo de ponderação de valores para solver conflito (aparente) de princípios de Direito: no caso, o da livre informação, a proteger o interesse privado do veículo de comunicação voltado ao lucro, e o interesse público dos destinatários da notícia; e o da inviolabilidade da intimida- de, da imagem e da vida privada.
> A desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de um pseudônimo (como se faz, em observância a nosso ordenamento, para proteção de menores infratores) consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.
> 4. Das garantias fundamentais à intimidade e à vida privada, bem assim do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, extraíram a doutrina e a jurisprudência de diversos países, como uma sua derivação, o chamado “direito ao esquecimento”, também chamado pelos norte-americanos de “direito de ser deixado em paz”.
> Historicamente, a construção desses conceitos jurídicos fez- se a bem da ressocialização de autores de atos delituosos, sobretudo quando libertados ou em vias de o serem.
> Se o direito ao esquecimento beneficia os que já pagaram por crimes que de fato cometeram, com maior razão se deve observá-lo em favor dos inocentes, involuntariamente tragados por um furacão de eventos nefastos para sua vida pessoal, e que não se convém revolver depois que, com esforço, a vítima logra reconstruir sua vida.
> 5. Analisado como sistema que é, nosso ordenamento jurídico, que protege o direito de ressocialização do apenado (art. 748 do CPP) e o direito do menor infrator (arts. 17 e 18 do ECA), decerto protegerá também, por analogia, a vida privada do inocente injustamente acusado pelo Estado.
> 6. O direito de imagem não se confunde com o direito à honra: para a violação daquele, basta o uso inconsentido da imagem, pouco importando se associada ou não a um conteúdo que a denigra.
> Não sendo o autor pessoa pública, porque a revelação de sua imagem já não traz novidade jornalística alguma (pois longínqua a data dos fatos), o uso de sua imagem, a despeito da expressa resistência do titular, constitui violação de direito a todos oponível, violação essa que difere da ofensa moral (CF. art. 5º, V, da CF).

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão proferida em segunda instância, negando provimento ao Recurso Especial por unanimidade, reafirmando o relator a ocorrência de violação do direito ao esquecimento (BRASIL, 2013, não paginado).

O segundo julgado se refere ao Recurso Especial 1.335.153 (BRASIL, 2013, não paginado), igualmente oriundo do Rio de Janeiro. O feito também aborda a veiculação do Programa Linha Direta, no entanto, a ação foi movida por familiares da vítima, que foram rememorados dos acontecimentos com a veiculação do programa mencionado.

A ação foi proposta por Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi pleiteando condenação da empresa TV Globo Ltda. em danos morais, materiais e à imagem. Aduziram os autores serem os únicos irmãos vivos de Aída Curi, vítima de homicídio no ano de 1958, crime que ficou nacionalmente conhecido por força do noticiário da época, assim também o processo criminal subsequente.

Sustentam que o crime fora esquecido pelo passar do tempo, mas que a emissora ré cuidou de reabrir as antigas feridas dos autores, veiculando novamente a vida, a morte e a pós-morte de Aida Curi, inclusive explorando sua imagem, mediante a transmissão do programa chamado Linha Direta-Justiça. Entendem que a exploração do caso pela emissora, depois de passados tantos anos, foi ilícita, tendo ela sido previamente notificada pelos autores para não o fazer, indicando estes, ademais, que houve enriquecimento ilícito por parte da ré com a exploração de tragédia familiar passada, auferindo lucros com audiência e publicidade.

Por isso pleitearam indenização por danos morais – em razão de a reportagem ter feito os autores reviverem a dor do passado –, além de danos materiais e à imagem, consistentes na exploração comercial da falecida com objetivo econômico.

Em primeira instância, o Juiz de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ julgou improcedentes os pedidos dos autores, tendo a sentença sido mantida em grau de apelação, nos termos da seguinte ementa:

> INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA”. AUSÊNCIA DE DANO.
> Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direita Justiça”.
> 1 – Preliminar – o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas.
> 2 – A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apensa quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais.

> Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos.
> A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado
> O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente.
> Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator (fls. 974-975).

O feito foi julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça na mesma data que o processo movido por Jurandir - mencionado anteriormente, em 28 de maio de 2013, vez que os processos foram pautados em conjunto.

No entanto, diferente do caso anterior, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem afastar a ocorrência de dano moral à espécie, dando especial ênfase a historicidade do fato narrado, aduzindo o Relator que:

> Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.
> Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.
> É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.
> Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexo causal, para chegar-se, finalmente, ao

> dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo o ocorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

Observa-se que o Relator abordou pontos específicos quanto a ocorrência do dano moral e os requisitos necessários para sua configuração.

Nesse sentido, convém salientar as compreensões de Eduardo Lasmar Prado Lopes (2015, p. 132-133):

> Após a análise das decisões, deve-se esclarecer que entendo que não há um "direito ao esquecimento". Em primeiro lugar, porque é muito difícil traçar a diferença entre um crime histórico e um crime "artificialmente" famoso, principalmente pelo fato de o acórdão não deixar claro quais os critérios para esses parâmetros.
> Em segundo lugar, a liberdade de expressão é um direito preferencial na ordem jurídica brasileira vigente e, como tal, tem preferência nas colisões com outros direitos fundamentais, o que torna o "direito ao esquecimento" incompatível com as condições para a restrição das liberdades comunicativas.
> Em terceiro lugar, não há base constitucional ou legal para tal restrição, que é bastante vaga e genérica. Não bastasse isso, o direito ao esquecimento impõe um ônus muito grande à liberdade de expressão, restringindo-a de forma desproporcional.
> Em quarto lugar, os precedentes invocados no julgado no direito comparado já foram superados, (...).
> Em quinto lugar, não há como contar a história de um fato de interesse público, que se insere na história do Brasil, sem a participação de seus personagens. O simples transcurso do tempo não faz cessar o interesse público em determinado fato. Um "direito ao esquecimento" é incompatível com a História e com o direito à verdade e à memória. Além disso, o direito ao esquecimento no caso de Jurandir impede também que haja qualquer crítica à maneira como foram conduzidos o inquérito policial e o julgamento do caso, que são, certamente passíveis de crítica.

Do exposto, vislumbra-se uma reflexão quanto aos precedentes jurisprudenciais, especialmente quanto à fraca fundamentação e limitação exposta, contudo, tal crítica não se confunde com a certeza da inaplicabilidade do direito ao esquecimento, sendo mero posicionamento do emissor nesse ponto.

Ainda merece destaque o fato de o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça nos casos analisados não é definitivo. Ambos os processos mencionados tiveram Recursos Extraordinários admitidos, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transmitido, inclusive com reconhecimento da Repercussão Geral, aguardando pauta de análise pela Corte Suprema.

A análise dos julgados torna evidente o esforço, tanto da doutrina como da jurisprudência, em definir ou traçar de forma clara as fronteiras entre os direitos constitucionais em aparente colisão quando o assunto é direito ao esquecimento. A análise também aponta que essa colisão não é tão recente como aparenta, nesse sentido:

> Em verdade, o problema de extrapolar a interpretação do que é direito à informação em contraponto ao direito à intimidade, vem desde a era do rádio, com grau pouco maior na era televisiva e infinitamente mais abrangente na era digital.
> O direito ao esquecimento busca resguardar os direitos inerentes à personalidade humana, como a intimidade da pessoa, o direito à imagem, sendo que esta não pode ser violada por momentos e situações que não fazem mais parte do presente, para todos que desejarem ter acesso, em qualquer momento, visto que essa exposição pode causar prejuízos, os quais devem ser reparados na esfera judicial (PAZZINATO e FREITAS, 2015, p. 84).

Ainda, quanto a esta incerteza na proteção do acesso à informação ou à privacidade do particular, Paulo José da Costa Júnior (1995, p. 16) tece as seguintes críticas:

> Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privatividade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.

Há uma certa previsibilidade acerca do posicionamento do Superior Tribunal Federal, vez que recentemente a Corte analisou a possibilidade de publicação de biografias não autorizadas, dispensando a autorização prévia do biografado, entendendo que tal representaria censura prévia, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Considerando esse precedente, teriam os cidadãos ou, por falecimento, seus cônjuges, ascendentes e descendentes, o direito de não se submeter à divulgação não consentida de sua imagem ou de fatos pretéritos de sua vida?

Pela posição da Corte Suprema no julgamento do caso das biografias, a resposta seria negativa (pois configuraria censura prévia), no entanto, não há restrição para reconhecimento do abuso do dever de informar e aplicação do dano moral, em especial quando há transcurso de considerável lapso temporal e inexistente interesse público atinente à temática, nessa perspectiva Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 271) explica:

> Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Assim, a despeito da origem como mera informação para atualização da sociedade, esse interesse passa ao longo do tempo, exaurindo-se do cunho informativo com o passar dos anos, não havendo qualquer necessidade ou utilidade em ser relembrada a notícia tanto tempo depois. Ao contrário, relembrar a história por vezes acaba apenas fazendo reviver o sofrimento dos envolvidos, e dessa necessidade surge o direito ao esquecimento, o qual tem o condão de reafirmar a dignidade da pessoa humana em contraposição ao direito da informação após o decurso do tempo.

No entanto, o impasse encontra-se distante de acabar, por certo que se trata de um dos exemplos de "casos difíceis" previstos por Robert Alexy e que devem ser analisados dentro da teoria da ponderação de direitos/princípios, nesse sentido, bem exemplifica Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 115):

> As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte. Vale, aqui, o magistério de Eros Grau, que insiste em que "não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços", acrescentando que "a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado". Esse princípio concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário.

No entanto, não se ignora que o reconhecimento do direito ao esquecimento de forma indiscriminada pode ser lesivo e arriscado. Dentro dessa perspectiva, há alguns pontos mencionados pela doutrina e pela jurisprudência como impeditivos e cuidados com relação ao direito ao esquecimento que merecem ser analisados. Como a gama de variáveis é extensa, no presente trabalho serão analisados os argumentos contrários ao reconhecimento do direito ao esquecimento divulgados pelo Artigo 19, na cartilha publicada em 2016.

O primeiro deles se refere ao atentado à liberdade de expressão e de imprensa, vez que o reconhecimento do direito ao esquecimento acabaria por configurar um desmonte do Estado Democrático de Direito, prática análoga a censura prévia, vedada pelo ordenamento constitucional.

Nesse sentido, a Artigo 19 defende que (ARTIGO 19, 2016, p. 17):

> Existe interesse público na liberdade de expressão: Em geral, nenhuma justificativa deverá ser exigida para a publicação de informações que não seja privada. Além disso, o que a maioria das pessoas consideram ser informações triviais ou irrelevantes podem fornecer contribuições culturais de grande valor para os historiadores. Na medida em que as informações podem já estarem públicas, há um forte interesse em preservá-las e permanecer facilmente acessíveis para pesquisa, arquivamento ou fins de devida diligência.
> As próprias autoridades de proteção de dados consideram que a coleta de dados históricos e culturais - que podem incluir dados pessoais - deve ser incentivada e tratada como uma forma válida de conservação de dados para além da utilidade operacional dos mesmos.

Observe-se que o próprio reconhecimento de que não há direito absoluto afasta o primeiro argumento analisado. Isso porque dentro da teoria da ponderação de Robert Alexy determinado direito/princípio poderá se sobrepor a outro, sem negar validade ao instituto afastado, assim, a liberdade de expressão coexiste ao direito à intimidade e privacidade, não existindo preponderância ou hierarquia entre os direitos, devendo a análise sempre ocorrer no caso concreto.

O segundo argumento contrário à aplicação do direito ao esquecimento é que ele resultaria no desaparecimento de informações sobre determinada pessoa representa a perda da história, afrontando o direito à memória. Dentro dessa perspectiva, tem-se que nem sempre o direito ao esquecimento abordará a exclusão de bases de dados de forma ampla e irrestrita. Nesse sentido, merece destaque a decisão proferida pela Corte Europeia e mencionada no subtópico 2.1, em que apesar do reconhecimento da obrigação de fazer para que a empresa Google retirasse das listas de busca e indexação os registros referentes ao requerente, os cadastros originários foram mantidos, o que importa na preservação do acervo histórico.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que os meios telemáticos atuais ditam as regras e influenciam diariamente a vida da população de forma geral. No entanto, embora seja uma ferramenta democrática e que garante o acesso a informação sem barreiras, possui como contrapartida a vulnerabilidade e eternização de dados nas bases de dados.

Diante de tal fato, torna-se cada vez mais premente o debate acerca do chamado direito ao esquecimento, ou direito de ser deixado em paz: até que ponto os dados

cadastrados em bases de dados diversas podem ser acessados, publicados ou reavivados por terceiros? Como controlar de forma efetiva essas informações sem cair da armadilha da censura?

São questionamentos tormentosos e que continuarão após a elaboração do presente trabalho. Embora valorosas considerações e constatações tenham sido alcançadas, contribuindo para o desenvolvimento da temática, ainda pouco explorada pela doutrina e jurisprudência, não se pretendeu esgotar o tema, mas sim traçar um panorama acerca dos entendimentos e análises realizadas quanto ao direito ao esquecimento.

Observou-se, a partir do presente estudo, que ainda se está distante de uma conceituação efetiva acerca do direito ao esquecimento, atrelando-o, sobremaneira, ao direito à privacidade e intimidade. De igual forma, ainda há impasses quanto a existência e aplicação de tal direito, que encontra resistência de vários setores da sociedade, em especial dos meios midiáticos, jornalísticos e sociedades civil que fomentam o direito à liberdade de expressão.

A partir da análise de jurisprudências selecionadas, tanto internacionais quanto nacionais, foi possível verificar os limites judiciais que o direito ao esquecimento vem recebendo, sem ignorar as preocupações que o reconhecimento de tal direito traz para a sociedade de forma geral.

No entanto, algumas reflexões e considerações esposadas no primeiro capítulo ajudam a vencer muitas indagações que surgem quando se analisa o tema. Dentro dessa perspectiva, é preciso ter em mente que o Estado Democrático de Direito previsto na Constituição da República de 1988, expressa a legítima vontade do povo brasileiro, devendo sempre ser observado as disposições constitucionais sobre a temática.

Tanto o direito à informação como o direito à privacidade e intimidade possuem respaldo constitucional, o que traz a necessidade da análise do caso concreto sob a ótica sistemática e procedimental introduzida por Robert Alexy, de forma a trabalhar a melhor forma de conjugação e prevalência dos direitos, fazendo-o da forma menos lesiva.

Assim, dentro da premissa prevista por Robert Alexy é possível a ponderação entre os direitos fundamentais que englobam a matéria, sem que isso implique negação a algum direito constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1975.

ANDRADE, Gustavo de**. Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ANDRIGUI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. **Rev. TST**, Brasília, v. 73, n. 3, p. 65-66, jul./set. 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARTIGO 19. **"Direito ao esquecimento": Lembrando da Liberdade de Expressão**. São Paulo: 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1989.

BRAGA, Isabella Menta. **A indústria do dano moral**. abr. 2012. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/55749/a+industria+do+dano+moral.shtml>. Acesso em: 29 jul. 2016.

BRASIL. Código Civil (2002). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 out. 1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 1992. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 set. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **REsp 1334097/RJ**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **REsp 1335153/RJ**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 126.315/SP**. Rel.: Ministro GILMAR MENDES. 15 set. 2015. DJe 246, 7 dez. 2015. Acesso em 18 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **RHC 118.977/MS**. Rel.: Ministro DIAS TOFFOLI. 18 mar. 2014, un. DJe 67, 4 abr. 2014. Acesso em 18 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. **Autos 0000001-22.2016.8.22.0006**. Apelação; Origem: Presidente Médici/RO (1ª Vara Criminal); Apelante: Jose Carlos Pereira; Apelado: Ministério Público do Estado de Rondônia; Relator: Desembargador Valdeci Castellar Citon; Revisor: Desembargador Miguel Monico Neto; Processo publicado no Diário Oficial em 24/08/2016. Disponível em: <https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=2>. Acesso em: 18 set. 2016.

CANÁRIO, Pedro. STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez. **Revista Consultor Jurídico**, jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>. Acesso em: 19 abr. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev. aum. e atual. São Paulo, Malheiros, 2001.

CONJUR. **Direito ao esquecimento é garantido por Turma do STJ**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-esquecimento-garantido-turma-stj-enunciado-cjf>. Acesso em: 18 set. 2016.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**: tutela penal de intimidade. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DAL BELLO, Cíntia. Visibilidade, vigilância, identidade e indexação: a questão da privacidade nas redes sociais digitais. O Estatuto da Cibercultura no Brasil. **LOGOS 34**, v.34, n.1, p.139-151, 1º semestre, 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet. *In*: **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Madrid**, Universidad Complutense de Madrid (UCM); Facultad de Derecho. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

INFOCURIA. **Caso Mario Costeja Gónzalez**. Disponível m: <http://curia. europa.eu/ juris/document/ document. g=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>. Acesso em: 18 set. 2016.

KHOURI, Paulo R. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 89, p. 463 e ss., set. 2013.

LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 27 set. 2016.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um Esboço das Biografias no Brasil** - a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988. São Paulo: Almedina, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Alexandre. **Tribunal europeu reconhece "direito ao esquecimento" na Internet**. mai. 2014. Disponível em: <http://www.publico.pt/n1635712>. Acesso em: 19 abr. 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição**: comentários à Constituição Brasileira. v. 1. Barueri: Manole. 2005.

MELO, José Mário Delaiti de. A industrialização do dano moral. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12703&revista_caderno=7>. Acesso em: 29 jul. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHELLAZZO, Busa Mackenzie. **Do dano moral**: teoria, legislação, jurisprudência e prática. v. 1. 4. ed. São Paulo: Lawbook, 2000.

OST, François. **O Tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAMPLONA, Danielle Anne; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Exercício Democrático**: a tecnologia e o surgimento de um novo sujeito. Pensar (UNIFOR), v. 20, p. 82-105, 2015.

PAZZINATTO, Carlos Henrique. Sociedade tecnológica e de consumo: agilidade versus segurança, contrato e internet, novo regime de proteção jurídica da internet. *In*: **Direito do consumidor II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Sérgio Urguhart de Cademartori, Leonardo Macedo Poli. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 381-396. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=248>. Acesso em: 19 abr. 2016.

PAZZINATTO, Carlos Henrique; e FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O Direito ao Esquecimento Frente aos Mecanismos de Memória Eterna. **Revista Opinião Jurídica**, n. 17, v. 13, n. 17 (2015). [Recurso eletrônico on-line]. Disponível em <http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniaojuridica/article/view/316/184>. Acesso em: 19 abr. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. v. 3. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIBILIA, Paula. Os diários íntimos na internet e a crise da interioridade psicológica. **Antroposmoderno**. Disponível em: <http://antroposmoderno.com/antro-version-imprimir.php?id_articulo=1143>. Acesso em: 19 abr. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, 2003. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2016.

SOUZA, Giselle. Ação das biografias aponta como o STF pode julgar direito ao esquecimento. **Revista Consultor Jurídico**, jun. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-22/acao-biografias-aponta-stf-julgar-direito-esquecimento>. Acesso em: 19 abr. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! **Revista eletrônica Consultor Jurídico**, Coluna Semanal Senso Incomum. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>. Acesso em: 18 set. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. v. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. v. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

A TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS: SERENDIPIDADE.

Polianne Herlize Moreira Ratz Dos Reis[1]
Prof. Orientador: Me Franklin Vieira dos Santos

RESUMO: O presente trabalho busca discorrer sobre a teoria da serendipidade no processo penal, a qual significa a descoberta fortuita de novos fatos durante uma investigação criminal, sendo assim, esta descoberta fortuita pode ser em relação a novos crimes cometidos pelo sujeito investigado ou sobre o envolvimento de outros indivíduos no crime praticado. Ainda, debate-se sobre os princípios que regem o processo penal, os quais irão influenciar na aplicação dessa teoria. Ademais, os conceitos desta teoria tornam-se mais claros com a descrição e a conceituação das medidas cautelares investigativas, tais como a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a quebra de sigilo fiscal e bancário, entre outras, que na prática tornam a teoria mais efetiva. Dessa forma, á luz do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se extrair dos princípios constitucionais, processuais, da doutrina e jurisprudência as regras de aplicabilidade da teoria no caso concreto, bem como para que seja considerada legal, tendo em vista a ausência de regramento no nosso ordenamento. Portanto, o objetivo principal desta pesquisa será a análise dos principais aspectos jurídicos do instituto tendo como base a doutrina e a jurisprudência.

Palavras-chave: Teoria da Serendipidade; Processo Penal; Provas; Medidas cautelares;

RESUMEN: El presente trabajo busca discurrir sobre la teoría de la serendipidad en el proceso penal, que significa el descubrimiento fortuito de nuevos hechos durante una investigación criminal, siendo así, este descubrimiento fortuito puede ser en relación a nuevos crímenes cometidos por el sujeto investigado o sobre la implicación de otros individuos en el crimen practicado. Se discute sobre los principios que rigen el proceso penal, que influirá en la aplicación de esta teoría. Además, los conceptos de esta teoría se vuelven más claros con la descripción y la conceptualización de las medidas cautelares investigativas, tales como la búsqueda y aprehensión, la interceptación telefónica, la quiebra de secreto fiscal y bancario, entre otras, que en la práctica hacen la teoría más efectiva. De esta forma, a la luz del ordenamiento jurídico brasileño, se deben extraer de los principios constitucionales, procesales, de la doctrina y jurisprudencia las reglas de aplicabilidad de la teoría en el caso concreto, así como para que sea considerada legal, teniendo en vista la ausencia de

1 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (2013). Atualmente é técnica judiciária - Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Pós-Graduada em Direito pela Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON do Tribunal de Justiça de Rondônia

regla nuestro ordenamiento. Por lo tanto, el objetivo principal de esta investigación será el análisis de los principales aspectos jurídicos del instituto teniendo como base la doctrina y la jurisprudencia.

Palabras clave: Teoría de la Serendipidad; Proceso Penal; Pruebas; Medidas cautelares;

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar abordagens quanto a Teoria da Serendipidade e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao Processo penal, qual seja a persecução criminal.

A Teoria da serendipidade, nada mais é que o encontro inesperado de determinada prova durante uma investigação criminal de crime diverso, tendo em vista a ausência de regramento legal, vem suscitando inúmeras discussões no âmbito jurídico, seja doutrinária ou jurisprudencial, quanto ao limite da utilização dessa prova.

À luz dos princípios constitucionais da Carta Magna, o aplicador do direito jamais poderia permitir que fosse utilizado qualquer meio de prova que viesse ferir os princípios e garantias individuais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da proporcionalidade ou razoabilidade, entre outros, tendo em vista, a vedação Constitucional da utilização de prova ilícita no processo penal.

Todavia, deve-se levar em consideração que o instituto veio para potencializar a rápida solução de conflitos na seara criminal, a efetiva prestação jurisdicional diante de ilícitos penais, e a repreensão do Estado através do seu poder punitivo.

Do exposto, infere-se diante dos argumentos e os que serão tratados no decorrer do presente trabalho, o tema proposto abarca certas peculiaridades, e deve ser levado em consideração que o poder absoluto e punitivo do Estado não pode se contrapor com as garantias individuais, mas, que se deve analisar cautelosamente os meios possíveis e legais de utilização dessa teoria.

Portanto, pode-se inferir determinados questionamentos: Deveria ser objeto de ampliação dos elementos indiciários numa investigação a prova encontrada de forma fortuita no bojo de uma investigação? Quais benefícios que essa ampliação iria trazer para o processo e para a criminalização da pratica delituosa que se encontrava fora do alcance da investigação? Quais as garantias do suposto infrator que devem ser preservadas? Qual o posicionamento jurisprudencial e doutrinário, levando em consideração o Estado?

Inicialmente a pesquisadora levantou a seguinte hipótese: O fato da prova de um delito ser encontrado sob a investigação de outros delitos dentro dos limites e garantias processuais, não pode invalidá-la como prova, independentemente do grau de conexão existente entre o objeto inicial da investigação e a encontrada fortuitamente.

Ademais, o objetivo específico da presente monografia buscou definir se a prova encontrada fortuitamente numa investigação, fora dos desdobramentos do tipo penal investigado, poderia ser utilizada no processo crime como uma prova legal, utilizando como pressuposto, os princípios do devido processo legal, da legalidade, do contraditório e da ampla defesa. Considerando, contudo, que o entendimento jurisprudencial é divergente em aceitar a utilização dessa prova.

Como forma de concretizar o objetivo geral, foram delimitados os objetivos específicos a partir dos seguintes tópicos a serem tratados de forma harmônica: a) analisar os benefícios para a sociedade com a utilização da prova encontrada eventualmente na investigação criminal; b) avaliar a efetividade jurisdicional e a celeridade processual, sem ferir os preceitos constitucionais; c) dentificar os níveis/graus da utilização da prova num encontro fortuito de uma investigação criminal.

Para averiguar o tema, teve-se a seguinte metodologia: a pesquisa, quanto à abordagem metodológica, foi dividida em duas etapas: no primeiro momento usou-se a análise, cujo objetivo desta foi o de propiciar uma visão panorâmica do sistema jurídico nacional e a utilização da teoria da serenpidade no processo penal. A análise consistiu na leitura artigos, doutrinas, e jurisprudências, voltadas ao tema proposto.

Além disso, buscou-se ver qual o posicionamento dos tribunais superiores, em especial do Tribunal de Justiça de Rondônia.

O resultado dessa pesquisa está aqui dividido em quatro capítulos.

No capítulo primeiro abordar-se-á panoramicamente o conceito e origem da Teoria da Serendipidade. Por sua vez, no segundo capítulo, analisar-se-á todos os princípios constitucionais que regem o processo penal, sejam eles encontrados de forma implícita ou explícita.

No terceiro capítulo estudar-se-á as medidas cautelares no processo penal, sua classificação, e estabelecendo as passiveis de aplicação da teoria da serendipidade, caracterizando-as e descrevendo os requisitos legais para a sua autorização judicial.

Por fim, no quarto e último capítulo tratar-se-á da Teoria da Serendipidade propriamente dita, exaurindo a sua conceituação, bem como abordando a sua aplicação no ordenamento jurídico, os requisitos apresentados pela doutrina e jurisprudencia e como os tribunais vêm se posionando nesse sentido.

1. A TEORIA DA SERENDIPIDADE NO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

1.1 Serendipidade: Origem e conceito

Como ensina Rodrigues (2017) “a palavra serendipidade advém do inglês “serendipity”que significa descobrir coisas por acaso”.

Para se encontrar um dos primeiros indícios do aparecimento dessa teoria, deve-se retomar ao ano de 1754, quando foi utilizado pela primeira pelo Inglês Horace Walpole em uma de suas cartas ao seu amigo Horace Mann (MERTON e BARBER, 2004).

Horace Walpole jamais imaginaria que as histórias contadas ao seu amigo Embaixador britânico poderiam resultar numa descoberta tão importante e que posteriormente influenciaria nos diversos ramos da ciência, principalmente no que tange, a ciência jurídica.

Numa de suas cartas Horace Walpole revela ao amigo sobre: *As origens da Serendipidade (The Origins of serendipity).* Sendo assim, contava ao amigo sobre um conto Persa, *As aventuras dos três príncipes de Serendipy* (MERTON e BARBER, 2004 – tradução nossa).

Conta a história que os três filhos do rei persa Jafer haviam recebido a melhor educação do reino, portanto, decidiu o rei manda-los para uma viagem “sem destino” a fim de que pudessem adquirir experiências com outros povos, culturas, e até mesmo um pouco mais de maturidade.

Portanto, os três jovens príncipes encontraram muito mais do que buscavam durante suas viagens para outros reinos, descobriram “fortuitamente” seus talentos e peculiaridades para novas descobertas.

Acontece que Walpole, inicialmente, utilizou-se do termo serendipidade, de forma descuidada e inadvertidamente, apenas para enriquecer as suas cartas e a história contada ao amigo.

Posteriormente, já no século XX pode-se notar claramente o surgimento dessa Teoria, na própria ciência jurídica, nos tribunais Alemães.

Assim destaca Alves e Duran (2015), que “a primeira qualificação jurídica do termo se deu em 1976, quando a Suprema Corte alemã, após anos de discussão doutrinária, julgou a admissibilidade desse instituto frente à lei de escutas telefônicas, de 1968”.

O Supremo Tribunal Federal (BGH) Alemão no ano de 1976, passou a tratar e aceitar de forma válida e legal as descobertas fortuitas de crimes em escutas telefônicas, independentemente de o crime “descoberto” ter sido catalogado na ação que ensejou a medida, todavia, essa tratativa do tema pela Suprema corte, estava bem diferente do que havia estabelecido o Tribunal de Hamburgo (OLG Hamburg).

Contrario sensu do Brasil, a legislação Alemã ao instituir a lei de escuta telefônica estabeleceu uma lista catalogada dos crimes que possivelmente poderiam ser objeto de escuta telefônica judicialmente autorizada.

Ocorre que a suprema corte Alemã, no caso acima citado, foi muito além do entendimento inicialmente firmado, enquanto que no primeiro momento aceitava como prova válida aquela prova encontrada na ação do catálogo, ou que apresentasse ao menos uma conexão com o crime catalogado, em segundo momento, a partir de 1978, passou a aceitar a procedência da prova, mesmo que o crime conexo fosse julgado improcedente.

Nesse contexto afirma Santoro que:

> Em 1978, o BGH proferiu outra decisão no sentido de que poderiam ser valorados os conhecimentos fortuitos de fatos que no momento da autorização da escuta ou no decurso de sua realização poderiam ser imputados à associação criminosa como finalidade ou atividade desta e que isso vale mesmo que a acusação pelo crime de associação seja improcedente (SANTORO, 2007, apud ANDRADE, 2006, pag. 308).

A teoria passou por várias nomenclaturas, passando a influenciar categoricamente a ciência jurídica Espanhola, posteriormente passou a influenciar fortemente a ciência jurídica de Portugal e por fim a ciência jurídica brasileira.

Nesse sentido, pode-se destacar:

> O leading case fez originar na cultura jurídica alemã a expressão Zufallsfunden (aglutinação de palavras, as quais significam “achados aleatórios”). Desde sua alcunha jurídica passou pelo direito espanhol, sob a nomenclatura quer de hallazgos fortuitos quer de descubrimientos casuales, chegou, por fim, a terrae brasilis, graças a nossa forte influência dos direitos português e alemão (embora com os anos de diferença que o oceano, mesmo na contemporaneidade, nos proporciona), apelidado de “encontro fortuito Portanto, a teoria da serendipidade no encontro fortuito de provas, significa a descoberta de provas diversas do crime investigado durante a persecução da investigação criminal (ALVES e DURAN, 2015).

Para Nestor Távora (2016, pag. 635), no âmbito do processo penal, serendipidade significa, “em poucas palavras, o encontro fortuito de provas relativas a fato delituoso diverso daquele que é o objeto de determinadas investigações”.

A teoria da serendipidade foi tratada como princípio por Oliveira, Vruck e Novelli (2016), assim destacam:

> O Princípio é empregado quando há descoberta fortuita de novos fatos diversos daqueles inicialmente investigados. O deslinde comum entre ambos pode ser tanto o sujeito quanto o objeto inicial da diligência, mas estes possuem estreita ligação com a motivação inicial. Ressalta-se que a validade da prova casualmente obtida está condicionada a forma pela qual a investigação se desdobrou, evidenciando-se a hipótese de ter havido ou não desvio de finalidade.

Com efeito, a serendipidade deverá ser aplicada com cautela evitando-se o desvio de finalidade, uma vez que não será utilizada como instrumento para que a atuação da atividade policial seja sem limites, perpetrando manifesta ilegalidade diante dos direitos do investigado à intimidade, privacidade, entre outras garantias.

Ressalte-se, que poderá ocorrer o fenômeno da serendipidade no curso da investigação quando foram descobertos de forma fortuita delitos que não estavam caracterizados como objeto da investigação inicial, desde que essa atividade investigatória não esteja eivada de ilegalidade.

Ocorre, porém, que durante determinada investigação policial, poderá o juiz deferir uma interceptação telefônica com o objetivo final de descobrir certas práticas delituosas de determinado investigado.

Portanto, no curso dessa investigação, a polícia judiciária depara-se com a descoberta de outro delito ou até mesmo a prova do mesmo delito investigado, porém, em relação a pessoa diversa da medida deferida.

Nessa ceara, assim aponta a Ministra Laurita Vaz tratando mais precisamente sobre o deferimento de interceptações telefônicas, relatora do HC Nº 28.794 - RJ (2010/0140512-1):

> [...]Durante a interceptação das conversas telefônicas, pode a autoridade policial divisar novos fatos, diversos daqueles que ensejaram o pedido de quebra do sigilo. Esses novos fatos, por sua vez, podem envolver terceiros inicialmente não investigados, mas que guardam relação com o sujeito objeto inicial do monitoramento. Fenômeno da serendipidade. [...] (STJ - RHC: 28794 RJ 2010/0140512-1, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2012).

Senão vejamos o que estabelece Renato Lima:

> A teoria do encontro fortuito de provas, ou casual de provas é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas quanto a prova de determinada penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação do crime (LIMA, 2014, pag. 598).

Sendo assim, para a aplicação da mencionada teoria haverá a exigência de certos requisitos, possibilitando que a prova utilizada seja lícita e utilizável nos autos investigatórios, mesmo que se trate de outra infração penal, encontrada de forma inopinada.

Conforme Pacelli “fala-se em encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime”. (PACELLI, 2017, pag. 192).

Contudo, deve-se analisar qual o grau da prova encontrada, seja ela de primeiro grau ou de segundo grau, tema que será abordado adiante com mais clareza, para que dessa forma possa ser utilizada como prova nos autos da investigação criminal ou como *notitia criminis*, deflagrando-se outra investigação e consequentemente com objeto distinto.

Mas o cerne da questão está na forma como será conduzida a investigação, ou seja, “o que é decisivo é o desempenho de uma das funções que são atribuídas ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, a saber: a função de controle ou de pedagogia da atividade policial persecutória” (PACELLI, 2017, pag. 192).

Com efeito deverão ser analisados alguns detalhes ao se deparar com o encontro fortuito de provas, primeiramente, no que diz respeito a possibilidade de existência de conexão ou continência do crime descoberto eventualmente com o crime objeto da investigação inicial.

Ademais, segundo detalhe seria a ausência de conexão ou continência do crime descoberto fortuitamente com o crime objeto da investigação deferida pelo magistrado, o que por sua vez acarretará reflexos diferenciados na utilização da prova.

Outro ponto a ser analisado pela autoridade policial será o fato de o crime investigado ter sido realizado mediante coautoria, e devendo ser incluídas outras pessoas que não foram ou não estavam sendo investigadas.

Por último, pode ainda ocorrer que seja constatado no bojo da investigação que existe a participação de um indivíduo (coautoria) diverso do investigado, porém, esse terceiro possui prerrogativa de função e consequentemente foro privilegiado, todavia, ainda estão presentes a relação de continência ou conexão entre os crimes ou autores do delito.

Não sendo apenas preciso estabelecer uma descrição do termo serendipidade e a sua origem na ciência jurídica, torna-se fundamental tratar sobre sua forma de aplicação no bojo do processo penal.

Sendo assim, uma vez que se revela indispensável tecer alguns comentários sobre os princípios que regem o processo penal e que diretamente irão embasar a aplicação da mencionada teoria, o capitulo a seguir irá sanar essa necessidade.

2. PRINCÍPIOS DA TEORIA GERAL DA PROVA NO CPP

Os princípios servem como base, como direcionador ou até mesmo como fonte de todo o ordenamento jurídico, resultado da concentração de toda a ideologia de um povo, reflete os valores morais de uma sociedade.

Sobre os Princípios e a sua importante função, Alexandre de Moraes destaca que "a constitucionalização do Estado Social se consubstanciou na importante intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado Democrático de Direito". (MORAES, 2016, pag. 55).

Lembrando que a ideia central da nova Constituição de 1988 foi superar aquele regime autoritário, ditatorial-fascista que culminou no país nos anos de 1941, no qual não existiam garantias constitucionais para o cidadão, tendo em vista que o processo penal se baseava em um regime inquisitivo e totalitarista.

Com efeito, afirma Tourinho Filho:

> Quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como um notável instrumento a serviço da liberdade individual. Sendo o processo penal, como já disse, uma expressão de cultura, de civilização, e que reflete determinado momento político, evidente que os seus princípios oscilam à medida que os regimes se alteram. Num Estado totalitário consideram-se as razões do Estado. Num democrático, [...], a liberdade individual, como expressão de um valor absoluto, deve ser tida como inviolável pela constituição (2012, pag. 57).

Com o advento da Constituição de 1988, buscou-se resgatar o Estado Democrático de Direito que outrora foi deturpado da sociedade brasileira através da ditadura militar, portanto, criou-se um complexo conjunto de princípios e regras constitucionais para se criar o chamado Processo Penal Constitucional.

Na visão de Miranda (2011, pag. 65), "os princípios constitucionais, no que se refere à matéria penal e processual penal, têm por objetivo limitar o poder do estado na elaboração da lei".

Ademais, não há qualquer dúvida de que os princípios constitucionais alicerçam o chamado Processo Penal Constitucional, um processo que busca, cada vez mais, distanciar-se dos rigores do código de processo penal (ALVES, 2015, pag. 38).

Assim, as grandes conquistas da sociedade brasileira, no que tange as garantias processuais, foram positivadas através de princípios e garantias fundamentais no art. 5º, da CF/88, os quais foram alcançadas conjuntamente com o Estado Democrático de Direito.

Na seara das garantias constitucionais temos os princípios explícitos e os princípios implícitos, frutos da interpretação constitucional e que foram extraídos dos ideais consagrados na própria Carta Magna, podendo ser encontrados no texto constitucional de forma expressa ou não.

Assim ensina Eugênio Pacelli (2014, pag. 27):

> A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes.

Conforme estabelece Greco Filho (2009), a Constituição Federal preocupou-se mais em estabelecer garantias para o processo penal do que para o processo civil, tanto que, tratando deste, as interpretações não possuem o rigor daquele, podendo ocorrer interpretações sistemáticas e não por meio de textos expressos como no processo penal.

Nas lições de Nucci (2014), “não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o, como merece, no contexto dos direitos e garantias fundamentais”.

Nesse contexto, o autor destacou a necessidade de proteção do indivíduo face ao poder estatal de coercibilidade diante dos ilícitos penais, uma vez que no passado tão próximo, já foram retiradas as garantias do cidadão e frustrados todos os princípios que se fundamentam na ideia do devido processo legal.

Logo, essa visão sistêmica do novo processo penal a luz das garantias constitucionais, nada mais é que estabelecer autênticos freios aos possíveis excessos praticados pelo Estado na sua pretensão punitiva.

Alves (2015), destaca duas funções dos princípios, sendo elas: normativa e interpretativa. Enquanto a primeira revela que o princípio também é classificado como uma norma jurídica, por possuir coercibilidade jurídica e ser utilizado na solução de conflitos diante do caso concreto, esta última, revela que o princípio terá uma característica interpretativa diante de dúvidas na aplicação de determinada norma.

No processo penal, torna-se indispensável a correta aplicação da lei, usando como fonte interpretativa os princípios constitucionais, principalmente no que tange a teoria geral da prova, os quais serão tratados a seguir.

Para tanto, ao se vislumbrar o processo penal em sua marcha processual, no sentido de captação de provas para o convencimento do juiz na decisão do caso concreto, faz-se necessário, a partir deste momento, discorrer sobre os princípios norteadores do processo penal.

1.1 Princípio da Proporcionalidade

A ideia de proporcionalidade estabelece um verdadeiro critério para aplicação do direito através da hermenêutica, portanto, diante de um conflito entre dois valores igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, tem-se que estabelecer um liame de proporcionalidade, ou seja, ponderação dos interesses envolvidos, para que dessa forma se possa resolver a questão apresentada.

Destaca-se que o poder público não pode agir sem motivação ou limites, portanto, quanto ao princípio da proporcionalidade sabe-se que “a atividade estatal se acha essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade [...], sendo este o coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais” (LIMA, 2014, pag. 605).

Quanto a ponderação e aplicação da norma ao caso concreto, estabelece Avena (2015, pag. 72):

> Torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Segundo Tavares (2016), o princípio da proporcionalidade não pode ser confundido com a ideia de proporção, haja vista que o primeiro será aplicado quando houver uma relação de causa entre duas situações, onde deverão ser analisados alguns aspectos, tais como: a adequação, a necessidade, e o da proporcionalidade em sentido amplo.

Nesse mesmo sentido estabelece Pacelli (2014, pag. 372),

> Quando a realidade demonstrar a possibilidade de eventuais conflitos entre valores igualmente protegidos na Constituição, somente um juízo de proporcionalidade na interpretação do Direito, orientado pela vedação do excesso e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, é que poderá oferecer soluções plausíveis.

Desse modo, pode ser visto o princípio da proporcionalidade como um limitador de determinados excessos, logo, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade irão orientar para que haja uma excludente legal de ilicitude.

Temos como exemplo a inovação trazida no processo penal, através da Lei 11.960/08, possibilitando que o Juiz ordene, antes de iniciada a própria marcha processual, a produção de provas antecipadas.

Forçoso destacar que o art. 156, inciso I, do CPP, estabeleceu como critério para aplicação de determinada medida a necessidade de adequação e *proporcionalidade*.

De sorte que, seguindo esse raciocínio, esse permissivo ao mesmo tempo impede que o juiz, a qualquer tempo e segundo seu próprio entendimento, realize investigações com base na necessidade de antecipação de provas, do mesmo modo, estará condicionada a sua atuação aos pressupostos estabelecidos no dispositivo acima citado, qual seja a proporcionalidade.

Deve-se levar em consideração que não existem princípios ou garantias absolutas, mas, uma adequação/ponderação da sua aplicação segundo o princípio da proporcionalidade, devendo estabelecer o aplicador do direito qual garantia será mitigada em detrimento de outra.

Segundo Noberto Avena (2014): “o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio do sopesamento, o qual, partindo da consideração de que nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto”, todavia, diante de colisão entre direitos e garantias fundamentais deverá o aplicador do direito estabelecer qual será efetivamente protegido.

1.2 Princípio da Presunção de Inocência

Esse princípio está baseado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal no qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com efeito, antes de iniciar a abordagem sobre tal princípio, faz-se necessário destacar o histórico social que culminou na positivação deste direito:

> O princípio remonta ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 1979 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico-humanitário chamado iluminismo ou século das Luzes (...) Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e das torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia (Tourinho Filho, 2012, pag. 73).

Logicamente, ao referir-se o legislador ao termo “presunção de inocência”, quis assegurar que a antecipação de uma prisão antes do trânsito em julgado acarretaria uma antecipação da própria pena do acusado, entretanto, tal pressuposto não pode ser tratado de forma absoluta, pois, engessaria o próprio processo penal.

Sendo assim, como toda boa regra haverá exceções, tendo em vista que nenhum princípio será absoluto, logo, a prisão preventiva (antes do trânsito em julgado) será permitida sempre que se mostre absolutamente necessária e devidamente fundamentada nas hipóteses legais.

Estaremos aqui entre duas premissas, de um lado a direito de liberdade do indivíduo, suposto autor do crime e do outro a necessidade de encarceramento preventivo do autor do fato, como forma de tutelar a própria sociedade.

Consagra Avena, que o princípio da presunção de inocência “trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito. Visando, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal (2014, pag. 65).

Para Nestor Távora (2015, pag. 8), referido princípio possui dois desdobramentos: o primeiro de tratamento, portanto, o réu não poderá ser tratado como culpado até que ocorra o trânsito em julgado da decisão. E o segundo desdobramento de cunho probatório, onde caberá a acusação o ônus de provar a culpabilidade do réu.

Nessa mesmo sentido, estabelece Alves (2015, pag. 40), duas consequências do princípio da presunção de inocência, portanto, além do ônus da prova que cabe, em regra, à acusação, existe a consequência da excepcionalidade das prisões cautelares.

Sendo assim, a prisão cautelar deve ser uma medida excepcional no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que será uma *ultima ratio*, por ser o acusado presumidamente inocente, só será levado ao cárcere se existirem motivos suficientes e justifiquem a sua prisão, ou seja, deverá preencher os requisitos exigidos no art. 312, do CPP.

Logo, ausente os motivos que justifiquem o seu encarceramento responderá o processo em liberdade Pacelli (2014, pag. 516):

> O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).

Neste contexto fica destacado a relevância da aplicação e observância do princípio na marcha processual como um todo, ou seja, desde a fase inquisitiva, tal como a fase acusatória.

Portanto, pode-se concluir dois grandes pressupostos: o primeiro de que a Carta Magna estabelece um princípio protetivo para todo aquele que estiver submetido à persecução processual, e segundo pressuposto de que só ocorrerá prisão, anterior ao trânsito em julgado, por ordem devidamente justificada e escrita da autoridade judicial competente.

Apresenta-se mais uma vez, uma aplicação em conjunto dos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Por fim Nucci (2014, pag. 66) assim destaca que “as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu”.

Com todo o exposto, fica evidente a necessidade de uma atuação do Estado no sentido de comprovar a culpabilidade do suposto autor do fato diante do ilícito praticado, porém, para que isso ocorra deverá existir paridade entre as armas utilizadas pela acusação e pela defesa, tema abordado no princípio a seguir destacado.

1.3 Princípio da Ampla defesa

Encontrado no art. 5º, inciso LV, tal artigo destaca que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nucci (2014), afirma que o Princípio da ampla defesa é concedido ao réu para que ele possa se valer de amplos e extensivos métodos para se defender da imputação feita pela acusação.

Nesse contexto esclarece Noberto Avena:

> [...] que a concepção moderna da garantia da ampla defesa reclama, para a sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, genericamente consideradas, a saber:
> a) o direito à informação (nemo inauditus damnari potest);
> b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade);
> c) o direito à prova legalmente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade).

Quando citado o direito de informação, o autor destaca a necessidade do réu ter conhecimento dos atos que serão praticados, para que assim, ele possa apresentar a sua defesa e não ser pego de surpresa pelas ferramenta usadas pela acusação.

A bilateralidade da audiência, ou denominado de audiência bilateral para alguns, demonstra o direito de todos serem ouvidos, e desse forma influenciarem na formação do convencimento do juiz quanto a culpabilidade do réu.

Por fim, o direito a prova legalmente constituída, refere-se a necessária observação da legalidade na constituição da prova, e sem dúvidas a faculdade que a defesa possui de apresentar nos autos as provas que entender necessária.

No processo penal “o direito de defesa poderá ser exercido por meio de defesa técnica ou de autodefesa” (Távora, 2015, pag. 8).

A defesa técnica será exercida por meio de advogado devidamente constituído, ou na ausência deste o magistrado deverá constituir um defensor, sob pena de nulidade absoluta, conforme preconiza a Súmula 523, do STF.

Por seu turno, o direito de autodefesa poderá ser caracterizado pelo direito (faculdade) de ser ouvido em audiência e o seu direito (faculdade) de presenciar os atos processuais.

Com efeito Alves (2015) destaca que este princípio revela a amplitude de instrumentos de defesa acessível ao acusado como forma de minimizar a sua hipossuficiência em relação ao Estado, que irá atuar no processo por meio de diversos órgãos (MP, juiz, polícia judiciária).

Portanto, como desdobramento do próprio princípio da ampla defesa tem-se o direito do réu de permanecer em silêncio, o direito de não constituir prova contra si mesmo, ou até mesmo o direito de mentir no seu depoimento.

Nesse contexto, o acusado terá direito de ser ouvido no processo e de estar presente em todos os atos processuais responsáveis pelo convencimento do juiz quanto a sua culpabilidade ou não culpabilidade.

Todavia, segundo entendimento do próprio STF, a ausência do réu em audiência para oitiva de testemunhas não gerará nulidade do ato, desde que, o seu defensor tenha presenciado o ato e que não venha gerar prejuízos para a defesa do acusado.

A esse respeito existem outros aspectos que demonstram desdobramentos do próprio princípio de ampla defesa, como por exemplo, o direito de constituir novo defensor a qualquer tempo no processo, conforme estabelece o art. 263, do CPP.

Ademais, a doutrina entende como consequência direta do Princípio da Ampla defesa o direito de apenas o réu apresentar revisão criminal, ou o poder-dever do Estado Juiz de fiscalizar a atuação do defensor do réu, no que tange a eficiência da defesa.

Ressalte-se, nesse contexto, o que Nucci descreve quanto ao direito exclusivo do réu, vejamos:

> A ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação – bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe um dativo, entre outros (NUCCI, 2014, pag. 68).

Contrario sensu, deve-se lembrar que o direito de ampla defesa não assiste ao réu durante a fase inquisitiva, “convém insistir que o inquérito, bem como qualquer peça de acusação acerca da existência de delitos, destina-se exclusivamente ao órgão da acusação” (PACELLI, 2014, pag. 34).

Portanto, não caberá ao réu o direito de ampla defesa durante as investigações policiais na fase inquisitiva, até mesmo porque poderá prejudicar a eficiência da própria investigação.

Todavia, tem-se absolutamente claro, que uma condenação com base apenas em peças constituídas na fase de investigação policial, estaria eivada de manifesta ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, o qual será devidamente tratado no tópico a seguir.

1.4 Princípio do contraditório

Além do Princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório também poderá ser extraído do ar. 5ª, inciso LV, da CF.

Com efeito, Avena destaca que "o princípio do contraditório apresenta-se como um dos mais importantes postulados no sistema acusatório", lembrando que será o responsável por estabelecer ao réu, o direito de um devido processo (2014, pag. 73).

Segundo este princípio, as partes possuem direito de se manifestarem sobre qualquer fato alegado nos autos pela parte contrária, seja defesa ou acusação, "visando a manutenção entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu e o consequente estado de inocência, objeto de todo Processo Penal justo" (ALVES, 2015, pag. 48).

Descreve Pacelli:

> O contraditório, pontanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal (2014, pag. 63).

Ademais, para que seja efetivo o direito/princípio do contraditório, demonstra ser indispensável que as partes sejam intimadas sobre os fatos alegados e/ou provas produzidas nos autos; o direito de manifestação das partes; e o direito de interferir no convencimento do juiz, seja para que ele venha absolver ou condenar o réu.

Ressalte-se que este princípio, nada mais é que o encadeamento do Princípio do devido processo legal, o qual visa estabelecer ao acusado a carga protetiva do Novo processo penal constitucionalizado.

Por mais que no sistema inquisitivo não há qualquer menção ao direito do contraditório ou da ampla defesa, o sistema acusatório será diametralmente oposto aquele, tendo como característica a separação entre o órgão acusador e o órgão julgador, mantendo assim uma paridade de armas a serem utilizadas entre a acusação e a defesa.

Assim destaca Eugenio Pacelli:

> Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de participação no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalari, caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da par conditio ou da paridade de armas, na busca de uma efetiva igualdade processual (PACELLI, 2014, pag. 62).

Sendo assim, segundo este princípio o contraditório está baseado na participação efetiva das partes no convencimento do magistrado, e visa trazer uma igualdade entre as partes dentro do processo, logo, as ferramentas a serem utilizadas pela defesa, poderão ser utilizadas pela acusação.

De antemão podemos chegar a conclusão de que o direito de todo homem, ou seja, suas garantias são: "o contraditório e a ampla defesa, embora, num prisma sistêmico, o verdadeiro direito fundamental que está sendo protegido pelo devido processo legal, pela ampla defesa e pelo contraditório é a liberdade física do indivíduo" (NUCCI, 2014, pag. 57).

Sabiamente Pacelli destaca que:

> "[...] uma estrutura dialética de afirmações e negações pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito" (2014, pag. 63).

Nesse contexto, pode-se afirmar que esse princípio visa garantir às partes o direito de informação dos fatos e alegações apresentados nos autos, e ao mesmo tempo, o direito de reagir contra eles, como forma de efetivamente participar nos autos.

Portanto, não há dúvidas de que "o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade" (PACELLI, 2014, pag. 62).

Dessa forma, para que a defesa seja efetiva, não poderia separar o princípio do contraditório do princípio da ampla defesa, para que seja assegurado ao acusado um devido processo legal, como será abordado a seguir.

Porém, comparando-se essas duas garantias poderia concluir-se que o contraditório possui maior relevância e abrangência, tendo em vista que não irá alcançar apenas o polo defensivo, mas, consequentemente o polo da acusação.

Portanto, não poderia deixar de destacar que nenhum princípio ou direito no ordenamento jurídico brasileiro será absoluto, o que permite, em certos casos e com a devida fundamentação, uma mitigação do direito do contraditório para que possa prevalecer outros interesses, tais como, a efetivação da justiça, a proteção social contra os ilícitos penais, a ausência de prejuízo na investigação penal, etc, praticas absolutamente defendidas em medidas cautelares, ou no próprio inquérito policial.

Por conseguinte, admite-se que o magistrado postergue a ciência e a impugnação do investigado em determinados pronunciamentos judiciais, seria o que a doutrina chama de contraditório diferido ou postergado.

Dessa forma, diante de medidas urgentes como: decretação de prisão preventiva; procedimentos de sequestro de bens; ou até mesmo, em interceptações telefônicas ou quebra de sigilo de dados, permite-se o provimento imediato por parte do magistrado e de forma *inaudita autera partes*, justificando-se tal medida pela possibilidade de ser o procedimento ineficaz diante do possível conhecimento da parte investigada.

Nessa mesma linha de raciocínio, justifica-se a característica inquisitiva do inquérito policial, uma vez que irá fundamentar o ajuizamento da futura ação penal.

Por conseguinte, destaca-se que o princípio do contraditório juntamente com o princípio da ampla defesa irão resultar no princípio do devido processo legal, o qual será tratado de forma minuciosa no tópico a seguir.

1.5 Princípio do devido processo penal

O princípio do devido processo legal está assegurado no art. 5º, inciso LIV, da CF, estabelecendo que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Trata-se de um princípio garantista, “entendido como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do réu em face da força inexorável do Estado” (ALVES, 2015, pag. 54).

Seguindo este entendimento, Távora (2015, pag. 11) afirma que “o processo é expressão de garantia contra eventuais arbítrios perpetrados por parte do Estado”. Ademais, o devido processo legal abarca outros princípios que se tornam decorrentes dele, são eles: o contraditório, a ampla defesa, a paridade das armas, entre outros.

Ressalte-se que este princípio conforme alegado anteriormente veio para desencadear uma séria de outros princípios, como por exemplo o contraditório e a ampla defesa, pois, sem estes não poderia existir um devido processo legal.

Ademais, este princípio também ampara o direito de liberdade do cidadão, uma vez que não poderá ser preso sem o devido processo legal.

Alves (2015) ainda destaca dois aspectos deste princípio, o seu aspecto material, no que diz respeito ao direito penal e os princípios penais, e o aspecto processual, ou de procedimento, o qual refere-se a ampla possibilidade de o réu produzir sua defesa.

O legislador brasileiro instituiu inúmeras medidas assecuratórias do devido processo legal, remédios constitucionais que podem ser utilizados pelo cidadão sempre que sofrer qualquer ameaça a seu direito, podendo ser mencionado o Habeas corpus, o mandado de segurança ou até mesmo um mandado de injunção.

Távora (2015, pag. 62), elenca uma série de direitos que podem ser extraídos do Princípio do devido processo legal, sendo eles:

> 1) Ao processo, que se traduz na garantia de acesso ao Poder Judiciário;
> 2) À citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação;
> 3) A um julgamento público e célere, sem procrastinações indevidas;
> 4) Ao contraditório e à ampla defesa;
> 5) À igualdade, o que abrange a paridade de armas e o tratamento processual isonômico;
> 6) De não ser investigado, acusado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas;
> 7) À assistência judiciária gratuita;
> 8) À observância do princípio do juiz natural;
> 9) À produção probatória;
> 10) De ser presumido inocente e, consequentemente, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se fosse culpado, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória;
> 11) De não ser obrigado à autoincriminação;
> 12) De ser ouvido pessoalmente perante o juiz, a fim de poder narrar sua versão dos fatos;
> 13) De defesa patrocinada por profissional com capacitação técnica; o direito de conhecer os motivos que conduziram o juiz à sua decisão (daí a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais consagrada no art. 93, IX, da CF);
> 14) Ao duplo grau de jurisdição; e
> 15) De propor revisão criminal em relação à sentença penal condenatória, quando ocorrentes as hipóteses que autorizam o ingresso dessa ação.

O princípio vem sendo tratado pela doutrina de uma forma mais genérica, pois, conforme elencado acima revela sua subdivisão em diversos outros princípios mais específicos, todavia, num todo preservam o direito do devido processo ao acusado.

1.6 Princípio da busca da verdade real

O princípio da verdade real, ou da busca pela verdade material orienta o juiz na busca pelas provas, tanto quanto as partes processuais, para alcançar a verdade objetiva dos fatos.

Poder-se-ia dizer que “caberia ao magistrado buscar a verdade, reconstruindo o que de fato acorreu, ainda que além dos autos” (TÁVORA, 2015, pag. 10).

Alguns doutrinadores sustenta-se a ideia de que este princípio nada mais é que um dogma inatingível, o que se pode concluir são evidências da verdade real.

Com efeito, afirma Tourinho Filho:

> A função punitiva do Estado deve ser dirigida àquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o processo penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença. (...) por outro lado, quando se fala em verdade real, não se tem a presunção de chegar à verdade verdadeira, como se costuma dizer, ou, se quiserem, à verdade na sua essência – esta é para a Suma Potestade -, mas tão somente salientar que o ordenamento confere ao Juiz penal, mais que ao juiz não penal, poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórico-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado, numa tarefa semelhante à do historiador (2012, pag. 58).

Estabelece Nucci que “a análise desse princípio se inicia pelo conceito de verdade, que é sempre relativa, até findar com a conclusão de que há impossibilidade real de se extrair, nos autos, o fiel retrato da realidade do crime” (2014, pag. 82).

Portanto, a verdade que pode se revelar incontestável ao magistrado pode não ser às partes, podendo parecer duvidosa ou falsa, pois, o parâmetro da verdade real num processo reconstruído é um tanto subjetivo.

Assim afirma Pacelli:

> Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal (2014, pag. 352).

Nas palavras de Távora (2015), seria mais coerente afirmar que o Princípio da verdade real, na realidade trata-se de uma verdade possivelmente construída, ou uma verdade humanamente possível.

A comprovação dos fatos que são alegados em juízo, sempre serão uma verdade enigmática e reconstruída, na maioria das vezes, dependendo do maior ou menor grau de contribuição das partes envolvidas, será a resposta para o enigma, formada através do convencimento do magistrado.

Conforme Pacelli, “a gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil” (2014, pag. 352).

Forçoso lembrar que o processo civil trata de direito patrimoniais, em que se torna suficiente a verdade formal para estabelecer o convencimento do magistrado ao decidir o caso concreto a ele proposto, sendo por exemplo, plenamente justificável o julgamento liminar do pedido diante da presunção de verdade dos fatos.

Por outro lado, no processo penal, estaria o magistrado diante de direitos indisponíveis, tais como a liberdade do acusado, devendo buscar a verdade material dos fatos, ou seja, uma verdade objetiva.

Pode-se citar, como exemplo, dessa efetividade pela busca da verdade real pelo magistrado, o disposto no art. 156, incisos I e II, do CPP, o qual permite que o juiz produza antecipadamente as provas que entender urgentes e relevantes para o processo.

Descreve Pacelli (2014, pag. 321) que “o Código de Processo Penal, tão cioso da necessidade de proteção de seu secular dogma da verdade real, que atribui ao juiz ampla iniciativa probatória”.

Nesse mesmo sentido afirma Alves (2015), que “no processo penal há a necessidade de busca da verdade material dos fatos, a verdade do mundo real, a verdade objetiva, daí porque o juiz passa a ter uma iniciativa probatória”.

Seguindo este paradoxo, entre o que se visa doutrinariamente e o que se poderia extrair da vida prática do aplicador do direito, segue as conclusões de Nucci, sobre a problemática apresentada.

> Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes (2014, pag. 83).

Porém, deve-se ressaltar que a verdade real de forma absoluta, torna-se um tanto impossível, como citado anteriormente, vez que reviver os fatos alegados no processo dentro das salas do Fórum, ou até mesmo dentro de uma sala de audiência, lembrando que muitas vezes, a marcha processual pode durar anos, ou iniciar depois de muito tempo que ocorreu o fato, torna essa busca pela verdade daquilo que se poderia imaginar e não, propriamente dito, do se pode estabelecer como absoluto.

Diante disso, pode-se afirmar que o processo não poderá garantir as partes, ou até mesmo ao magistrado o encontro com a verdade real, o que aconteceu perfeitamente no plano real talvez fique apenas com os personagens do fato. Poderá, porém, o magistrado aproximar-se dos fatos que evidentemente aconteceram, a partir das provas que lhe forem apresentadas.

1.7 Princípio da legalidade

Um dos princípios mais importantes na relação Estado-juiz, Estado-acusação e o próprio acusado, tendo em vista que irá se desenvolver mediante vários prismas, ou seja, poderá revelar diversas características.

Miranda destaca que “o princípio que repousa sob a noção de Estado de direito é o princípio da legalidade” (2011, pag. 66).

Primeira característica clara que poderá ser extraída deste princípio, será o caráter proibitivo, de uma conduta, ou permissivo, da lei em relação ao particular, pois, nos termos do art. 5º, inciso II, da CF, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Sendo assim, todas as condutas previstas no Direito Penal como ilícitas diante da tutela de determinado bem jurídico, revela a característica proibitiva do Código Penal, proibido matar alguém, proibido lesionar outrem, proibido subtrair coisa alheia móvel, entre outras.

Por outro lado, enquanto que o particular não poderá fazer o que a lei prohibir, por outro lado, o Estado deberá fazer tão somente o que a lei permitir, visualizando dessa forma mais uma característica deste princípio, qual seja, limitativa da atuação do Estado.

Nesse sentido, afirma Miranda (2011, pag. 66), “com efeito, o princípio de reserva da lei atua como limitação constitucional ao poder do Estado”.

Sendo assim, remetendo-se aos dispositivos constitucionais que atuam como limitadores desta atuação Estatal, tem-se no art. 5º, incisos XXXIX, da CF, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Logo, não poderá o estado atuar ao seu bel prazer estabelecendo arbitrariamente todo tipo de sanções restritivas da liberdade do indivíduo, uma vez que só haverá imputação de crime a alguém desde que a lei estabeleça previamente que a sua conduta será ilícita.

Ademais, no art. 62, § 1º, inciso I, "b", da CF, estabelece que é vedada a edição de medida provisória sobre matéria relativa a Direito Penal e Processo Penal, demonstrando mais um aspecto limitador da atuação do Estado através do princípio da legalidade.

Diante das características da medida provisória e sua instituição pelo poder executivo, o art. 62, da CF, veio limitar a atuação do Estado, a fim de que não ocorressem arbitrariedades diante da ferramenta da MP, e que se pudesse estabelecer uma conduta, como ilícita no código penal, apenas mediante o devido processo legislativo e após a vigência de determina lei.

Como regra, o direito penal brasileiro tutela como bem maior a liberdade individual, como desdobramento do próprio princípio da presunção de inocência, todavia, como anteriormente anunciado, nenhum princípio será absoluto, logo, diante da *estrita legalidade* haverá hipóteses em que será permitido a constrição da liberdade do indivíduo acusado.

Com efeito afirma Nucci, que ao se analisar o princípio da legalidade deve-se "refletir com maior minúcia, sobre o sistema processual, constitucionalmente estabelecido, deve-se acrescentar e ressaltar que, no Brasil, a prisão de qualquer pessoa necessita cumprir requisitos formais estritos" (2014, pag. 79).

Sendo assim, por mais que seja permitida a constrição da liberdade individual através da lei de forma excepcional, a própria lei irá atuar como protetor dessa liberdade.

Vejamos então, os dispositivos constitucionais garantidores:

> a) "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (art. 5.°, LXI, CF);
> b) "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada" (art. 5.°, LXII, CF);
> c) "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (art. 5.°, LXIII, CF);
> d) "o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial" (art. 5.°, LXIV, CF); e) "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (art. 5.°, LXV, CF); f) "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" (art. 5.°, LXVI, CF);
> g) "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei" (art. 5.°, LVIII, CF).

Diante dos direitos e garantias acima mencionados, deve-se destacar que este princípio estabelece o desdobramento de inúmeras outras garantias que estão vinculadas ao princípio do devido processo penal.

Ademais, o princípio da legalidade está estritamente ligado aos órgãos responsáveis pela persecução penal, uma vez que, ao contrário do particular, estão ligados de forma vinculada e não discricionária às determinações da lei.

Por exemplo, a autoridade policial, diante de crimes de ação penal pública incondicionada, estará obrigada a instaurar o inquérito policial diante do conhecimento de algum ilícito penal. Logo, o próprio Ministério Público também estará obrigado ajuizar ação penal, quando possuir os elementos necessários para isso.

Esses princípios irão refletir consequentemente num processo em que se visa proteger as garantias do indivíduo, mas, ao mesmo tempo responsabiliza-lo por suas condutas ilícitas praticadas.

Logo, deverá ser tratado no próximo capitulo como que esses princípios irão refletir no processo penal e norteá-lo, sem que sejam violadas as garantias constitucionais do acusado, mas, que ao mesmo tempo, o Estado efetiva e legalmente, cumpra com a sua pretensão punitiva diante de um ilícito penal e a sua descoberta pela teoria da serendipidade.

1.7.1 Inutilização da prova ilícita

As provas ilícitas serão assim consideradas quando violarem as normas legais ou constitucionais, conforme destacado no CPP.

Segundo o art. 5º, inciso LVI, da CF/88, "*serão inadmissíveis no processo penal as provas obtidas por meios ilícitos".*

Nesse mesmo sentido, estabelece o art. 157, caput, do CPP, onde "*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legai*s".

Portanto, a prova ilícita, além de ser claramente inconstitucional encontra-se destituída de qualquer eficácia probante no bojo do processo penal, consequência lógica das garantias jurídicas constitucionais que tutelam o direito ao devido processo legal do acusado (réu).

Segundo ensina Pacelli, (2014, pag. 349), “a inadmissibilidade da prova ilícita é dirigida ao Estado (produtor da prova, como regra) exatamente para a proteção dos direitos individuais de quem pode, em tese, ser atingido pela atividade investigatória”.

Dessa forma, torna-se inquestionável estabelecer que a prova ilícita é inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, no que se refere a prova produzida no bojo do processo penal, cujo procedimento poderá acarretar na restrição da liberdade do cidadão.

Nessa mesma ceara, afirma Moraes que “a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material”. (MORAES, 2016, pag. 192).

Por sua vez Alves (2015) destaca que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo a aplicação do princípio da proporcionalidade na apreciação da prova ilícita, podendo de modo excepcional, aproveitar essa prova quando beneficiar o acusado.

Por exemplo, o réu inocente poderia produzir uma prova dita “ilícita”a luz das regras do ordenamento jurídico brasileiro, mas que visa ao final a sua absolvição, logo, estaria exercendo uma verdadeira excludente de ilicitude ou até mesmo agindo em estado de necessidade.

Por conseguinte, o CPP também estabeleceu a inutilização da prova ilícita por derivação, ou seja, todas aquelas provas derivadas de uma prova originariamente ilícita estariam também, dessa forma, abarcadas por essa ilicitude.

Dessa forma, considerando os argumentos aqui expostos, será tratado no tópico a seguir sobre a prova ilícita por derivação, a qual irá refletir doutrinariamente sobre a teoria do fruto da árvore envenenada.

1.7.2 Teoria dos frutos da árvore envenenada

A teoria dos frutos da árvore envenenada, também denominada por parte da doutrina como teoria da prova ilícita derivada, estabelece que todas as outras provas derivadas de uma prova originariamente ilícita, consequentemente, deveriam todas as demais serem consideradas como provas ilícitas.

Ressalte-se que o simples fato da prova ser decorrente de uma prova ilícita, por si só, não seria suficiente para acarretar a sua absoluta anulação e retirada do processo, muito pelo contrário, deve-se analisar qual o grau de vinculação/nexo de causalidade entre ambas para sejam totalmente desentranhadas dos autos.

Com efeito, deve-se destacar quanto a prova ilícita por derivação, nas palavras

de Tourinho Filho que:

> A inadmissibilidade a que vimos de nos referir não se restringe apenas às provas ilicitamente, mas, inclusive, às ilícitas por derivação. Diz-se que a prova ilícita por derivação quando, embora recolhida legalmente, a autoridade, para descobri-la, fez emprego de meios ilícitos (TOURINHO FILHO, 2012, pag. 72).

Tavares (2016, pag. 626) destaca que "a utilização de uma prova ilícita pode ser de extrema prejudicialidade ao processo", pois um processo que não está pautado nas garantias constitucionais do devido processo legal é um processo nulo.

Sendo assim, deve-se destacar que essa inovação do ordenamento jurídico foi inserida mediante a Lei 11.719/08, incluindo no CPP, art. 157, a teoria do fruto da arvore envenenada.

Vejamos que o art. 157, do Código de Processo Penal, descreve que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais".

Seguindo esse entendimento, faz-se necessário destacar os ensinamentos de Nucci (2014, pag. 74):

> Consagrou-se, ainda, no Brasil, a teoria da prova ilícita por derivação ("frutos da árvore envenenada" ou "efeito à distância", que advém do preceito bíblico de que a "árvore envenenada não pode dar bons frutos"). Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham.

A teoria do fruto da arvore envenenada, ou denominada teoria da prova ilícita por derivação, muito tempo possuía apenas respaldo jurisprudencial, mas, com o advento da Lei 11.719/08, conforme citado anteriormente, passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro sendo inserida no corpo do processo penal.

Para que a prova ilícita por derivação passe a ter o status de ilícita, como uma forma de contaminação em cadeia, Nestor Távora (2015), faz alguns apontamentos:

> a) Havendo um plexo de provas no processo e inexistindo interligação entre elas, não há que se falar em contaminação. Assim, a existência de provas absolutamente independentes da ilícita imprime conformidade ao processo. A prova ilícita deve ser desentranhada, e o processo estará convalidado em razão das provas lícitas que

não possuem nexo com a prova contaminada.

b) Se as provas derivadas, no caso concreto, objetivamente seriam descobertas de outra maneira (idônea), não há de se falar em contaminação, pois a ilicitude pretérita não foi decisiva. Por essa razão, mesmo havendo vínculo entre a prova ilícita e a prova derivada, caso fique demonstrado _que esta última seria descoberta de outra maneira legítima, não haverá extensão do vício. E o que se tem por teoria da descoberta inevitável.

No primeiro ponto o autor está destaca que a ausência de nexo de causalidade não prejudicará a utilização da prova, ou seja, na ausência de liame que ligue as provas decorrentes da ilícita, estas poderão ser livremente utilizadas no processo sem que acarrete qualquer ilegalidade ou nulidade.

Sendo assim, fica corroborado que só serão desentranhadas do processo aquelas provas que forem dependentes daquela originariamente ilícita.

Em segundo momento, destaca o autor que diante da possibilidade de se descobrir a prova derivada, supostamente ilícita, por outro meio ou até mesmo momento processual, não haverá que se aplicar a mencionada teoria.

Apesar de ser derivada ou dependente, poderia ser descoberta de outro modo ou momento processual, o que por si só elimina o lime que a ligaria com a prova ilícita, podendo ser utilizada no processo como uma prova devidamente licita.

Quanto a inutilização da prova, e a sua consequente contaminação no processo, descreveu Moraes:

> “Não havendo nulidade processual, devemos delimitar a consequência da inadmissibilidade de uma prova ilícita, definindo se haverá contaminação de todas as demais provas dela resultantes ou somente desqualificação desta para o julgamento da causa”. (MORAES, 2016, pag. 194).

Portanto, a delimitação do nível ou grau de contaminação de determinada prova torna imprescindível para que seja estabelecida a licitude das provas utilizadas como motivadoras da decisão do Juiz. Uma vez que uma decisão for proferida com base numa prova ilícita, essa decisão/ sentença será terminantemente nula.

Contudo, deve analisar que será o próprio magistrado que estabelecerá o liame entre a licitude e ilicitude de uma prova, e até mesmo a extensão dessa ilegalidade, destacando se houve contaminação ou não com outras provas no processo.

Nesse mesmo sentido, ensina Tavares:

> "(...) se é certo que as provas derivadas da ilícita sofrem o mesmo apelo de exclusão, já que também são imprestáveis, deve o magistrado dar os limites desta contaminação, identificando no caso concreto, a extensão do dano que está ligado ao grau de vinculo existente entre a prova antecedentes e a consequente". (TAVARES, 2016, pag. 627).

O próprio parágrafo primeiro do art. 175, do CPP, estabelece que "são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras".

Conforme devidamente destacado anteriormente, a inutilização da prova derivada estará baseada no nexo de causalidade entre a prova declara ilícita e as provas que dela sejam derivadas. Ademais, esta prova derivada não estará prejudicada caso seja produzida por uma fonte independente da primeira.

Ensina Alves (2015, pag. 52) que "considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios das investigações ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova".

Logo, uma vez afastada a ligação entre a prova contaminada e as provas posteriores, estará consequentemente afastada a sua ilicitude e a sua exclusão dos autos, tendo em vista a falta de nexo de causalidade entre ambas.

3. TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O direito processual penal irá intermediar a ação humana diante da violação do um direito individual e a vontade deste indivíduo lesado em ter o seu direito tutelado pelo Estado resguardado, portanto, será através da jurisdição que o Estado atuará com sua pretensão punitiva evitando que se faça justiça com as próprias mãos.

Por conseguinte, a jurisdição irá desenvolver-se através do processo, sendo dirigido pela figura do Estado Juiz, ao contrário do que estabelecia os Doutrinadores Franceses do Século XVIII, hoje essa submissão da vontade individual à jurisdição, em especial no direito processual penal, tornou-se vinculada e não mais discricionária, possuindo uma natureza pública.

Assim, os efeitos da jurisdição poderá alcançar, até mesmo, “sujeitos fora do processo, porquanto a sujeição das partes da decisão dentro da relação processual, mas consagra a validade da sentença no mundo jurídico em geral” (Greco Filho, 2009, pag. 31).

Segundo Nestor Távora (2016, pag. 612), “o processo na visão ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado”.

Dessa forma, pode-se perceber duas características peculiares do processo penal.

A primeira, reflete o dever do Estado de impedir que o cidadão lesado faça justiça com suas próprias mãos e a segunda, impõe restrições ao próprio Estado na sua pretensão punitiva, para que não venha ferir as garantias e liberdades do ofensor, consequentemente, garantindo-lhe o devido processo legal e a ampla defesa.

Sobre a garantia do devido processo legal, assim estabelece Greco Filho:

> Uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais de direitos é, inegavelmente, a do devido processo legal para a imposição de penas criminais. O sistema constitucional brasileiro não só estabelece tal garantia mas, também, cerca-o de requisitos básicos importantíssimos, como a ampla defesa e o contraditório. (...) O processo constitucionalmente estruturado, portanto, atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessa garantia (Greco Filho, 2009, pag. 39-40).

Além das garantias acima mencionadas, sabe-se que no processo penal há exigência de justa causa para a propositura da ação penal, bem como razoabilidade probatória para amparar a acusação.

Na marcha processual os fatos apresentados na denúncia ou queixa-crime que irão deflagrá-la, deverão ser provados durante a instrução, provar será estabelecer de forma inconteste a verdade dos fatos.

Segundo Tourinho Filho (2009, pag. 213) “provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”.

O Objetivo da prova será convencer o juiz sobre os fatos que irão influenciar na decisão da causa. Portanto, a prova além de tornar o fato alegado nos autos conhecido pelo juiz, convencendo-o de sua existência ou de sua inexistência, dependendo de qual tutela se deseja frente ao Estado, na figura do Juiz.

Sendo assim, no processo penal deverá busca-se o melhor resultado, qual seja, a verdade factível sobre o que foi gerado nos autos.

Daí surge “a importância de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições”, e sim por intermédio de um esforço probatório sólido. (TÁVORA, 2016, pag. 614).

Assim discorre Tourinho Filho:

> Entende-se por fonte de prova tudo que possa ministrar indicações úteis cujas comprovações sejam necessárias. Assim, a denúncia, embora não seja elemento ou meio de prova, é fonte desta, uma vez que contém indicações úteis, exigindo comprovação. Meios de prova, é tudo quanto posso servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunhas, documentos, perícias, etc. (2009, pag. 217).

À luz do Estado democrático de direito não será utilizada qualquer tipo de prova, mas, apenas as provas que são produzidas sob a égide do contraditório e ampla defesa, garantindo-se no desenvolver do processo os direitos e garantias fundamentais do acusado (ofensor).

Dessa forma, a sistemática do processo penal estabelece regras que vedam a utilização de provas ilícitas, uma vez, que o ordenamento jurídico brasileiro passou a utilizar-se no Processo Penal Constitucionalizado, usando a Constituição Federal de 1988 como premissa maior, e consequentemente o processo penal com premissa menor.

Logo, as normas e princípios fundamentais constantes na Carta Magna irão fundamentar o todo e qualquer procedimento penal de averiguação de culpabilidade.

Deve-se interpretar que o principio da liberdade probatória no processo penal não é absoluto, sendo assim, não é permitido no ordenamento jurídico uma persecução criminal absoluta, a constituição veio para impedir que fosse utilizado como fundamento das mazelas processuais penais de *“que os fins justificam os meios”.*

É cediço que as provas inadmissíveis no processo, são aquelas que violam a lei ou os princípios materiais ou processuais, “por afrontar a disciplina normativa, portanto, não seriam admitidas no processo”. (TÁVORA, 2016, pag. 624).

A Carta Magna de 1988, em seu art. 5ª, inciso LVI, estabelece que “a prova ilícita não poderá ser admitida no curso do processo penal”.

Capez (2012, pag. 363) ressalta que “quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita”. Contudo, deve-se observar que essa violação poderá ser de caráter material ou formal, como veremos adiante.

Nesse seguimento aborda Pacelli:

> "A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo". (PACELLI, 2017, pag. 183).

As lições de Moraes estabelecem que a prova ilegal deve ser desprezada, para que seja alcançado um processo justo, em face dos preceitos constitucionais, senão vejamos:

> É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos (MORAES, 2016, pag. 191).

Por intermédio do acima mencionado, tem-se que a aplicação da justiça através do processo penal não será realizada a qualquer preço, inclusive, não se poderá ferir o Estado Democrático de Direito ao qual lutamos para conquistar.

Existe sim uma busca real da verdade dos fatos no processo penal, porém, uma busca limitada, afinal, "essa busca da verdade, sofre limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados". (MORAES, 2016, pg. 191).

Quanto a ilicitude da prova, Capez (2012) divide-a entre ilicitude formal e ilicitude material.

Enquanto a ilicitude formal ocorrerá sempre que a prova for produzia por um procedimento ilegítimo, por sua vez, a ilicitude material ocorrerá quando o ato que visa alcançar determinada prova seja contrário ao ordenamento jurídico, como por exemplo o constrangimento físico (tortura), uma invasão domiciliar sem a devida autorização judicial.

Ainda sobre a vedação da utilização da prova ilícita estabelece Pacelli:

> No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade etc.). De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova –, equilibra a relação

de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa. (Pacelli, 2017, pag. 183).

Ademais Sanches Cunha (2009, pag. 91) afirma que “a prova ilegal se divide em prova ilegítima e prova ilícita. A prova ilegítima é aquela que viola uma norma processual. E a prova ilícita aquela que afronta um princípio constitucional”.

Sabe-se que ao ser utilizada determinada prova, com base na teoria da serendipidade, estaria o aplicador do direito ponderando no caso do confronto entre o *Princípio in dubio pro societate* e do *Principio in dubio pro reo*, mas, de forma reiterada fica ressaltado que nenhum princípio no direito é ilimitado ou absoluto.

A partir deste momento serão demonstrados os meios pelos quais pode-se encontrar provas diversas das investigadas (serendipidade), mediante o deferimento de medidas cautelares, tais como quebra de sigilo telefônico, interceptações telefônicas, quebra de sigilo bancário, fiscal ou de dados, etc.

3.1 Classificação das medidas cautelares

No cenário atual brasileiro, a luz do processo penal constitucionalizado, o Estado-juiz no exercício da sua pretensão punitiva, deve assegurar ao acusado os direitos e garantias fundamentais previstos na própria Carta Magna.

Ocorre que o próprio art. 5º, inciso LVII, da CF, estabeleceu o Princípio da presunção de inocência, o qual garante ao acusado o direito de inviolabilidade de suas garantias, e a presunção de que elas não serão cerceadas antes de uma sentença condenatória irrecorrível.

Por outro lado, é indiscutível que algumas medidas cautelares deverão ser empregadas para que se possa instrumentalizar a própria ação penal, garantindo assim a futura execução penal.

Sendo assim, o processo deve propiciar diante de um ilícito praticado a aplicação da pacificação social, logo, em detrimento dos direitos individuais do acusado visa-se a efetivação do *principio in dubio pro societate*.

Não basta que exista um processo que vise coibir os ilícitos penais, deve-se buscar o Estado na figura do Juiz, basear-se num processo efetivo e útil.

Assim destaca ALVES (2003), cinco postulados para se ter um processo útil e efetivo:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos;

b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c) deve-se assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, permitindo que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade;

d) o resultado do processo há de ser tal que assegure ao vitorioso o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) tal resultado deve ser alcançado como o mínimo de dispêndio de tempo e energias.

Portanto, serão as medidas cautelares presentes no processo penal e legislação extravagante que irão propiciar que o processo seja efetivamente um instrumento adequado, que os seus resultados sejam efetivamente uteis.

Todavia, para que sejam aplicadas as medidas cautelares no processo penal, sejam elas de forma típica ou atípica, ser-lhe-á indispensável a presença de dois requisitos, quais sejam: o *fumus bonis iuris* e *periculum in mora.*

Fixando sobre o que venha a ser o perigo da demora, estabelece Lima que “deve ser compreendido como o risco ou prejuízo que a não realização imediata da diligência poderá acarretar para a investigação criminal ou para a instrução processual” (2016, pg.1012).

E quanto ao caráter urgente da medida cautelar, o *fumus bonis iuris*, ou podendo ser denominado também como *fumus comissi delicti*, segundo afirma Lima “enseja a análise judicial da plausibilidade da medida pleiteada ou percebida como necessária a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança” (2016, pag. 1010).

Nesse sentido, está solidificado o entendimento do STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. INEXIGIBILIDADE EM CASOS DE URGÊNCIA MANIFESTA. DECISÃO QUE CONCEDE A MEDIDA EXTREMA DE FORMA GENÉRICA, SEM A NECESSÁRIA ANÁLISE INDIVIDUALIZADA DA SITUAÇÃO DE CADA RÉU, CAPAZ DE JUSTIFICAR A NECESSIDADE DA MEDIDA CAUTELAR. RECURSO PROVIDO. 1. Esta Corte Superior já assentou que, muito embora seja imprescindível a notificação prevista no § 7o. do art. 17 da Lei 8.429⁄92 antes do processamento definitivo da Ação de Improbidade, é possível o deferimento de providências cautelares inaudita altera pars para resguardar o resultado útil do processo. **2. Na presente demanda, contudo, o Tribunal de origem, de forma genérica, manteve a decisão que deferiu a quebra do sigilo bancário e fiscal de todos os réus, sem, contudo, analisar a situação específica**

> **do ora recorrente, individualizando os atos de cada réu que caracterizariam situação excepcional capaz de justificar a necessidade da medida cautelar. 3. Com efeito, caberia ao douto Magistrado a quo fundamentar o deferimento da quebra de sigilo bancário com as razões do seu convencimento quanto à existência de indícios de prova acerca da plausibilidade jurídica do pedido (fumus boni iuris) relativa a cada réu**. 4. Recurso Especial provido para determinar o retorno dos autos para o Juízo a quo para que aprecie o pedido cautelar de forma individualizada, conforme entender de direito. (REsp 1197444/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 05/09/2013).

Com efeito, para que se mantenha a preservação do resultado útil do processo, em hipóteses específicas, deverá o magistrado deferir as medidas cautelares *inaudita altera pars*.

Portanto, não possui sentido deferir uma medida cautelar, como por exemplo uma interceptação telefônica, porém, intimar o investigado previamente a fim de que se manifeste quanto a medida empregada.

Nesse sentido afirma Lima, (2016, pag. 46):

> Em se tratando de provas cautelares no curso do processo, também não se pode falar em publicidade às partes e a seus procuradores. Com efeito, supondo-se a necessidade de decretação de uma interceptação telefônica, ou da quebra de sigilo bancário e fiscal para ulterior adoção de medidas cautelares patrimoniais, deve-se preservar o sigilo para o acusado e seu defensor, sob pena de tornar inócua a medida em questão.

Portanto, apesar de estarmos diante de uma efetiva violação da privacidade e intimidade do investigado, deve-se ressaltar, que diante do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, o que se preza com tal medida é a efetividade da investigação.

O contraditório em relação a essa prova ocorrerá em momento posterior a finalização da investigação, logo, após a sua juntada nos autos, o juiz dará vistas a defesa para que tome ciência das informações colhidas e quem sabe apresente alguma impugnação.

As medidas cautelares poderão ser deflagradas tanto no inquérito policial como durante a instrução processual. Assim afirma Pacelli, 2014, pag. 86:

> Nossa legislação processual penal autoriza a representação policial ao juiz para a adoção de medidas acautelatórias na fase de investigação, conforme se encontram em vários dispositivos do processo penal e legislações especiais. [...] são providências acautelatórias, é certo, mas, sem quaisquer requisitos legais que

> as equiparem ao processo cautelar de nosso processo civil. A polícia judiciária tem legitimidade para pleitear a concessão judicial de diligências cautelares independente da concordância do Ministério Público.

Ao contrário do que se pode extrair do Processo Civil, as medidas cautelares previstas na legislação processual penal não possuem qualquer sistematização ou organização, seja as figuras previstas no corpo do CPP ou até mesmo na legislação extravagante.

Por conseguinte, na tratativa do tema cautelares processuais penais, pode-se utilizar a seguinte classificação:

a) *cautelares pessoais*, que serão as restritivas da liberdade do indivíduo, qual seja, as prisões provisórias: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão após sentença recorrível, etc, tema que não será tratado no presente trabalho;

b) *cautelares patrimoni*ais, aquelas que irão restringir a posse do investigado em relação a determinados bens, podendo ser citadas: o sequestro, o arresto, a busca e apreensão, etc.

c) *cautelares quanto ao meio de prova* ou *cautelares assecuratórias*, exame de corpo de delito, perícias complementares, exame no local do crime, interceptações telefônicas, quebra de sigilo de dados telefônicos, etc.

Conquanto, essa gama de assuntos que podem ser abordados a partir de então, diante das inúmeras figuras de medidas cautelares presentes no processo penal, deve-se ressaltar, que no presente trabalho será limitado o tratamento apenas das cautelares capazes de permitir um encontro fortuito de provas no bojo da investigação criminal, quais sejam, a quebra de sigilo bancário e fiscal, as interceptações telefônicas e a busca e apreensão.

3.2 Busca e apreensão: busca domiciliar e pessoal.

Quanto ao instituto da busca e apreensão, tem-se que a busca tem por objetivo a localização de determinada coisa ou pessoa, já a apreensão irá seguir a primeira.

Por tratar-se de um avanço do Estado na liberdade e privacidade individual, tem-se ao mesmo tempo, como uma ferramenta contra a prática de crimes, mas, que pode levar durante à execução da medida a pratica de ilegalidade por parte da autoridade policial.

Nesse sentido destaca o Ministro Gilmar Mendes em seu voto em sede de *RE 603.616 RO*:

> A busca e apreensão domiciliar é uma medida invasiva, mas de grande valia para a repressão à prática de crimes e para a investigação criminal. Abusos podem ocorrer, tanto na tomada da decisão de entrada forçada quanto na execução da medida. As comunidades em situação de vulnerabilidade social são especialmente suscetíveis a serem vítimas de ingerências arbitrárias em domicílios (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016).

Dessa forma, a busca e apreensão somente ocorrerá com uma prévia decisão devidamente fundamentada do juiz competente.

Nesse ponto, enquanto que a busca poderá ser caracterizada pelo verbo "procurar" algo ou alguém, a apreensão resultara na constrição da posse do bem.

Por conseguinte, destaca Avena:

> Por busca compreendem-se as diligências realizadas com o objetivo de investigação e descoberta de materiais que possam ser utilizados no inquérito policial ou no processo criminal. Trata-se de uma atitude de procura, a ser realizada em lugares ou em pessoas. Já por apreensão depreende-se o ato de retirar alguma coisa que se encontre em poder de uma pessoa ou em determinado lugar, a fim de que possa ser utilizada com caráter probatório ou assecuratório de direitos (2014, pag. 575).

A busca e apreensão possui natureza jurídica e tratamento pela legislação como meio de prova, porém, apesar de não unanime pode ser classificada como medida cautelar.

Assim afirma Nestor Távora:

> Apesar de o Código de Processo Penal a classificar como meio de prova, a busca e apreensão com finalidade de preservar elementos probatórios ou assegurar a reparação do dano proveniente do crime, ontologicamente, não é prova, tendo, ao contrário, a natureza jurídica de medida cautelar que visa à obtenção de uma prova para o processo, com o fim, portanto, de assegurar a utilização do elemento probatório no processo ou evitar o seu perecimento (TÁVORA, 2016, pag. 734, apud LIMA, 2005, pag. 134).

Nucci declara que a busca e a apreensão possuem natureza mista, pois, podem ser vistos, tanto como meio de prova, como meio assecuratório, senão vejamos:

> São medidas de natureza mista. Conforme o caso, a busca pode significar um ato preliminar à apreensão de produto de crime, razão pela qual se destina à devolução à vítima. Pode significar, ainda, um meio de prova, quando a autorização é dada pelo juiz para se proceder a uma perícia em determinado domicílio. A apreensão tem os mesmos ângulos. Pode representar a tomada de um bem para acautelar o direito de indenização da parte ofendida, como pode representar a apreensão da arma do delito para fazer prova (NUCCI, 2014, pag. 397).

Pode ocorrer a busca e apreensão em todas as fases processuais, seja ela durante o inquérito, durante a instrução criminal, em grau de recurso ou até mesmo na fase de execução de pena.

Quanto ao momento para o deferimento da medida, ou fases como descreve outros doutrinadores, afirma Nestor Távora:

> Existe ampla liberdade temporal para a realização da medida, que pode ocorrer antes do início da persecução penal, quando, v.g., é apreendida substancia entorpecente em blitz, sem sequer ter sido instaurado um inquérito policial. Da mesma forma, tem cabimento durante a investigação preliminar, no curso da instrução processual, na fase recursal, onde o tribunal, no julgamento da apelação, poderá determinar a realização da diligência, ou até mesmo na fase executória (TÁVORA, 2016, pag. 736).

De acordo com a sua finalidade, haverá uma possível classificação da busca e apreensão, tais como:

Como meio de prova – ou seja, quando o objeto a ser apreendido consiste no objeto material do crime praticado.

Como meio de obtenção de prova – consiste na busca pelas próprias provas do objeto da investigação, por exemplo, apreensão de determinados documentos (prova).

Como medida instrumental, cautelar probatória – lembrando que medida cautelar está baseada na *fumaça do bom direito e no perigo da demora,* a sua principal característica será a urgência dessa medida, ao passo que sem o seu deferimento não poder-se-ia adquirir a prova visada.

Sua iniciativa será do magistrado competente para julgar a causa principal, podendo exerce-la de oficio ou mediante provocação da autoridade policial.

Ressalte-se, que essa garantia é privativa do Juiz, Princípio da Reserva de Jurisdição, pois, não poderá ser deferida por nenhuma outra autoridade, a saber, pelo MP, autoridade policial, ou comissão parlamentar de inquérito.

O art. 240, do CPP, traz de forma meramente enumerativa os objetos passiveis de busca e apreensão, vejamos o teor do mencionado dispositivo legal.

> Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.
> § 1o Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
> a) prender criminosos;
> b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
> c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
> d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
> e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
> f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
> g) apreender pessoas vítimas de crimes;
> h) colher qualquer elemento de convicção.
> § 2o Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Conforme pode-se extrair do artigo acima descrito, as espécies de busca e apreensão podem ser divididas em diligência domiciliar ou diligência pessoal.

Tratando-se da busca domiciliar, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre as garantias que a própria Constituição Federal estabelece no que tange a inviolabilidade de domicilio.

Segundo o art. 5º, inciso XI, "*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial".*

O mandado judicial expedido pelo magistrado deverá ser certo e determinado, pois, a busca deverá ter um objeto certo e contra determinado individuo, a fim de impedir que a autoridade policial tenha margem de escolha quanto ao seu cumprimento.

Sobre este assunto, afirma NUCCI:

> Não é possível admitir-se ordem judicial genérica, conferindo ao agente da autoridade liberdade de escolha e de opções a respeito dos locais a serem invadidos e vasculhados. Trata-se de abuso de autoridade de quem assim concede a ordem e de quem a executa, indiscriminadamente. Note-se que a lei exige fundadas razões para que o domicílio de alguém seja violado e para que a revista pessoal seja feita, não se podendo acolher o mandado genérico, franqueando amplo acesso a qualquer lugar (NUCCI, 2014, pag. 401).

O mandado judicial de busca apreensão, além de ser certo e determinado, deve ser fundamentado, devendo o magistrado ao deferir tal medida apresentar evidentemente os motivos que a torna imprescindível e legal.

Assim tem considerado o STF, senão vejamos:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. REPERCUSSÃO GERAL. 2. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO – ART. 5º, XI, DA CF. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL EM CASO DE CRIME PERMANENTE. POSSIBILIDADE. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protrai no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. **A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.** 6. [...] 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016).

Retomando a proteção dada pelo art. 5º, inciso XI, do CP, pode-se extrair do art. 150, § 4º, do CP, o conceito de casa, qual seja:

> Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:
> Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.
> [...]
> § 4º - A expressão «casa» compreende:

> I - qualquer compartimento habitado;
> II - aposento ocupado de habitação coletiva;
> III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Portanto, pode-se concluir a luz dos dispositivos acima expostos, que em regra, haverá o direito à inviolabilidade de domicilio, e como exceção poder-se-á violá-lo, durante a noite, diante de tais hipóteses:

a) Consentimento do proprietário do imóvel (morador);

b) Em caso de flagrante delito;

c) Para prestar socorro à alguém;

Por conseguinte, durante o dia, horário que compreende das 06h às 18h, além das hipóteses acima mencionadas, haverá possibilidade de ingressar no domicilio alheio mediante ordem judicial devidamente fundamentada.

Nada impede, porém, que o morador autorize a autoridade policial ingressar em sua residência, desde que esta autorização não seja fruto de uma coerção ilegal.

Assim, afirma Nucci:

> Entretanto, pode o morador admitir que a polícia ingresse em seu domicílio, durante a noite, para realizar qualquer tipo de busca, embora o consentimento deva ser expresso e efetivo. Configura o abuso de autoridade caso a concordância seja extraída mediante ameaça ou qualquer tipo de logro, como, por exemplo, ocorreria se houvesse a promessa de retornar no dia seguinte com um mandado de busca e outro de prisão por desobediência (NUCCI, 2014, pag. 408).

Por outro lado, torna-se indiscutível a possibilidade da autoridade policial invadir uma residência a qualquer hora do dia ou durante a noite, mesmo sem um mandado judicial, mas, nessa hipótese “a polícia poderá ingressar em casa alheia para intervir num flagrante delito, prendendo o agente e buscando salvar, quando for o caso, a vítima” (NUCCI, 2014, pag. 405).

Diante dos parâmetros traçados o mandado judicial de busca e apreensão não poderá ser cumprido durante a noite, tão somente durante o dia. Ademais, tudo que for compartimento aberto ao público, como hospedagem, estalagem, casa de jogos, etc, não estarão protegidos pela regra da inviolabilidade de domicilio.

Nos termos do art. 243, do CPP, existem requisitos a serem cumpridos para a expedição do mandado de busca e apreensão:

> Art. 243. O mandado de busca deverá:
> I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;
> II - mencionar o motivo e os fins da diligência;
> III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.
> § 1o Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.
> § 2o Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito

Nesse aspecto pode-se extrair da atuação do juiz na aplicação da medida três princípios que regem o processo penal.

O princípio da verdade real, na medida que irá reger a atuação do magistrado no qual buscará a verdade dos fatos; o princípio do impulso oficial, pois, para determinar tal medida não dependerá necessariamente de provocação de outro órgão, e por fim, o princípio da proporcionabilidade/razoabilidade, pois não poderá determinar tal medida a qualquer preço, devendo ser devidamente motivada ao ponto que justifique a aplicação.

De qualquer sorte, existem alguns aspectos que devem ser destacados no instituto de busca e apreensão.

Ao tratar o legislador do termo “casa”, ele também incluiu o termo “pátio” da residência, desde que haja clara e evidente integração com o ambiente residencial, por mais que não seja delimitado por um moro, ou cerca, terá o mesmo tratamento legal protetivo.

Igual sorte não pode ser aplicada aos veículos, pois, não poderão ser equiparados a domicílio, trata-se de bens/coisa que pertence a algum indivíduo, porém, em relação aos trailers, barracas, barcos, desde que seja destinado à habitação, ainda que temporário, terão a mesma proteção constitucional de “casa”. Do mesmo modo, tem-se os quartos de hotel, motel, pensão, hospedaria – ocupados - e as repartições públicas serão qualificados juridicamente como casa.

A busca pessoal será realizada no corpo do indivíduo investigado, em suas roupas, ou até mesmo nos objetos sobre sua posse (aqueles que estejam consigo).

Ademais, ressalta o art. 249, do CPP, que se tratando de uma mulher a busca pessoal será realizada por outra mulher.

Deve-se observar na determinação do mandado de busca e apreensão seja domiciliar ou pessoal, as prerrogativas das pessoas com foro privilegiado, por tratar-se de regra de competência absoluta, deverá ser autorizada pela autoridade judicial que seja competência para processar e julgar a demanda principal, sob pena de nulidade.

Sob essa ótica, afirma Avena quanto a competência para expedição de mandado de busca e apreensão, senão vejamos:

> Agora, se a hipótese consistir em busca pessoal a ser realizada com o propósito de investigar determinada pessoa detentora do foro privilegiado, é evidente que a diligência exige determinação da autoridade legalmente incumbida do poder de investigá-la – no caso dos juízes, o Presidente do Tribunal de Justiça ou o Órgão Especial, e, no caso dos membros do Ministério Público, o Procurador-Geral de Justiça. (AVENA, 2014, pag. 585).

Deve-se ressaltar que a busca e apreensão, principalmente a domiciliar, permite o encontro fortuito de outros delitos, com uma frequência mais relevante do que outras medidas cautelares.

No cumprimento da cautelar de busca e apreensão a autoridade policial deve observar dois pontos relevantes: se o crime descoberto é um crime conexo com o crime investigado ou se o crime não for conexo.

3.3 Quebra de sigilo fiscal e bancário

Nos termos do art. 198, do CTN, ao estabelecer o conceito de sigilo fiscal, estabeleceu a possibilidade de sua relativização, porém, diante de ordem judicial devidamente fundamentada ou por requisição de autoridade administrativa, que tenha demonstrado o interesse da administração pública.

O Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não estabelecer como absoluto o sigilo fiscal e bancário, ou seja, “sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal” (STF, 2ª Turma, AI 541.265 AgR/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 04/10/05, DJ 04/11/05).

Segundo ensina Nestor Távora (2016) quanto ao sigilo fiscal, trata-se de uma garantia constitucional do indivíduo, a qual consiste no dever da Fazenda Nacional de não permitir que os dados do contribuinte sejam destinados para outros fins diversos do interesse da administração pública.

Por conseguinte, o sigilo bancário será uma garantia do indivíduo, na qual a constituição impõe às instituições bancárias o dever de preservar as informações dos seus clientes, em relação aos fins diversos da sua atividade bancária.

Por seu turno, quanto ao sigilo bancário afirma Nestor Távora:

> Consiste na garantia constitucional que protege os dados patrimoniais que estão no poder de instituições financeiras (não só os bancos em sentido estrito, mas todas as pessoas jurídicas indicadas no art. 1, § 1º, da Lei complementar nº 105/2001), importando no dever destas e de seus funcionários de não permitir a quebra do segredo sobre a situação econômica de seus cartões de créditos, debentures e aplicação em geral (2016, pag. 758).

Portanto, esse sigilo irá englobar, tanto as movimentações de conta-corrente, de conta-poupança, ou da própria situação financeira do cliente bancário.

Apesar de não unanime, existe o entendimento firmado pelo STF de que a quebra do sigilo fiscal e bancário se dará com base no art. 38, § 1º, da Lei 4.595/1964, cujo dispositivo foi recepcionado pela constituição, mediante status de Lei Complementar.

Outro ponto relevante a ser destacado, trata-se da ausência de reserva de jurisdição na aplicação da quebra de sigilos bancário e fiscal.

Quanto a autoridade fazendária, tem prevalecido o entendimento de que poderá realizar a previa violação do sigilo bancário e fiscal, sem autorização judicial, visando neste caso uma proteção maior da sociedade, por tratar-se de um crime que viola a coletividade, desde que para fins de constituição de crédito tributário.

Assim destaca Avena:

> Pois bem, sobre o tema, tem prevalecido a orientação no sentido de que, relativamente às autoridades fazendárias, a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei Complementar 105/2011, de 10 de janeiro de 2001, que é norma procedimental, cuja aplicação é imediata à luz do disposto no art. 144, § 1.º, do CTN".

Apesar do STF e do STJ já se posicionarem nesse mesmo sentido, tal entendimento não é unanime.

Ressalte-se ainda, que em relação a Casa Legislativa dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, somente poderá empregar tal medida, com base no art. 58, § 3º, da CF, as Casas legislativas estaduais.

Tal prerrogativa não assiste ao Ministério Público, assim descreve Lima:

> O Ministério Público também não está autorizado a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais de intimidade da vida privada dos cidadãos, já que tal medida somente é válida quando precedida da devida autorização judicial (LIMA, 2014, pag. 218).

Evidentemente, a quebra de sigilo fiscal e bancário necessitará de uma decisão judicial devidamente motivada, sob pena de serem declaradas ilícitas as provas delas decorrentes para a utilização da teoria da serendipidade.

Conforme estabelece a Constituição Federal, a regra é a inviolabilidade dos dados bancários e fiscais, somente será justificada a sua mitigação diante do interesse público, diante de uma ordem judicial devidamente motivada, demonstrando a viabilidade da sua decretação afim de promover um processo útil e efetivo.

3.4 Interceptações telefônicas

Destaca o art. 5º, inciso XII, da CF, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Afirma Lima que “a expressão deve ser compreendida como o ato de captar a comunicação telefônica alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal comunicação” (2016, pag. 987).

Quanto ao princípio da privacidade do indivíduo, deve ressaltar, que o dispositivo acima destacado prevê somente o sigilo da comunicação telefônica poderá ser relativizada, estando os demais abarcados de forma absoluta pela proteção constitucional.

Por conseguinte, as liberdades públicas não podem ser interpretadas em sentido absoluto, “em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades: não se permite que sejam exercidas de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias” (LIMA, 2016, pag. 999).

Nesse contexto afirma Lima:

> Interpretação literal e apressada do dispositivo constitucional, notadamente em face da expressão “salvo, no último caso”, pode levar à conclusão (equivocada) de que está autorizada pela Constituição Federal apenas a violação ao sigilo

> das comunicações telefônicas, o que implica reconhecer que os demais sigilos encontram-se protegidos de forma absoluta, de modo que, em nenhuma hipótese, podem eles ser objeto de revelação do conteúdo, salvo com autorização das pessoas envolvidas diretamente na relação (2016, pag. 981).

Ademais, pode-se destacar que a regra sempre será a inviolabilidade das comunicações telegráficas, e que a sua violação será uma a exceção, exigindo-se o preenchimento de requisitos legais para tanto.

Com efeito afirma PACELLI:

> O direito à intimidade, à privacidade, à honra, e todas as suas formas de manifestação, ou seja, a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações, que se constituem apenas em algumas das várias modalidades de exercício dos aludidos direitos (intimidade etc.), podem, como regra, ser limitados, por não configurarem nenhum direito absoluto (PACELLI, 2014, pag. 373).

Ademais, o dispositivo constitucional apresenta alguns requisitos, tais como, uma lei regulamentadora, a sua finalidade (motivação), qual seja, servir como prova de uma instrução ou investigação criminal, e por fim, ordem da autoridade judicial devidamente fundamentada, "uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada" (PACELLI, 2014, pag. 365).

No Brasil, antes do advento da Lei 9.296/96, não era possível a decretação de interceptações telefônicas, tendo em vista a determinação, do art. 5º, inciso XII, da CF, "na forma da lei", classificando tal dispositivo como norma de eficácia limitada.

Quanto ao regramento de proteção para as investigações telefônicas, tem-se que é uma medida baseada no Princípio de reserva de jurisdição, ou seja, determinados direitos constitucionais que só poderão ser violados mediante determinação judicial, devidamente fundamentada, sendo uma atividade tipicamente do poder judiciário.

Nota-se que este é o entendimento firmado pelo STF no HC: 126536 ES, senão vejamos:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VARA ESPECIALIZADA EM INQUÉRITOS POLICIAIS. JUÍZO COMPETENTE PARA O EXAME DAS MEDIDAS CAUTELARES. 1. A Vara de Inquéritos Criminais de que trata o art. 50, I, "e", da LC 234/2002 do Espírito Santo, antes das modificações determinadas pela LC 788/2014, é competente para decidir sobre medidas cautelares que, na fase inquisitorial, **estão sujeitas à reserva de jurisdição, inclusive a de quebra de**

> **sigilo de interceptações telefônicas**. 2. Ordem denegada. (STF - HC: 126536 ES - ESPÍRITO SANTO 8621109-68.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 01/03/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-054 28-03-2016) .

No que diz respeito à modalidade de medida cautelar, interceptação telefônica, nota-se uma divisão em três espécies:

a) Interceptação strictu sensu – na qual a conversa de duas ou mais pessoas será violada pela intervenção de um terceiro, não existe conhecimento da intervenção por parte dos interlocutores;

b) Escuta telefônica - existe o conhecimento da escuta por parte dos interlocutores, mas, a conversa é violada por um terceiro;

c) Gravação telefônica – a gravação é feita por um dos interlocutores, com o seu exclusivo conhecimento, não existindo a participação de um terceiro;

Ainda existe a classificação da interceptação telefônica, levando em consideração a sua finalidade, qual seja para a obtenção da prova, como meio de prova, meio de obtenção de prova ou fonte de prova.

Assim afirma Távora:

> A interceptação telefônica pode-se apresentar, a depender do seu conteúdo e finalidade, como meio de prova, meio de obtenção de prova ou fonte de prova:
> 1) Será meio de prova em face de que, na Constituição e na legislação, há menção específica a seu *nomen juris* e seu resultado pode servir, diretamente, à comprovação dos elementos típicos que constituem a infração penal [...];
> 2) Será meio de obtenção de prova quando, através das informações obtidas com a interceptação, for possível chegar às provas que, diretamente, demonstram a materialidade de um delito, tal como quando se descobre onde se encontram documentos ou instrumentos que podem constituir a prova propriamente dita do delito;
> 3) Será fonte de prova quando for considerada a perspectiva de observação da estrutura técnica da interceptação, que por sua vez, viabiliza resultados que poderão ser úteis à produção provatória (TÁVORA, 2016, pag. 748).

Podendo ser classificada como medida cautelar, uma vez que poderá ser deflagrada tanto na fase inquisitiva ou na fase instrutória, possui o caráter de cautelar conservativa, pois, “o procedimento destinado à violação de sigilo telefônico nos termos ditados pela Lei 9.296/1996 pode ser determinado antes mesmo da instauração de inquérito policial” (AVENA, 2014, pag. 474).

De antemão pode-se estabelecer alguns aspectos da interceptação telefônica, qual seja, haverá três protagonistas, no mínimo, sendo um deles o interceptador que irá captar a conversa de dois ou mais interlocutores. Ademais, como ressaltado anteriormente, a interceptação se constitui através da ausência de conhecimento da captação das informações por parte dos interlocutores.

Portanto, caso houvesse o conhecimento e o consentimento da captação de informações por parte de um dos interlocutores, estaríamos diante de uma escuta telefônica.

Ocorre que a "escuta telefônica", possuirá o mesmo regramento da interceptação, qual seja, a reserva de jurisdição, para que seja atribuída o seu caráter legal, o que se visa proteger nesta medida, nada mais é que a intimidade de um dos interlocutores, um preceito constitucional inviolável, salvo justo motivo.

O deferimento de uma interceptação telefônica por parte do magistrado, no bojo de uma investigação, revela a necessidade não somente da figura do juiz competente, mas, da demonstração efetiva do preenchimento dos requisitos legais e da devida motivação que justifique tal medida.

Assim, não basta a simples decisão por um juiz competente, exige-se a demonstração de indícios suficientes de autoria e a demonstração da materialidade do delito investigado.

Outro ponto a ser destacado pela doutrina, trata-se da característica subsidiária da interceptação telefônica, ao passo que a medida deverá ser utilizada em *ultima ratio*, ou seja, diante da ausência de outros meios de prova que assegure o esclarecimento dos fatos.

3.5 Quebra de dados/registros telefônicos

O registro telefônico pode ser entendido como o histórico de ligações e das comunicações realizadas por um número específico, ou seja, refere-se aos "dados" da linha. Serão os registros de horários de chamadas realizadas ou recebidas, sua respectiva duração, cuja responsabilidade para divulgação ao poder judiciário será unicamente da concessionaria de telefonia.

Destaca Avena que não se considera interceptação telefônica a simples quebra de dados telefônicos, "assim considerados os registros existentes na companhia telefônica sobre ligações já realizadas, dados cadastrais do assinante, data da chamada, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada, entre outros" (AVENA, 2014, pag. 471).

Deve-se estabelecer que a proteção dada pela Constituição Federal quanto às comunicações de dados (telefônicos), não será aplicada na mesma proporcionalidade que se aplica os registros telefônicos, qual seja, o histórico de chamadas realizadas e recebidas de determinada linha.

Com efeito, nesse mesmo sentido afirma Nestor Távora:

> Note-se que a proteção para os dados (registros) telefônicos existe (necessidade de autorização judicial ou de requisição de órgão que tenha atribuição constitucional e/ou legal para tanto, como as Comissões Parlamentares de Inquérito) apesar de o ser em menor aspectos, portanto, não há lugar para os limites opostos a lei de interceptação telefônica e não se submete, estritamente à Cláusula de Reserva Jurisdicional (TÁVORA, 2016, pag. 753).

Quanto à obtenção dos dados telefônicos, pode-se afirmar que o Ministério Público fica autorizado a obter os registros anteriores, sem prévia autorização judicial, todavia, tratando-se dos registros de ligações pretéritas terá que indiscutivelmente solicitar diretamente ao Juiz competente.

Em relação ao tema tratado, deve-se destacar a breve explicação de Lima (2016, pag. 1002):

> Portanto, independentemente de prévia autorização judicial, é possível que a Polícia e o Ministério Público tenham acesso exclusivamente aos dados cadastrais do investigado contendo as seguintes informações:
> a) qualificação pessoal: é composta pelo nome, nacionalidade, naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, número de carteira de identidade e número de registro no cadastro de pessoas físicas da Receita Federal;
> b) filiação: consiste na indicação do nome do pai e da mãe;
> c) endereço: local de residência e de trabalho. Este acesso é exclusivo aos dados cadastrais que informam qualificação pessoal, filiação e endereço.

Quanto a diferenciação entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação telefônica, afirma Avena:

> Ora, se, como já dissemos e repetimos, o art. 5.º, XII, da CF tutela tão somente as interceptações telefônicas stricto sensu e as escutas telefônicas, não alcançando as gravações telefônicas, é intuitivo, apesar de certa confusão doutrinária, que a Lei 9.296/1996 visa a regulamentar os dois primeiros institutos, nada se relacionando ao último citado. Este, aliás, é o entendimento dominante na jurisprudência pátria (AVENA, 2014, pag. 473).

Tanto nos processos de natureza civil, como os de natureza criminal, poderá ocorrer a quebra do sigilo de dados telefônicos, ademais, tal medida irá referir-se a dados passados, ao que já aconteceu e está armazenado pela concessionária de serviço telefônico, ao contrário do acontece com as interceptações que ocorrerão simultaneamente ao momento da comunicação.

Em relação a quebra de sigilo de dados telefônicos e as interceptações telefônicas, o primeiro não possui tamanha importância, do ponto de vista probatória, porém, não poderá ser totalmente desprezada.

Assim ressalta Lima:

> A depender do caso concreto, a obtenção dos registros telefônicos pode servir de importante instrumento para demonstrar que o agente se comunica com determinada pessoa, além da crescente utilização da obtenção de dados quanto à localização da estação radiobase (ERB) onde estava operando determinado aparelho celular para que se possa estabelecer a localização aproximada do portador do aparelho celular (autor e/ou vítima). (LIMA, 2016, pag. 999).

Por fim, embora o dispositivo esteja especificadamente previsto pela Lei de Lavagem de Capitais, não teve o legislador originário o objetivo de limitar a sua utilização para crimes ali tratados, bastante para tanto o entendimento de que poderá ser utilizado para investigar qualquer tipo de crime previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA SERENDIPIDADE

Introdutoriamente abordada no presente trabalho, a teoria da serendipidade surge como uma forma de resolver inúmeros questionamentos quanto à utilização de uma prova encontrada ocasionalmente numa investigação, seja ela referente a terceiro não investigado ou sobre crimes diversos do objeto que justificou a medida cautelar.

Afirmam Olivieri, Vruck e Noveli (2016):

> “Não raras as vezes, no intento de uma investigação para elucidar um crime, o agente do Estado depara-se com situações desconhecidas anteriormente, mas que têm relevância no mundo jurídico. Esse resultado diverso do pretendido auxilia na descoberta de condutas criminosas perpetradas por terceiros e pode ser empregado nas ações penais congêneres, advém deste ponto o chamado encontro fortuito de provas”.

Nesse mesmo sentido destaca Lima, que a teoria é utilizada nos casos em que, "no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação" (2016, pag. 848).

Partindo do estudo das provas ilícitas, no bojo da teoria da prova no processo penal, cujo tema foi amplamente abordado durante o capítulo 3, o encontro fortuito de provas será um dos seus desdobramentos.

A Teoria da Serendipidade ou Princípio da Serendipidade, apesar da ausência de regramento legal para o tema, encontra precedentes na doutrina e na Jurisprudência dos tribunais superiores.

Ressalte-se o entendimento firmado pela Superior Tribunal de Justiça no Informativo 539:

> DIREITO PROCESSUAL PENAL. DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS QUE NÃO SÃO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO. **O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação**. Precedentes citados: HC 187.189-SP, Sexta Turma, DJe 23/8/2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2012. (HC 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014) grifei.

Ademais:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FATO DELITUOSO DESCOBERTO A PARTIR DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA EM RELAÇÃO A TERCEIRO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). PEDIDO DE JUNTADA DE MÍDIAS AOS AUTOS. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA. EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> **[...] IV - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, entende-se por encontro fortuito de provas (serendipidade) a possibilidade de utilização de prova obtida a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar fato delituoso de terceiro, desde que haja relação com o fato objeto da investigação. (Precedentes).**
> (STJ - HC: 300684 RS 2014/0192159-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 17/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/03/2015) grifei.

Ressalte-se, que ao contrário da Teoria dos Frutos da árvore envenenada, a Teoria da Serendipidade é amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, desde que preenchidos os requisitos propostos, a sua utilização como meio ou indicio de prova não acarretará qualquer tipo de nulidade ou ilegalidade processual.

Notadamente, fala-se em encontro fortuito de provas ou serendipidade "quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime." Pois, para que seja considerada uma prova válida, deverá preencher os requisitos legais do seu deferimento (LIMA, 2016. pag. 848).

O próprio STJ tem firmado o entendimento nesse mesmo sentido, conforme pode ser destacado no RHC 76817 MG 2016/0262606-0:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 317, § 1º E 288, AMBOS DO CP. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. CONEXÃO. SERENDIPIDADE OU ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. REMESSA AO JUÍZO COMPETENTE. ILEGALIDADE NÃO RECONHECIDA. SEPARAÇÃO DOS FEITOS. RAZOABILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A partir da investigação de desvio de verba federal entregue a município, apuraram-se vários outros crimes sem dano federal, com a declinação destes à jurisdição estadual. **2. O chamado fenômeno da serendipidade ou o encontro fortuito de provas - que se caracteriza pela descoberta de outros crimes ou sujeitos ativos em investigação com fim diverso - não acarreta qualquer nulidade ao processo que se sucede no foro competente, desde que remetidos os autos ao Juízo competente tão logo verificados indícios durante a apuração.** 3. Não é caso de continência, pois de crime único não se trata. A diversidade de datas, de modos de execução e agentes - este ainda que parcialmente - impede reconhecer a continuidade delitiva. O concurso de pessoas importará a continência para cada crime e não para reunir crimes vários. 4. Não há conexão probatória, pois nenhum crime em verbas estaduais ou municipais é indicado como elementar ou prova de crime federal, ou vice-versa. 5. [...] (STJ - RHC 76817 / MG 2016/0262606-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO (1159), Data do Julgamento: 01/06/2017, Data da Publicação: 30/06/2017, T6 - SEXTA TURMA) grifei.

Para melhor esclarecimento, faz-se necessário descrever de forma prática a utilização da serendipidade no processo penal, portanto, nada melhor que passar a analisar um dos casos mais alarmantes da história do Brasil, qual seja, a investigação da operação Lava-Jato deflagrada pela Policia Federal, juntamente com o Ministério Público Federal e a Justiça Federal do Estado do Paraná, na qual culminou num de seus desdobramentos na condenação do ex-presidente Lula, tema que será abordado no final deste capítulo.

4.1 A Serendipidade na doutrina e jurisprudência

Portanto, apesar do tratamento estabelecido quanto a aplicação da mencionada teoria, a fim de esgotar as chances de esclarecimentos, pode-se utilizar como exemplo, uma investigação sobre a suposta prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, no qual foi deferido uma cautelar de interceptação telefônica em relação ao suposto autor do crime denominado Y.

Exemplo que poderia se assemelhar com o caso do processo de Tocantins nos escândalos de venda de sentenças e facilitação dos precatórios, AP 690 STJ (será apresentado no final do capítulo).

Todavia, no curso da investigação a autoridade policial descobre de forma inopinada outros agentes envolvidos diversos do investigado, e também que esses agentes haviam praticado um crime de roubo.

Neste caso, temos dois exemplos ou duas formas de serendipidade, primeiro a descoberta inopinada de outros agentes envolvidos na organização criminosa, e a em segundo momento a descoberta de crime diverso do investigado, dois fatos que podem ser vistos nos três casos que serão tratados a seguir.

Logo, deverão ser analisados alguns aspectos:

Em primeiro lugar se existe conexão ou continência entre o crime descoberto inesperadamente com o delito objeto da investigação?

a) Houve constatação de crime diverso do investigado, que além disso, não possui correlação de conexão ou de continência?

b) Em relação a autoria do crime investigado, havia a relação de autoria e coautoria com pessoa não investigada?

Assim, os questionamentos que surgem ao aplicador do direito, estão relacionados com a utilização dessa prova de forma lícita, mesmo que obtida de forma inesperada, imprevisível, a luz da teoria geral da prova no processo penal e dos princípios que norteiam este diploma processual.

Portanto, observa-se alguns critérios apresentados pela doutrina e pela jurisprudência para que seja aplicável a teoria da serendipidade no problema acima proposto.

Para Tavares deve existir o critério da congruência ou identidade, portanto, assim ensina que:

> “Em princípio o que se espera é a “identidade” (congruência) entre o fato e o sujeito passivo indicados na decisão e o fato e o sujeito passivo efetivamente investigado

(congruência entre o que se procura investigar e o que efetivamente foi encontrado)". (TAVARES, 2016, pag. 637).

Acerca do tema estabelece Renato Lima (2014), o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de asseverar que, uma vez realizada a interceptação telefônica de forma legal, todas as informações e provas coletadas nessa diligencia poderão subsidiar a denúncia, desde que seja com base em crime punível com pena de detenção, bem como, haja conexão entre eles.

Portanto, pode-se extrair outro critério, qual seja, a conexão entre os crimes e a necessidade de que o crime seja punível, ao menos, com pena de detenção.

Forçoso destacar que não seria nada proporcional aplicar-se o principio da serendipidade em relação determinado caso, e que o ilícito penal eventualmente descoberto fosse apenas uma contravenção penal, sendo assim, a sua potencial ofensa social, por si só, não justificaria qualquer relativização das tutelas e garantias do suposto autor do crime.

Logo, não seria nada razoável ou proporcional.

Portanto, este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal em Agravo Regimental em AI 626214 MG, pela relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, no qual destacou que:

> "O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção".

Destaca-se que este é o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, vejamos:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. DEFESA DOS INTERESSES DE PESSOA JURÍDICA PERANTE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA REJEITADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA JUDICIALMENTE AUTORIZADA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADA. PATROCÍNIO DE INTERESSE ILEGÍTIMO. CRIME QUALIFICADO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INOCORRÊNCIA.
>
> 1. Não há que se falar em conexão ou continência a justificar a reunião de processos quando evidenciada a prática de dois ou mais delitos de forma autônoma, se a

> análise de um não exercerá qualquer influência sobre a do outro, mostrando-se irrelevante o fato de tais crimes terem sido levados ao conhecimento do órgão acusador por meio de um mesmo procedimento investigatório.
> 2. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua, devendo sempre serem observadas as formalidades exigidas na Lei nº 9.296/96.
> **3. Na linha do entendimento firmado pelo STF, é compatível como art. 5º, XII e LVI, da Constituição Federal, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto casualmente seja punido com mera detenção.**
> 4. [...] (Apelação, Processo nº 0006489-90.2012.822.0601, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Renato Martins Mimessi, Data de julgamento: 19/05/2015) grifei.

Deve-se destacar que não será possível, apenas, o encontro fortuito de provas no curso de uma interceptação telefônica, ou de busca e apreensão, podendo ser visualizada a partir de diversas cautelares deflagradas.

Ademais, deve-se destacar a exigência no Princípio da Reserva de Jurisdição, o qual exige que uma decisão motivada pelo Juízo competente, a motivação estará baseada na necessidade da medida, respaldada na Constituição e na lei, e a adequação refletida pela supremacia do bem que se pretende proteger.

Assim afirma Lima:

> A teoria do encontro fortuito de provas não deve ser trabalhada única e exclusivamente para as hipóteses de cumprimento de mandados de busca e apreensão. Sua utilização também se apresenta útil no tocante ao cumprimento de interceptações telefônicas. Isso porque é assaz comum que, no curso de uma interceptação telefônica regularmente autorizada pelo juiz competente para investigar crime punido com pena de reclusão, sejam descobertos elementos probatórios relativos a outros delitos e/ou outros indivíduos (LIMA, 2016, pag. 849).

Um obstáculo para a legalidade da prova obtida fortuitamente, seria a própria legalidade da medida empregada no processo, sendo assim, nessa discussão, deve-se destacar que a partir do momento que for estabelecido o critério de legalidade para a prova originária, logo, será atribuída essa mesma legalidade para a prova encontrada fortuitamente.

É sabido que o meio de obtenção de prova pelas medidas cautelares apesar de gerar certa restrição nos direitos e garantias fundamentais, será justificado pelo Princípio da proporcionalidade e razoabilidade, aplicado com a devida ponderação ao caso concreto, caso contrário, resultaria numa evidente injustiça.

Com efeito, através do Princípio da Proporcionalidade é que se justifica a não utilização da teoria da serendipidade em meras contravenções penais, mas, em crimes com pena de no mínimo de detenção conforme citado anteriormente.

Sendo assim, uma vez autorizada a interceptação telefônica para a investigação de supostos autores de determinado crime, após iniciada a coleta de dados, conclui-se que existe a prática de crimes diversos do objeto da investigação tem-se, portanto, uma prova legal, uma vez que os requisitos para a deflagração da cautelar já estão preenchidos.

Destaca-se assim os referidos requisitos: a autorização por um juiz competente, devidamente motivada, baseada em indícios suficientes de autoria e de materialidade do delito supostamente praticado, o que por si irá justificar a violação ao princípio da intimidade e privacidade do investigado.

Portanto, proibição da produção de prova “ilícita no processo advém do próprio Estado Democrático de Direito, não admitindo uma condenação sem a observância de direitos que foram previamente estabelecidos” (MENDES, 2014, pag. 7).

Existe um critério bastante objetivo para se estabelecer a legalidade da prova encontrada fortuitamente, qual seja, o critério da conexão entre o(s) crimes investigado (s) e o crime (s) encontrado fortuitamente.

Retomando o exemplo já citado, uma investigação de crime de tráfico de drogas, e que no curso da investigação, mediante o deferimento de uma cautelar de busca e apreensão domiciliar, são encontrados objetos provenientes do crime de roubo e as mencionadas substancias entorpecentes.

No caso em tela, não existe qualquer conexão entre o crime de tráfico de drogas com o crime de roubo, não existe qualquer laço ou ligação entre a atividade criminosa do primeiro com o segundo delito.

Portanto, para que seja admitida como válido esta prova, a luz do ordenamento jurídico, ela deverá ser usada como noticia-crime, devendo ser instaurado outro inquérito policial para averiguação da conduta criminosa para o crime de roubo.

No caso acima citado, a prova obtida pode ser classificada como serendipidade de primeiro grau (prova de primeiro grau), e a serendipidade de segundo grau (prova de segundo grau). Com essa classificação ficará demonstrado se a prova terá ou não conexão com o crime investigado e se poderá ser utilizada no curso da investigação.

O Supremo Tribunal de justiça em decisão proferida no HC 219662 DF 2011/0229006-9, manifestou entendimento neste mesmo sentido. Assim destacou o ministro Vasco Della Giustina:

> Em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência) parece-nos acertado falar em serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau (ou em fato que está na mesma situação histórica de vida do delito investigado) historichen Lebenssachverhtalt). Nesse caso a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz (como prova válida). Pode essa prova conduzir a uma condenação penal.
> Quando se trata, ao contrário, de fatos não conexos (ou quando não haja continência), impõe-se falar em serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau (ou em fatos que não estão na mesma situação histórica de vida do delito investigado). A prova produzida, nesse caso, não pode ser valorada pelo juiz. Ela vale apenas como notitia criminis .
> Conclusão: se o fato objeto do" encontro fortuito "é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto. Essa prova deve ser valorada pelo juiz. Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecente; descobre-se fortuitamente um homicídio, em conexão teleológica.

Sendo assim, a serendipidade de primeiro grau será a descoberta de determinado crime que não faz parte do objeto principal da investigação (tráfico de drogas), mas, que estão de forma em comum, podendo ser delimitado o nexo de causalidade da linha investigatória do crime principal.

Já a serendipidade de segundo grau, será a descoberta de crime diverso do objeto investigatório (crime de roubo), não fazendo conexão com o destinatário da investigação (suposto autor do fato).

Portanto, parte da doutrina entende que a serendipidade de primeiro grau será aquela prova que possui conexão ou continência com o crime investigado, ausente a conexão ou a continência, ter-se-á a serendipidade de segundo grau, uma prova ilícita para o processo originário.

Segundo Távora (2016), a conexão será o resultado da ligação entre dois ou mais crimes, devendo ser apreciados pelo mesmo juízo competente, os quais deverão ser julgados conjuntamente para que se evite decisões contraditórias.

Nesta mesma seara, tem-se alguns critérios para se estabelecer a conexão entre certos crimes, merecendo destaque a conexão intersubjetiva – na qual encontra-se a pluralidade de criminosos, ou seja, duas ou mais pessoas irão se reunir para cometer certo delito.

Por sua vez, a continência será formada através do vínculo que unirá todos os infratores de determinado crime. O critério será a conduta única dos agentes.

A continência subjetiva ocorrerá quando dois ou mais agentes irão concorrer para o mesmo crime, por sua vez, na continência objetiva ocorrerá vários resultados lesivos, mas, provenientes de uma única conduta.

Ainda de acordo com a doutrina, a teoria da serendipidade deve ser aplicada com certa razoabilidade e temperamento, para que não sejam cometidos excessos pela polícia judiciária ao ponto de ferir as garantias e princípios individuais, todavia, não poderá também ser impossível a sua aplicação para permitir a impunidade de determinados crimes.

O entendimento recente do STJ, tem-se firmado no sentido de não se exigir nexo de causalidade entre os delitos investigados e os descobertos fortuitamente, até porque não se poderia permitir diante da gravidade de determinados casos a simples impunidade dos seus agentes.

Destaca-se que já existem alguns julgados no STJ, bastante recentes, firmando um novo entendimento que revela realmente a busca pela efetividade da justiça na coibição dos ilícitos penais praticados contra a sociedade, cite-se como exemplo o entendimento firmado nos autos da AP nº 690, que será tratado no curso deste capitulo.

Assim faz-se necessário destacar novamente parte da decisão monocrática do Ministro João Otávio de Noronha, senão vejamos:

> "Aqui, opto pela orientação do STJ, como exposta (cf., ainda, HC 197.044/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 23.09.2014; HC 187.189/SP, rel. Min. Og Fernandes, DJe 2308.2013), e da maioria da doutrina (por todos: Fernando Capez, Curso de Direito Penal, 4 v., 9a. ed., 2014, p. 491), ou seja, *que a prova é admitida para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente perseguido, ainda que não conexos ou continentes, desde que a interceptação seja legal*." Grifei.

Nesse mesmo sentido, estabelece o Ministro Geraldo Marques Fernandes, em decisão prolatada nos autos do HC 187.189 SP (2010/0185709-1) do STJ:

> "Ainda que as condutas imputadas aos ora pacientes *não guardem relação direta com aquelas que originaram a quebra do sigilo*, mostra-se legítima a utilização da referida medida cautelar preparatória, se por meio dela descobriu-se fortuitamente a prática de outros delitos". Grifei.

O Tribunal de Justiça de Rondônia tem se posicionado quanto à aplicação da teoria da Serendipidade no encontro fortuito de provas, bem como tem firmado o entendimento da

desnecessidade de conexão entre o crime investigado e o crime descoberto fortuitamente, senão vejamos:

> LEI DE TÓXICO. PRELIMINARES: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. SERENDIPIDADE. ESCUTA. PERÍCIA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. PROVA VÁLIDA. TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. SUFICIÊNCIA DE PROVAS. PENA-BASE. CONCURSO DE CRIMES. MESMA NATUREZA, FUNDAMENTAÇÃO ÚNICA. DESPROPORÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. PRAZO DEPURADOR. MINORANTE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. AUSÊNCIA.
> 1. Descabida é a reivindicação de perícia do áudio de escuta telefônica por ausência de previsão legal, cuja medida só se justificaria se a Defesa, de forma pontual, relatasse o suposto equívoco nas degravações e o respectivo prejuízo dele decorrente, e, ainda assim, que o fizesse no momento oportuno, etapa final da instrução, art. 500 do CPP, após a qual, precluso estará este direito.
> **2. É perfeitamente válida a utilização de prova obtida a partir da interceptação telefônica judicialmente autorizada para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente perseguido, de modo que nenhuma ilicitude há na descoberta fortuita de outros envolvidos na empreita criminosa.**
> 3. O fato de toda a substância tóxica envolvida no feito ter sido encontrada em poder de apenas um dos integrantes do grupo e de que tal indivíduo tenha chamado para si toda a responsabilidade pelo crime, por si só, é insuficiente a elidir a participação dos demais, cujo envolvimento restou devidamente comprovado na longa investigação policial, na qual se assenta a sentença condenatória, e de cuja ação foram desbaratadas várias associações, além da apreensão de grandes quantidades de substâncias tóxicas, dentre elas a destes autos, trazida de outra cidade para ser distribuída nesta capital.
> [...] (Apelação, Processo nº 0017504-94.2014.822.0501, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Criminal, Relator(a) do Acórdão: Des. Valter de Oliveira, Data de julgamento: 01/09/2016) grifei.

Fica evidente que a autoridade policial e judiciária se depara diante de um fato como este entre dois critérios, quais sejam, necessidade e adequação.

Adequação por ter que se basear diante nos preceitos legais e constitucionais, e segundo, necessidade, por tratar-se de um poder-dever, ou seja, seu dever funcional de apurar a veracidade dos indícios de práticas ilícitos dos quais tenha tomado ciência, ainda que não possua qualquer liame com os delitos que originaram a investigação.

A ausência de conexão entre o crime objeto da investigação e o encontrado fortuitamente de outras provas no curso dela, por si só, não pode determinar a ilegalidade da prova, caso contrário ocorreria uma inversão logica do sistema legal brasileiro, revelando uma verdadeira impunidade.

Sendo assim, o único critério que poderia determinar a legalidade ou ilegalidade da prova no processo penal seria a observância dos requisitos de autorização, ou seja,

a ausência de autorização do juízo competente ou a falta de motivação na permissão da medida.

Definindo de antemão, o objetivo principal do Princípio/teoria proposto, qual seja, atribuir ao processo penal mais utilidade e efetividade diante dos ilícitos penais e as organizações criminosas que veem se mostrando cada vez mais sofisticadas e articulas.

4.2 A teoria da Serendipidade em casos práticos

A operação Lava-jato, deflagrada no ano de 2009, tem sido o verdadeiro reflexo na prática da aplicação da teoria da serendipidade. As provas obtidas no curso da investigação auxiliaram para que fossem deflagrados diversos outros desdobramentos e que fossem descobertos outros criminosos dentro da grande organização que se formou para defraudar os cofres públicos.

O início das investigações da Lava-jato foi uma investigação da Policial Federal na qual indiciou quatro doleiros que se utilizavam da atividade econômica de comercialização de combustíveis e lava-jatos para lavagem de dinheiro.

Dessa forma, as investigações apontaram uma ligação entre o doleiro Alberto Youssef, bem como os outros investigados, como o ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto, todos envolvidos nos atuais escândalos de lavagem de dinheiro.

Por conseguinte, no curso desta investigação a polícia e o MPF descobriram "fortuitamente" que se tratava de uma grande máfia envolvida em inúmeros desvios de dinheiro da Petrobrás, crimes de corrupção ativa, passiva, lavagem de dinheiro, pagamento de propinas para receber favorecimentos políticos, organização criminosa, entre outros crimes.

Destaca o G1 "Segundo o ex-diretor, a operação teve início em 2006, quando se formou um cartel entre grandes empreiteiras para prestação de serviços à Petrobras e para obras de infraestrutura, como a construção de hidrelétricas e aeroportos" (2014).

Na página do MPF, tem-se todo o relatório de como iniciou esta investigação, trecho que se faz necessário destacar:

> Em julho de 2013, a investigação começa a monitorar as conversas do doleiro Carlos Habib Chater. Pelas interceptações, foram identificadas quatro organizações criminosas que se relacionavam entre si, todas lideradas por doleiros. A primeira era chefiada por Chater (cuja investigação ficou conhecida como "Operação Lava

> Jato", nome que acabou sendo usado, mais tarde, para se referir também a todos os casos); a segunda, por Nelma Kodama (cuja investigação foi chamada "Operação Dolce Vita"); a terceira, por Alberto Youssef (cuja apuração foi nomeada "Operação Bidone"); e a quarta, por Raul Srour (cuja investigação foi denominada "Operação Casa Blanca"). O monitoramento das comunicações dos doleiros revelou que Alberto Youssef, mediante pagamentos feitos por terceiros, "doou" um Land Rover Evoque para o ex-diretor de Abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa.

Além das interceptações telefônicas, em 2014 aconteceu a segunda fase da operação Lava-jato baseada em buscas e apreensões nas residências e empresas dos investigados. Partindo dessa fase inicial foram deflagradas mais de 15 medidas cautelares, envolvendo outros suspeitos na organização criminosa.

Todas as provas levantadas levaram a conclusão do grande esquema de corrupção envolvendo a Petrobrás, seus diretores, as empreiteiras e inúmeros políticos.

Sendo assim, a Lava-jata ficou consagrada como a maior investigação de corrupção, lavagem de dinheiro, e prejuízo ao erário público, somando mais de 45 desdobramentos, não conseguiria alcançar tamanho êxito se não fosse a legalidade da aplicação da teoria da serendipidade no processo penal brasileiro.

Além da analise do caso Lava-jato, serão analisados outros casos concretos.

4.2.1 Lula e o tríplex de Guarujá

A partir desse ponto, será feito uma analise nos autos da ação penal 5046512-94.2016.4.04.7000.

Para tanto, as investigações iniciais da Lava-Jato estavam voltadas para Alberto Youssef (doleiro) e o ex-diretor da Pedrobrás Paulo Roberto Costa, que mediante inúmeros desdobramentos (45 no total), e medidas investigatórias deflagradas chegou ao indiciamento e condenação do ex-presidente Lula.

Dessa forma, chegou ao conhecimento da autoridade policial o suposto envolvimento do ex-presidente nos escândalos da Petrobras.

Em síntese, segundo a denúncia e a sentença dos autos 5046512-94.2016.4.04.7000, no âmbito das investigações da Lava-jato conclui-se que as empresas fornecedoras da Petrobras distribuíam "vantagens" para os seus dirigentes e políticos envolvidos.

O esquema criminoso baseava-se na corrupção de agentes políticos, através do financiamento de campanhas e partidos políticos, que em troca esses agentes responsabilizavam-se em manter os ditos diretores da Petrobras na direção da Estatal, logo, receberiam remunerações periódicas (propinas) para que as empresas pagadoras dessas proprinas fossem beneficiadas nos contratos firmados com a Petrobrás.

Um grande esquema devidamente articulado de corrupção ativa, passiva e concussão.

Dentre outras empresas envolvidas no esquema de corrupção, destaca-se no caso em tela o fato do Grupo OAS, Presidido pelo acusado José Adelmário Pinheiro Filho, usando o alcunha de "Léo Pinheiro", seria dos responsáveis pelo pagamento das vantagens ao ex-presidente Lula.

Ressalte-se que inicialmente não havia qualquer investigação de crimes praticados pelo ex-presidente, todavia, no curso da investigação foi descoberto "eventualmente" o recebimento de propina por meio do imóvel Triplex de Guarujá em São Paulo.

Por certo, os valores recebidos pelo ex-presidente do Grupo OAS foram incorporados através da disponibilização do apartamento 164-A, um tríplex, no Condomínio Solaris, em Guarujá/SP.

O mencionado imóvel foi entregue ao ex-presidente como forma de pagamento dos benefícios concedidos ao Grupo OAS, bem como foi descoberto o pagamento de despesas havidas com o armazenamento de bens de propriedade do ex-presidente Lula.

Ressalte-se, que posteriormente foram feitas reformas e benfeitorias no mencionado apartamento sem que o ex-presidente pagasse qualquer valor para isso, mesmo que a defesa alegasse não haver feito a transferência da titularidade do referido imóvel para o nome do acusado e sua esposa (falecida).

Os indícios de autoria foram confirmados mediante interceptações telefônicas e medidas de busca e apreensão domiciliar por meio dos autos 5006205-98.2016.4.04.7000.

Nos autos da mencionada ação penal (5046512-94.2016.4.04.7000) deve-se destacar o trecho da r. sentença, no qual demonstra o encontro fortuito de provas de outros delitos, como o envolvimento com o sítio de Atibaia, senão vejamos o trecho da decisão do ilustre magistrado:

> "94 - Há, é certo, alguns diálogos que parecem banais e eminentemente privados, *mas exame cuidadoso revela sua pertinência e relevância com fatos em investigação, como por exemplo diálogos nos quais os interlocutores combinam encontros, inclusive em uma propriedade rural na região de Atibaia, e que embora*

> *não tenham conteúdo ilícito próprio servem como indícios da relação do ex-Presidente com a referida propriedade*, o que é objeto de outra ação penal. Oportuno lembrar que a seleção dos diálogos relevantes e que foram juntados aos autos foi feita pela autoridade policial e não por este Juízo (grifei).

Desse modo, deve-se destacar outro ponto de evidente influência e relevância da "serendipidade" na descoberta de provas de outros delitos, assim destaca a r. sentença:

> 409. As referências a "Fábio" ou "Dr. Fábio" dizem respeito novamente ao filho do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, de nome Fábio Luis Lula da Silva, tendo a Polícia Federal verificado que o telefone 11 99973-9606 é por ele utilizado (fls. 12 e 13 do relatório).
> 410. *Das mensagens, conclui-se que a OAS Empreendimentos, por ordem de José Adelmário Pinheiro Filho, esteve envolvida na reforma do referido sítio em Atibaia e ainda na reforma do apartamento 164-A, triplex, no Guarujá*. Ambas, realizadas no ano de 2014 e, em parte concomitantes, visavam atender ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e sua esposa Marisa Letícia Lula da Silva (grifei).

Ademais;

> l) a OAS Empreendimentos, por determinação do Presidente do Grupo OAS, o acusado José Adelmário Pinheiro Filho, vulgo Léo PiDheiro, realizou reformas expressivas no apartamento 164-A, triplex, durante todo o ano de 2014, com despesas de R$ 1.104.702,00, e que incluiram a instalação de um elevado privativo para o triplex, instalação de cozinhas e armários, demolição de dormitório, retirada da sauna, ampliação do deck da piscina e colocação de aparelhos eletrodomésticos;
> m) a OAS Empreendimentos não fez isso em relação a qualquer outro apartamento no Condomínio Solaris, nem tem por praxe fazê-lo nos seus demais empreendimentos imobiliários;
> *n) mensagens eletrônicas trocadas entre executivos da OAS relacionam as reformas do apartamento 164-A ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a Marisa Letícia Lula da Silva, tendo elas ainda sido feitas na mesma época em que feitas reformas em sítio de Atibaia frequentado pelo ex-Presidente* (grifei)*;*

Destaca-se nesse ponto, que as principais provas que basearam esta investigação, além das provas documentais encontradas mediante busca e apreensão, foram as interceptações telefônicas e a quebra de sigilo de dados telefônicos, os meios mais comuns de se encontrar a aplicação prática da teoria da serendipidade, no que tange ao encontro fortuito de provas.

Ressalte-se que foi mediante o diálogo dos investigados durante as interceptações que a polícia judiciária pode iniciar as investigações quanto à aquisição do Sitio de Atibaia,

bem como confirmar as vantagens recebidas pelo investigado da OAS através da reforma do Triplex de Guarujá.

Nestes mesmos autos, mediante a interceptação telefônica autorizada pelo magistrado competente para o caso, foi descoberto "fortuitamente" a indicação do ex-presidente Lula ao cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, a fim de obstruir as investigações, passando a ter foro privilegiado devido ao pretenso cargo, o que demandaria a incompetência do juízo de primeiro grau e a remessa dos autos para o STF.

Assim destaca o r. magistrado em sentença prolatada nos autos: 5046512-94.2016.4.04.7000:

> "125. No entendimento deste julgador, respeitando a parcial censura havida pelo Ministro Teori Zavascki, o problema nos diálogos interceptados não foi o levantamento do sigilo, *mas sim o seu conteúdo, que revelava tentativas do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva de obstruir investigações e a sua intenção de, quando assumisse o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, contra elas atuar com todo o seu poder político ("eles têm que ter medo)*." grifei.

Sendo assim, para a ótica jurídica da análise feita ao caso concreto, o que nos interessa, a ser destacada nesta questão, é a descoberta "fortuita" no curso da investigação de outros delitos praticados pela organização criminosa, e em especial a figura do ex-presidente Lula.

Como o ex-presidente estava sendo alvo de inúmeras investigações da Lava-jato foi tramado com a ex-presidente Dilma Roussef a sua nomeação como Ministro da Casa Civil a fim de que houvesse obstrução da justiça mediante o favorecimento do foro privilegiado e a remossão dos autos ao STF.

Ocorre que o prazo da interceptação telefônica estava vencido, e o mencionado áudio foi cancelado pelo STF em acordão, tendo como relator o Ministro Teori Zavascki, todavia, a suposta nomeação como Ministro da Casa Civil foi suspensa pelo Ministro Gilmar Mendes em outro processo.

Ressalte-se que neste caso, a invalidação da prova foi pelo fato do prazo da medida investigativo estar vencido, logo, tratava-se de uma prova ilícita, e não propriamente pela ausência de admissibilidade da teoria da serendipidade no ordenamento jurídico.

Portanto, como foi ressaltado anteriormente, o único critério capaz de estabelecer a ilegalidade da prova encontrada fortuitamente será a ilegalidade da medida cautelar deflagrada na investigação.

4.2.2 Organização criminosa no Rio Grande do Sul

Este caso foi extraído do RHC nº 81964 / RS (2017/0053766-8) que tramitou no Supremo Tribunal de Justiça no qual o paciente Gerson Valmir Azevedo da Silva buscava o relaxamento de prisão por não ser “alvo” nas interceptações telefônicas deflagradas nas investigações dos autos de origem, alegando ilegalidade da cautelar constritiva de liberdade, ou subsidiariamente caso o primeiro pedido não fosse concedido, a conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar.

O processo foi iniciado na Comarca de Sapiranga no TJRS, tendo por objeto a investigação de uma suposta organização criminosa, com emprego de armas de fogo, corrupção de menores e tráfico ilícito de entorpecentes.

Nos autos da ação originária (0013698-50.2016.8.21.0132) foi deflagrada a interceptação telefônica para investigar Cristiano Lopes dos Santos, alcunha “pai de todos” responsável por liderar a organização criminosa, dentro da Penitenciaria Estadual, além de recrutar outros comparsas para a “firma”.

Ocorre que no curso da investigação foi determinado a quebra do sigilo telefônico em relação a outros envolvidos na suposta organização, dentre eles Renato Ribeiro Schirmer, alcunha “Zoio”, denominado “gerente da firma”.

Fica destacado no relatório da quebra de sigilo telefônico como se organizava a estrutura da facção criminosa, senão vejamos:

> ... foi possível constatar a existência de uma organização criminosa muito bem estruturada, tratando-se de uma extensa rede, com diversos membros com funções específicas, tais como gerente, distribuidores (nome utilizado para os demais traficantes), colaboradores (nome utilizado para depositários de drogas, armas, intermediários, etc.). Além disso, verifica-se no Anexo I (relatório de degravações), bem como no relatório de investigação que a presente organização criminosa se utiliza de alguns códigos específicos para referirem-se às drogas ilícitas que comercializam, a saber: “AIPIM”, sigla usada para COCAÍNA; ‘BATATA’, sigla usada para CRACK; BT é igual a ‘BATATA TOP’, sigla usada para CRACK DE MELHOR QUALIDADE, assim como já utilizado anteriormente apresentado nos relatórios do Inquérito Policial n. 1606/2016/100942.

De acordo com os relatórios foi constatado que além dos investigados havia sido recrutado o paciente Gerson Valmir como colaborador da organização, ato em que foi solicitado pela autoridade policial e deflagrado pelo juízo a quo a busca e apreensão em sua residência, bem como a sua prisão domiciliar.

Nos autos do HC a defesa baseou sua tese na nulidade da prisão preventiva, tendo em vista que o paciente não era “alvo” das interceptações telefônicas, ou tão pouco indiciado nos autos da investigação.

Alegando, dessa forma, que a constrição da liberdade do paciente estava eivada de ilegalidade, por não ter sido autorizado, especificadamente, a sua quebra de sigilo telefônico e por não ter sido indiciado “inicialmente” no IPL.

O Ilustríssimo Ministro Antônio Sadanha asseverou em seu voto a legalidade da prisão e a aplicação do Princípio da Serendipidade ao caso proposto:

> “Ora, é da orientação desta Corte Superior que a descoberta, em interceptação telefônica judicialmente autorizada, do envolvimento de pessoas diferentes daquelas inicialmente investigadas – o denominado encontro fortuito de provas (serendipidade) – é fato legítimo, não gerando irregularidade do inquérito policial, tampouco ilegalidade na ação penal”.

Ademais, afirma o relator;

> “Tal a circunstância, não é inválida a interceptação telefônica realizada nos moldes estabelecidos pela Lei n. 9.296/96, isto é, mediante autorização judicial, fundada em razoáveis indícios da participação do ora acusado na organização criminosa originalmente investigada. *Embora, em um primeiro momento, não se tenha dirigido a investigação ao recorrente, certo é que seu envolvimento nos delitos apurados em relação a corréus foi descoberto em encontro fortuito de provas, ocorrido em procedimento efetuado em observância à disciplina legal*. Por conseguinte, não há falar em nulidade, conforme a orientação deste Tribunal Superior.” (grifo nosso)

Por conseguinte, a eventual descoberta de terceiro envolvido na organização criminosa mediante o deferimento de alguma medida cautelar, como no caso em tela, resultando no seu posterior indiciamento, não acarreta a nulidade do procedimento.

Contrario sensu as teses apresentadas pela defesa, mediante o princípio da razoabilidade/proporcionalidade diante da grave conduta do paciente, tendo em vista, os bens jurídicos tutelados, permite-se a luz do ordenamento jurídico brasileiro, de forma plenamente legal a aplicação da medida constritiva da liberdade do acusado.

4.2.3 Escândalos dos precatórios em Tocantins AP 690 – STJ.

Trata-se do caso que investigou suposta venda de decisões judiciais e favorecimento no pagamento de precatórios no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, no qual estavam envolvidos alguns Desembargadores, servidores do Tribunal de Justiça e advogados.

A investigação inicial visava desvendar um esquema de falsificação de moeda e a sua comercialização (art. 289, §1º, do CP), tendo como investigado Diego dos Santos Oliveira.

Ocorre que durante as investigações, medidas cautelares foram necessárias para descobrir o cerne de toda a organização, e ao mirar em um objeto as autoridades policiais descobriram outras coisas, ainda mais valiosas.

Sendo assim, foi constatado no relatório das interceptações a figura de um advogado chamado Germiro Moretti, o qual tinha certa influência com autoridades públicas, tanto no judiciário quanto na polícia civil, a fim de resolver possíveis problemas que envolvessem a organização.

Atentos a esse ponto, foram prorrogadas as interceptações telefônicas de Diego dos Santos Oliveira, o panorama das investigações mudou, surgindo indícios de um grande esquema de compra e venda de sentenças por parte de alguns dos desembargadores do TJTO.

Além dos desembargadores envolvidos foi descoberto o envolvimento de seus assessores, os principais responsáveis pelo envolvimento das “vendas” das decisões judiciais, bem como a suposta liberação prematura de precatórios, os quais infringiam as regras constitucionais de preferência.

Os investigados tiveram prisão preventiva decretada, quebra de sigilo fiscal e bancário, bem como busca e apreensão domiciliar.

Sendo assim, os resultados das investigações apontaram para os crimes de corrupção passiva, organização criminosa e concussão, note-se que o curso final das investigações resultou no indiciamento de pessoas e crimes diversos do objeto inicial do IPL.

Durante a apreciação das provas as autoridades depararam-se com o fenômeno da Serendipidade, foram recolhidos elementos que apontavam para crimes diversos do que havia deflagrado as investigações do IPL, ou seja, em sua primeira etapa visava-se descobrir o esquema de venda de moeda falsa, e de repente descobriram que havia um esquema de venda de decisões judicias.

Em decisão nos autos da ação penal, publicada no DJ 15.05.2017, o relator Ministro João Otávio de Noronha destaca quanto a utilização da teoria da Serendipidade:

> "Já que, a investigação inicialmente foi proposta para apurar uso de moeda falsa, contudo a Justiça Federal do estado de Tocantins percebeu que as escutas telefônicas revelavam possível negociação de decisões judiciais pelos desembargadores. Em seguida, a investigação foi remetida ao STJ, por conta do foro privilegiado das autoridades [...] *Durante a interceptação das conversas telefônicas, pode a autoridade policial divisar novos fatos, diversos daqueles que ensejaram o pedido de quebra do sigilo. Esses novos fatos, por sua vez, podem envolver terceiros inicialmente não investigados, mas que guardam relação com o sujeito objeto inicial do monitoramento. Fenômeno da serendipidade*." grifei.

Ademais fica salientado que a Serendipidade não poderá ser classificada como ilegal ou inconstitucional, pelo simples fato de que o objeto inicial da investigação não se tratava do fato posteriormente descoberto.

Um ponto bastante relevante para este acordão foi o posicionamento do relator, o que demonstra uma evolução para uma justiça útil e efetiva, trata-se do seu entendimento quanto a legalidade da prova diante da ausência de conexão entre os crimes descobertos fortuitamente, o que para alguns doutrinadores seria ilegal.

Ressalte-se o trecho do decisão monocrática que trata do mencionado assunto:

> "Aqui, opto pela orientação do STJ, como exposta (cf., ainda, HC 197.044/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 23.09.2014; HC 187.189/SP, rel. Min. Og Fernandes, DJe 2308.2013), e da maioria da doutrina (por todos: Fernando Capez, Curso de Direito Penal, 4 v., 9a. ed., 2014, p. 491), ou seja, *que a prova é admitida para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente perseguido, ainda que não conexos ou continentes, desde que a interceptação seja legal*."

A utilização da teoria da serendipidade, demonstra-se num campo um tanto arenoso e incerto, tendo em vista a ausência de regramento legal, o aplicador do direito tem que se basear na doutrina e bem como no direito comparado.

Como foi dito até o presente momento, mas, que merece destaque é o fato do aplicador do direito possuir o dever de ponderar entre os princípios e garantias do indivíduo investigado em detrimento de uma justiça útil e efetiva que não irá fechar os olhos para os ilícitos praticados e violadores dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, o que seria uma verdadeira afronta a sociedade.

O que na verdade, resultaria, numa evidente inversão de valores.

CONCLUSÃO

Apesar dos posicionamentos apresentados durante este trabalho monográfico, evidente a necessidade de se estabelecer, ainda, alguns pontos conclusivos que irão corrobor o texto apresentado.

O estudo desenvolvido por este trabalho visou apresentar a Teoria da serendipidade, qual seja, o estudo sobre o encontro fortuito de provas no curso de uma investigação diverso do objeto inicial proposto ou em relação a terceiros que não eram alvo da investigação.

O ordenamento jurídico é formado por uma gama de direitos e garantias fundamentais, tais como a intimidade e a privacidade, todos extraídos da Constituição Federal, os quais irão se revelar através dos princípios do processo penal, podendo citar como exemplo: a ampla defesa, a inutilização de provas ilícitas, o devido processo legal, etc.

Ocorre, que de certa forma, o Princípio da serendipidade apresenta uma parcela de afronta aos direitos e garantias individuais, uma vez que pode ser encontrada a sua aplicação em medidas cautelares, tais como: a quebra de sigilo fiscal e bancário, a busca e apreensão ou a interceptação telefônica, medidas que serão deflagradas *inaudita autera parts*.

Todavia, deve ficar claro e evidente que a sua utilização deve estar devidamente motivada mediante a determinação de um juiz competente, caso não estejam preenchidos os requisitos legais autorizadores das medidas acima citadas, restará demonstrada a sua ilegalidade.

Daí a necessidade do Principio da Reserva de Jurisdição, na medida que estará reservada ao juiz competente, medidante uma decisão devidamente motivada a violação do direito individual através de medidas cautelares, como por exemplo a quebra de sigilo telefônico mediante uma interceptação telefônica.

O aplicador do direito utilizar-se-á de um juízo de ponderação (proporcionalidade e razoabilidade), na tentativa de se estabelecer um certo equilíbrio entre o crime praticado, a intimidade e a necessidade de obtenção da prova diante do ilícito penal.

Portanto, pode-se inferir o encontro fortuito de provas no curso da investigação legalmente autorizada não demonstra nenhuma ilegalidade, podendo e devendo ser utilizada como forma de promover uma justiça efetiva e útil, ampliando assim o processo de criminalização de determinadas práticas delituosas, que talvez não poderiam ser

descobertas de modo diverso, não se caracterizarando afrontas as garantias individuais do investigado.

Ocorre que as restrições das liberdades individuais, como a violação da privacidade do investigado, estarão pautadas nos permissivos constitucionais e legais, sendo justificados pelo Principio da razoalidade, tendo como justificativa a proteção do bem violado, *in dubio pro societate*, em detrimento da intimidade do suposto autor do fato.

Na medida em que as organizações criminosas estão empregando métodos cada vez mais articulados, como forma de obstruir a justiça, o próprio processo penal deve evoluir no sentido de tornar-se efetivo frente aos ilícitos penais praticados contra a sociedade.

A doutrina e jurisprudência tem se firmado de forma bastante unânime quanto a legalidade da prova encontrada fortuitamente no bojo de uma investigação, porém, ainda existem discussões quanto a sua utilização tendo em vista a conexão entre as provas encontradas e as inicialmente investigadas.

Ressalte-se, desse modo, que segundo o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Rondônia, a ausência de conexão entre os crimes investigados e os encontrados fortuitamente na investigação não irá invalidar a prova no processo criminal, podendo ser utilizada de forma licita.

Destaca-se que apesar do entendimento firmado pelo STJ e o TJRO fica claro que a doutrina, ainda, estabelece como requisitos para a legalidade da prova encontrada fortuitamente a conexão ou continência entre o objeto da investigação.

Percebe-se que esse requisito não satisfaz os anseios da sociedade, tão pouco revela uma efetividade jurisdicional, na medida que não basta apenas um processo penal, este por sua vez, deverá mostrar-se efetivo e útil.

De fato, não existe qualquer regramento legal para dirimir tal discussão, porém, assim como a jurisprudência do STJ tem se amoldado aos preceitos e necessidade sociais visando uma inovasão no processo penal, a doutrina irá se amoldar a essa exigência, qual seja uma mínima ou inexistente conexão ou continência entre os crimes (investigado e encontrado fortuitamente).

Pode-se estabelecer aqui uma crítica, no sentido de que a utilização das provas fortuitamente descobertas, porém, não conexas, como *noticia de crime* não revela um processo célere, muito pelo contrário, demonstra uma burocratização do processo.

Apesar da ausência de unanimidade ao problema proposto, tem-se a certeza de que se caminha com passos largos frente a superação de um processo burocrático e ineficiente, como pode-se extrair do entendimento jurisprudencial apresentando neste trabalho o qual tem aceitado a legalidade da prova encontrada fortuitamente nos autos, independente da sua conexão ou continência, desde que preenchido os requisitos legais para a sua autorização.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito Processual Penal – Parte geral**, 5ª Edição. Salvador, 2015, Editora JusPodivm.

ALVES, Nicolas Dourado Galves. DURAN, Laís Batista Toledo. **A Serendipidade e a teoria das janelas quebradas**. Toledo – Prudente Centro Uniersitário. ETIC – Encotnro de Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498, Vol. 11, No 11 (2015). Acesso em 20 de agosto de 2017: Disponivel em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/4911;

ALVES, Rogério Pacheco. "**O poder geral de cautela no processo penal.**" Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003. Acesso em 24 de agosto de 2017. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_276.pdf

AVENA, Noberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6ª Edição. São Paulo, editora Método, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689 03/10/1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Disponível: 09 de abril de 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em 09 de abril de 2017.

_____. Ministério Público Federal. **Entenda o caso: Lava-Jato**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso . Acesso em agosto de 2017.

_____. Tribunal Regional da 4ª Regial. **Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000**. Acesso em agosto de 2017. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=vukv&hdnRefId=829e0b3f9c6a8053f11c2e90f8296a4b&selForma=NU&txtValor=50465129420164047000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 690/TO**. APn nº 690 / TO (2007/0170824-2) autuado em 13/07/2007. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701708242&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.eaAcesso em agosto de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81964/RS**. RHC nº 81964/RS (2017/0053766-8). Acesso disponivel: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465610349/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-81964-rs-2017-0053766-8/certidao-de-julgamento-465610373# Acesso em agosto de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso Processo Penal**. 19ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal: Doutrina e Prática.** Salvador: JusPodivm, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7ª Edição. São Paulo: editora Saraiva, 2009;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** Volume único. 2ª Edição. Salvador, 2014;

MIRANDA, Gladson. **Processo Penal na visão das bancas examinadoras e jurisprudência**. Brasília: Vesticon, 2011.

Orientadores, P., Gomes, A., Areal, M., Fetzner, N. L. C., & Junior, N. C. T. MARCIO STEILLO MENDES. **A serendipidade no processo penal**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Acesso em 08.09.2017. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MarcioSteilloMendes.pdf

MERTON, Robert K. e BARBER, Elinor. **The Travels and Adventures of Serendipity**. Princeton, Princeton University Press: 2004. Disponível em: http://press.princeton.edu/titles/7576.html . Acesso em 12 de agosto de 2017;

MORAES Alexandre. **Direito Constitucional**. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVIERI, Bárbara Abreu; VRUCK, Diogo; NOVELLI, Rodrigo Fernando. **O princípio da serendipidade: análise do encontro fortuito de provas sob o viés do direito processual penal**. Ponto de Vista Jurídico, v. 5, n. 2, 2016. Acesso em 20 de agosto de 2017. Disponível em: http://periodicosuniarp.com.br/juridico/article/view/895;

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª Edição. São Paulo, Atlas, 2017.

RODRIGUES, Gordan Antunes Fontenelle. **Teoria do encontro fortuito de provas: serendipidade de primeiro e segundo grau.** Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14584 . Acesso em 09 de abril de 2017.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. "**A inconstitucional utilização dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações**." Revista dos Tribunais (2007): 193-194.

TAVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. 11ª Edição. Salvador: editora JusPodivm, 2016;

_____. ARAUJO, Fábio Roque. **Curso de Processo Penal para concursos**. 6ª Edição. Salvador: editora Jus Podivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º Volume. 31ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. **Manual de Processo Penal**. 15ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2012.

VELASCO, Clara. D'AGOSTINO, Rosanne. REIS, Thiago. **Linha do tempo da lava-jato.** Disponível em: http://especiais.g1.globo.com/politica/2015/lava-jato/linha-do-tempo-da-lava-jato/ . Acesso em agosto de 2017.

CRIMINALIZAÇÃO DO INFANTICÍDIO INDÍGENA: EFEITOS JURÍDICOS DE EVENTUAL APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI N° 1.057/2007

Selmara Almeida Lapa[1]
Orientador: Sérgio William Domingues Teixeira

RESUMO: Este trabalho traz a discussão que circunda a votação do Projeto de Lei n° 1.057/07, de autoria Parlamentar Federal, que foi apresentado com o objetivo de criminalizar a prática cultural de algumas comunidades indígenas, denominada de "infanticídio indígena". O infanticídio indígena não é um tema novo, mas de grande repercussão social, tanto que é recorrente em debates acadêmicos da área de antropologia, sociologia e direito, uma vez que envolve questões histórica, cultural, jurídica, entre outras. A grande discussão na seara jurídica é se a prática cultural deve ser aceita em observância ao princípio da autodeterminação dos povos ou abolida em preponderância ao direito à vida e à integridade física, direitos simultaneamente assegurados na Constituição da República de 1988. Destaque-se que o indígena desde o período colonial foi apontado como aborígene e selvagem, mas que deveria ser agraciado pela sociedade, dando-lhe a oportunidade de ser integrado. Mas a Magna Carta de 1988 rompeu com a visão assimilacionista, para reconhecer o índio como sujeito de direito de forma completa, independente da integração ao Estado Nacional. Por meio de estudo bibliográfico, observou-se que o Projeto de Lei n° 1.057/07, em seu texto original, representa um retrocesso social, ao reascender a visão integracionista, visando legitimar a ingerência estatal, de âmbito criminal, nas comunidades indígenas, isoladas ou não, sob o escopo de defender direitos humanos internacionais. O texto do Projeto de Lei n° 1.057/07, após anos de discussões na Câmara dos Deputados Federais, foi aprovado com expressiva alteração, possivelmente, por reconhecer a inviabilidade jurídica de criminalização de uma prática cultural, bem como para oportunizar que o Estado coloque em prática políticas públicas, mesmo que paliativas, a fim de evitar o chamado infanticídio indígena no Brasil.

Palavras-chaves: Prática cultural; Autodeterminação dos povos; Direitos fundamentais; Responsabilidade penal indígena; Antropologia jurídica.

ABSTRACT: This work brings the discussion that goes around the voting of Bill No.

1 Advocacia, bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR, Pós-Graduada - Curso Lato Sensu em Direito Público/Turma 11 – Universidade Anhanguera – UNIDERP – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Pós-Graduada em Direito para Carreira da Magistratura (Lato Sensu) pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.

1,057 / 07, of Federal Parliamentary authorship, which was presented with the purpose of criminalizing the cultural practice of some indigenous communities, called “indigenous infanticide”. Indigenous infanticide is not a new subject, but it is of great social repercussion, so much that it is recurrent in academic debates in the area of anthropology, sociology and law, since it involves historical, cultural and legal issues, among others. The substantial debate in the legal arena is whether cultural practice should be accepted in accordance with the principle of self-determination of peoples or abolished in preponderance to the right to life and physical integrity, both rights guaranteed in the Constitution of the Republic of 1988. It should be noted that the indigenous since the colonial period was pointed out as aboriginal and savage, but that should be graced by society, giving him the opportunity to be integrated. But the Magna Carta of 1988 broke off with the assimilationist vision, to recognize the Indian as a legal subject in a complete way, independent of its integration with the National State. Through a bibliographical study, it was observed that Bill No. 1,057 / 07, in its original text, represents a social retrogression, when resuscitating the integrationist vision, aiming to legitimize state interference, of criminal scope, in the indigenous communities, isolated or not, under the purview of defending international human rights. The text of Bill 1,057 / 07, after years of discussions in the House of Represenatives, was approved with a significant modification, possibly because it recognizes the legal impracticability of criminalizing a cultural practice, as well as to enable the State to implement public policies, even if they are palliative, in order to avoid the so-called indigenous infanticide in Brazil.

Key words: Cultural practice. Sel-determination of peoples. Fundamental rights. Indigenous criminal responsability. Legal anthropology.

1. INTRODUÇÃO

Tornou-se rotina, no Brasil, a sucessiva edição de normas, visando dar legitimidade a atuação do Estado, sem qualquer preocupação com as consequências dessa enxurrada legislativa diária.

Essa atuação legislativa exacerbada e desenfreada, muitas vezes, gera conflitos de normas, impondo ao Judiciário um papel que vai além do de julgar, praticando a atividade atípica de legislador positivo ou negativo.

No presente trabalho, será discutido o Projeto de Lei n° 1.057/2007, de autoria da Câmara Federal, conhecido como “Lei Muwaji”, nome dado em homenagem a uma dissidente da tribo indígena suruwahas que se negou a matar a filha que nasceu com deficiência. Esse projeto de lei foi idealizado com o objetivo de criminalizar a conduta denominada de “infanticídio indígena”, prática de algumas tribos indígenas.

Para melhor discorrer sobre essa potencial legislação criminalizadora da cultura indígena, será apresentado um breve histórico do povo indígena no Brasil, voltado para o tratamento jurídico ofertado aos primeiros colonizadores do país.

Em seguida, adentrar-se-á no tema, infanticídio indígena, oportunidade em que será apresentando o inteiro teor do projeto de lei, destacando-se a audiência pública realizada no dia 5 de setembro de 2007, pela Câmara dos Deputados, na qual foram levantados diversos pontos contrários e a favoráveis à aprovação do Projeto de Lei n° 1.057/2007.

A partir do teor do Projeto de Lei n° 1.057/2007 aprovado pela Câmara dos Deputados e pendente de aprovação pelo Senado Federal, será realizada uma análise de possíveis questionamentos quanto à constitucionalidade do projeto de lei, bem como se este atende aos anseios dos Tratados e Convenções Internacionais sobre o tema e serão apontados os diplomas internacionais correlacionados ao tema população indígena.

Por fim, realizar-se-á uma análise sobre a criminalização do "infanticídio indígena". Neste tópico, será apontada a distinção entre o chamado "infanticídio indígena" e o crime de infanticídio prescrito no artigo 123 do Código Penal, bem como far-se-á um estudo sobre a responsabilidade indígena no Direito Penal Brasileiro.

Portanto, o presente trabalho convida os estudiosos do direito e interessados pelo tema à imersão em um ambiente de interdisciplinariedade ou mesmo de transdisciplinariedade, pois vai além do Direito Constitucional, Internacional, Penal e Processual Penal, adentrando à Antropologia, Sociologia e Filosofia, demonstrando que o Direito não é uma letra fria, mas que deve se amoldar à sociedade em que se insere.

2. O ÍNDIO NO BRASIL

2.1. BREVE HISTÓRICO

Consta dos livros históricos que, à época do descobrimento do Brasil, vivam, na área que hoje compreende o território nacional, cerca de 5 milhões de índios. Mas, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE, coletados no censo de 2010, o Brasil possuía 896.917 (oitocentos e noventa e seis mil, novecentos e dezessete) índios, o que representa 0,4% da população nacional.

Discorre Edilson Vitorelli (2014) que atualmente no Brasil, a população indígena é muito pequena, em virtude dos processos de exclusão, seja por meio da escravidão ou mortalidade, bem como pela de expulsão dos indígenas de suas terras, o que ocorre até os dias de hoje, contribuindo para redução da população indígena.

Desde os primeiros contatos entre índios e não-índios, a relação é eivada de preconceitos. Narram os livros que os colonizadores da Terra *Brasilis* subestimavam os comportamentos, às capacidades e a natureza biológica e espiritual dos nativos da região.

Os índios eram considerados pelos religiosos como indivíduos sem alma e muitos outros questionavam a sua natureza humana, pois os consideravam animais selvagens.

Nesse ponto, destaque-se que foi do contato dos intelectuais com estes povos, tidos como primitivos, que surgiu a ideia de contratualismo, pois os estudiosos ficaram intrigados pelo fato de indivíduos, tidos como selvagens, embora alheios as estruturas das cidades como Estado, exército, soberano, igreja, entre outras, conseguiam viver em conjunto e em paz social.

Assim, surgia a dúvida de como uma sociedade com organização irracional e fora dos padrões da época, isto é, em Estado de Natureza poderia bem conviver entre si.

Dessa forma, válido fazer um paralelo entre as perspectivas do indígena e o homem em estado natural, segundo Hobbes, Locke e Rousseau.

Para Thomas Hobbes, Deus deu igualdade de condições aos homens, embora alguns tenham nascido para ser escravos e outros para dominar e, em estado de natureza, a liberdade é ilimitada, assim o conflito é inevitável. Destarte, as leis são imprescindíveis para impor limites, para que os homens, que são maus e violentos, possam viver juntos.

Já John Locke dá uma visão patrimonialista, em que o homem é possuidor da terra que Deus lhe deu, e o contrato social vem para que dela possa usufruir da melhor maneira. Ensina o Contratualista Locke sobre Estado de Natureza:

> [...] este não é um “estado de permissividade”: o homem desfruta de uma liberdade total para dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém. Dotados de faculdades similares, dividindo tudo em uma única comunidade da natureza, não se pode conceber que exista entre nós uma “hierarquia” que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros, da mesma maneira que as ordens inferiores da criação são destinadas a servir de instrumento às nossas (LOCKE, John, p. 36).

Por fim, segundo Jean Jacques Rousseau (Rousseau, 1996, XII) o homem em estado natural não se satisfaz, pois precisa do outro, "*o homem original é uma espécie de animal tranquilo, movido por poucas necessidades, indiviso, sem coerção e, consequentemente, feliz, ligado apenas ao presente. Mas permanece "estúpido e limitado*".

Perceptível, desse modo, que o filósofo Rousseau reconheceu que o homem em estado natural é bom. De tal sorte que é possível reconhecer que, com o desenvolvimento do estudo do pacto social, alcançou-se o entendimento de que homem em Estado de Natureza é humano e zela, sim, pelo direito de todos ao seu redor.

É certo que a concepção de inferioridade indígena está intrínseca na sociedade atual, segundo Luciano (2006, p. 35-36), em razão das três perspectivas sociais sobre o índio. A primeira, é a visão romântica do índio em 1500, como sendo um indivíduo incapaz, frágil, ingênuo e protetor da natureza, carecendo de proteção do Estado. Esta é a justificativa para a criação de órgãos de proteção ao índio. Outra perspectiva é a do indígena bárbaro, selvagem, preguiçoso e canibal, adjetivos decorrentes da resistência dos índios à dominação "branca", razão pela qual eram considerando um atraso ao desenvolvimento econômico do Brasil. A última perspectiva decorre principalmente da redemocratização do Brasil, legitimada com a promulgação da Constituição da República em 1988, concebendo o índio como sujeito de direitos, reconhecendo a individualidade e pluralidade indígena.

Apesar de os indígenas, atualmente, representarem menos de 1% da população nacional, de acordo com pesquisa de opinião realizada pelo IBOPE a pedido do Instituto Socioambiental (ISA), em fevereiro de 2000, oportunidade em que foram entrevistados dois mil homens e mulheres entre 24 e 28 anos, há uma preocupação dos não-índios com a preservação da cultura indígena, conforme trecho da pesquisa reproduzido na Coleção Educação para Todos do MEC e UNESCO:

> Imagem dos índios: 78% dos entrevistados revelaram ter interesse no futuro dos índios sobre os quais prevalece uma visão positiva; 88% concordam que os índios ajudam a conservar a natureza e vivem em harmonia com ela, e que não são preguiçosos, mas encaram o trabalho de forma diferente da sociedade branca ocidental; 89% afirmaram que os índios não são ignorantes, mas possuem uma cultura diferente da cultura branca e que só são violentos com aqueles que invadem as suas terras para tomar-lhes.
> [...]
> Papel do governo: A maioria dos brasileiros entrevistados acha que o papel do governo brasileiro é garantir a efetividade dos direitos indígenas para que continuem vivendo de acordo com seus modos de vida desejada, implantando programas de saúde e educação adequados (48%), demarcando as suas terras (37%) e estimulando a produção de bens voltados para o mercado (31%); 82% acham que o governo federal deveria atuar para evitar a sua extinção. Os entrevistados apontaram três principais problemas enfrentados pelos povos indígenas: invasão das terras indígenas (57%), desrespeito à cultura (41%) e doenças transmitidas

pelo contato com os brancos (28%). (LUCIANO, Gersem dos Santos. O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetizada e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006, p. 37-38).

Nesse aspecto, não se pode perder de vista que os povos indígenas possuem organização própria, decorrente do ambiente em que estão instalados. Se o povo indígena é urbano, sua organização social, cultural e política tende a possuir grande semelhança com a sociedade não-índia. Ao contrário, quanto menos contato com não-índio, menor vai ser a influência deste sobre a cultura indígena, razão pela qual os povos isolados possuem estrutura organizacional bem diferenciada da nacional e, algumas vezes, possuem comportamentos sociais que contrariam a legislação pátria.

Uma dessas práticas culturais que afronta o direito posto é o denominado "infanticídio indígena", que é objeto do presente trabalho, principalmente, o fato de existirem diversos órgãos e entidades engajadas na aprovação de legislação criminal para penalizar os índios por tal prática.

2.2. TRATAMENTO JURÍDICO OFERTADO AO ÍNDIO

A primeira Constituição Nacional a prever algum direito indígena, foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, que estatuía:

> Art. 5º - Compete privativamente à União:
> [...]
> XIX – legislar sobre:
> [...]
> m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.
> [...]
> Art. 129 – Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

As Constituições de 1937 e 1946 continuaram a dar pouca importância à comunidade indígena àquela época:

> **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**
> Art. 154 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.
>
> **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**
> Art. 5º - Compete à União:
> [...]

XV – legislar sobre:
[...]
r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.
[...]
Art. 126 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Já a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e, principalmente, a Emenda de 1969 expandiram sensivelmente os direitos dos indígenas, pois asseguraram aos índios o direito ao usufruto sobre os recursos e de todas as utilidades existentes nas terras por eles ocupadas:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1967
Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União:
[...]
IV – as terras ocupadas pelos silvícolas;
[...]
Art. 8º - Compete à União:
[...]
XVII – legislar sobre:
[...]
o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;
[...]
Art. 186 – É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Emenda Constitucional n° 1 de 17 de novembro de 1969
Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União:
[...]
IV – as terras ocupadas pelos silvícolas;
[...]
Art. 8º. Compete à União:
[...]
XVII – legislar sobre:
[...]
o) nacionalidade, cidadania e naturalização, incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;
[...]
Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.
§1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse e a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.
§2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Em 1973, ainda durante o Regime Ditatorial no Brasil, foi editada a Lei Federal n° 6.001 (Estatuto do Índio), o que representou um avanço protecionista à comunidade indígena. Todavia, era possível observar certo preconceito, uma vez que persistiu a visão de inferioridade do índio. Destaque-se que o Estatuto reconhece como transitória a condição de indígena, o que demonstra o apelo integracionista da norma, em que o índio é um ser primitivo e inicial num processo unilinear de evolução (Cordeiro, 1999, p. 79).

Segundo o art. 3º, inciso I, do Estatuto do Índio, "*índio ou silvícola é todo o indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional*".

Enfim, com a Constituição da República de 1988 reconheceu-se o Brasil como um Estado pluriétnico e concebeu-se o índio verdadeiramente como um sujeito de direitos.

A Lei Fundamental, marco da redemocratização do país, expandiu o que se compreendia por território indígena, pois passou a englobar não só as terras ocupadas, mas as tradicionalmente ocupadas pelos índios, isto é, toda a área necessária para a manutenção das tradições foi abarcada pela concepção de território indígena. A nova ordem não trata o índio como ser atrasado e o seu contato com a "civilização" não retira a sua identidade.

Mas, foi com internalização da Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais da OIT, de 1989, por meio do Decreto n° 5.051, com *status* supralegal, por se tratar de norma de direitos humanos, que houve uma verdadeira inovação jurídica no Brasil em relação aos povos indígenas.

Nesse diploma internacional, a autodeterminação é a palavra de ordem, buscando igualdade entre os índios e não-índios, além de empoderar a população indígena. Reconheceu-se como índio, aquele que se autorreconheça como tal, não cabendo a um terceiro, estranho à comunidade indígena, classificá-lo como índio ou não.

É possível notar que até a edição da Constituição de 1988, as Constituições brasileiras possuíam o ideário assimilacionista do século XIX, sendo a condição de "silvícola" transitória, de que ao serem integrados a comunhão nacional, evoluiriam e deixariam de ser índios.

Segundo Carlos Frederico (2013) a legislação indigenista brasileira, desde o descobrimento, com os tratados assinados pela Espanha até a Constituição da República de 1988, visava a integração indígena, em verdadeiro retrato da época em que foram editadas: *"[...] Se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce" (1808); "[...] despertar-lhes o desejo do trato social" (1845); "[...] até a sua incorporação à sociedade civilizada" (1928); "[...] incorporação à comunhão nacional" (1934, 1946, 1967, 1969); "[…] integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional" (1973)*.

Partia-se da premissa de proteger o “silvícola” com a sua integração, mas as ciências sociais, no século XX, comprovaram o equívoco e ineficácia da assimilação e integração das comunidades indígenas em relação ao Estado Nacional.

De fato, a Constituição da República de 1988 representa um marco teórico e jurídico na história indígena no país, uma vez que embora tenha permanecido intacta a possibilidade de integração indígena, a nova ordem constitucional passou a reconhecer o direito de ser diferente, permanecer no grupo em que deseja, externamente organizada. Portanto, a condição de indígena não mais era concebido como algo transitório, mas permanente, se este for o ânimo do índio.

Há, ainda, que se destacar que a Constituição de 1988 também foi um marco as Constituições dos países da América Latina que passaram a reconhecer a importância dos povos indígenas em maior ou menor grau, na elaboração da Constituição e da democracia estatal.

Aqui, válido destacar a reformulação constitucional boliviana realizada durante o governo do Presidente Evo Morales, pertencente a uma das principais etnias da Bolívia. De fato, há de reconhecer que 70% da população boliviana é indígena, apesar disso até a Constituição de 1994, nenhuma norma constitucional havia reconhecido os direitos dos povos indígenas, salvo as Constituições de 1938 e 1945, que reconheceram o direito à educação especial.

Enfim, mas foi durante o Governo Evo Morales que ocorreu a mais profunda reforma constitucional, definindo a Bolívia como Estado comunitário, plurinacional e intercultural, reestruturando-se segundo a sociodiversidade dos povos.

Preâmbulo da Constituição Boliviana:

> En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.
> El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.
> Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes

> de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.
> Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.
> Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

Assim, possível perceber a importância da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao romper paradigmas quanto aos direitos indígenas, pois as constituições latino-americanas posteriores passaram aprofundar o tema, reconhecendo o multiculturalismo das nações.

O doutrinador Daniel Sarmento (*apud* Edson Vitorelli, 2014) bem ensina sobre o autorreconhecimento:

> [...] na definição da identidade étnica, é essencial levar em conta as percepções dos próprios sujeitos que estão sendo identificados, sob pena de se chancelarem leitura etnocêntricas ou essencialista dos observadores externos provenientes de outra cultura, muitas vezes repletas de preconceito. A ideia básica, que pode ser reconduzida ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, é de que na definição da identidade, não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas.

É possível concluir, portanto, que a integralização do índio a uma determinada comunidade indígena é requisito essencial para que ele se autoidentifique como ser humano, isso é o que se entende por autodeterminação indígena.

3. O PROJETO DE LEI N° 1.057/2007

3.1. TEOR DO PROJETO DE LEI N° 1.057/2007

Em 2007, foi apresentado Projeto de Lei n° 1.057, conhecido como “Lei Muwaji”, de autoria do Deputado Federal Henrique Afonso, à época do PT/AC, dispondo sobre o combate às práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais das crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais, com o seguinte teor:

Art. 1º. Reafirma-se o respeito e o fomento a práticas tradicionais indígenas e de outras sociedades ditas não tradicionais, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos humanos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal e internacionalmente reconhecidos.

Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como:

I - homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;

II - homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;

III - homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;

IV - homicídios de recém nascidos, quando há preferências de gênero;

V - homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre a gestação anterior e o nascimento em questão;

VI - homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;

VII - homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;

VIII - homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores má-sorte para a família ou para o grupo;

IX - homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição;

X - abuso sexual, em qualquer condições e justificativas;

XI - maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança.

XII - todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional ou internacional.

Art. 3º. Qualquer pessoa que tenha conhecimento de casos em que haja suspeita ou confirmação de gravidez considerada de risco (tais como os itens mencionados no artigo 2º), de crianças correndo risco de morte, seja por envenenamento, soterramento, desnutrição, maus-tratos ou qualquer outra forma, serão obrigatoriamente comunicados, preferencialmente por escrito, por outras formas (rádio, fax, telex, telégrafo, correio eletrônico, entre outras) ou pessoalmente, à FUNASA, à FUNAI, ao Conselho Tutelar da respectiva localidade ou, na falta deste, à autoridade judiciária e policial, sem prejuízo de outras providências legais.

Art. 4º. É dever de todos que tenham conhecimento das situações de risco, em função de tradições nocivas, notificar imediatamente as autoridades acima mencionadas, sob pena de responsabilização por crime de omissão de socorro, em conformidade com a lei penal vigente, a qual estabelece, em casos de descumprimento:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Art. 5º. As autoridades descritas no art. 3º respondem, igualmente, por crime de omissão de socorro, quando não adotem, de maneira imediata, as medidas cabíveis.

Art. 6º. Constatada a disposição dos genitores ou do grupo em persistirem na prática tradicional nociva, é dever das autoridades judiciais competentes promover a retirada provisória da criança e/ou dos seus genitores do convívio do respectivo grupo de determinar a sua colocação em abrigo mantidos por entidades governamentais e não governamentais, devidamente registradas nos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente. É, outrossim, dever das mesmas autoridades

gestionar, no sentido de removê-los, sempre por meio do diálogo, da persistência nas citadas práticas, até o esgotamento de todas as possibilidades ao seu alcance.
Parágrafo único. Frustradas as gestões acima, deverá a criança ser encaminhada às autoridades judiciárias competentes para fins de inclusão no programa de adoção, como medida de preservar fundamental à vida e à integridade físico-psíquica.
Art. 7º. Serão adotadas as medidas para a erradicação das práticas tradicionais nocivas, sempre por meio da educação e do diálogo em direitos humanos, tanto em meio às sociedades em que existem tais práticas, como entre os agentes públicos e profissionais que atuam nestas sociedades. Os órgãos governamentais competentes poderão contar com o apoio da sociedade civil neste intuito.
Art. 8º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

É possível observar que o Projeto de Lei n° 1.057/07 tem por escopo principal, a proteção das crianças indígenas que podem vir a ser vítimas do denominado "infanticídio indígena", pois teriam a vida ceifada em razão de serem consideradas amaldiçoadas ou sem alma, em decorrência de má formação congênita, de serem fruto de uma relação de incesto ou de múltipla gestação.

O artigo 2º do Projeto de Lei n° 1.057/2007 estatui onze condutas indígenas específicas tidas como nociva, isto é, contrárias aos direitos fundamentais. Possível observar que, embora o rol seja extenso, o dispositivo não é taxativo, pois o inciso XII disciplina que qualquer outra prática cultural, culposo ou dolosa, que viole os direitos humanos também poderá se enquadrar como nociva.

Em seguida, o Projeto de Lei começa a tratar da conduta, em tese, de terceiros, não envolvidos diretamente na prática cultural considerada como nociva, criando obrigação (art. 3º), além da conduta típica (art. 4º).

Por que "em tese"? Como se verá a seguir, um dos argumentos utilizados pelos defensores da presente norma é a alegação de que não se visa punir o indígena, mas, sim, terceiro/não-indígena que presencia ou tem conhecimento da prática cultural nociva e é omisso ou não comunica o cometimento do crime.

Todavia, não consta expressamente que o indígena, que realiza a prática cultural ofensiva, não está submetido à norma incriminadora, pois dispõe que o simples fato de possuir conhecimento da prática cultural, o indivíduo, indígena ou não-indígena, pode incidir no crime descrito.

Em seguida, o artigo 5º estende a responsabilidade criminal ao agente público que tomando conhecimento das chamadas práticas nocivas, mantém-se inerte.

Por sua vez, o artigo 6º disciplina uma política de atendimento à criança e ao adolescente em risco, afirmando ser dever da autoridade judiciária retirar o indivíduo em risco do convívio do grupo indígena ou dos genitores, colocando-o em abrigo. E, caso o

grupo permaneça com as práticas culturais inaceitáveis, a criança ou adolescente será inserido em programa de adoção, tudo sob o argumento de defesa da vida e da integridade física do vulnerável.

Por fim, o artigo 7º legitima condutas que visem a erradicar as práticas tradicionais nocivas, conquanto aponta, como meios para tanto, a educação e o diálogo em direitos humanos. E, também, autoriza a participação da sociedade civil para a consecução da erradicação dessas práticas culturais.

Ante a relevância do tema, foi realizada audiência pública para discutir o mencionado projeto de lei na Câmara dos Deputados, pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias, contando com a participação de especialistas e lideranças indígenas.

3.2. AUDIÊNCIA PÚBLICA PARA APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI N° 1.057/2007

Em 5 de setembro de 2007, ocorreu audiência pública com o objetivo de discutir o Projeto de Lei n° 1.057/07 e contou com a participação da Coordenadora do Movimento Atini - Voz pela Vida - Márcia Suzuki; da Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Maíra de Paula Barreto; do Presidente da Fundação Nacional do Índio, Márcio Augusto Freitas Meira; da Representante do Fórum de Defesa dos Direito Indígenas, Valéria Payê; do Antropólogo Edward Mantoanelli Luz; do pai indígena Aisanain Paltu Kamaiwrá e da Antropóloga Rita Laura Segato.

A Coordenadora do Movimento Atini, Márcia Suzuki, em sua explanação, durante a audiência pública, afirmou que "*200 crianças indígenas são mortas no Brasil hoje - são enterradas vivas, sufocadas com folhas, abandonadas no mato. Entre os ianomâmis, no mínimo 200 crianças foram mortas nos últimos 5 anos; no Xingu, cerca de 30 são enterradas vivas por ano. Essas são as 2 áreas de que temos dados, das outras faltam pesquisas*." Contudo, a Coordenadora do Movimento Atini não informou a fonte desses dados.

A estudiosa Maíra de Paula Barreto, conselheira do Movimento Atini, destacou, durante debate na audiência pública, que o "*Brasil é signatário dos principais tratados de direitos humanos, os quais afirmam e reafirmam a universalidade e a supremacia dos direitos humanos*", portanto, não haveria que se falar em conflito entre relativismo cultural e direitos humanos universais.

Afirmou, ainda, que o Brasil como membro das Nações Unidas deve seguir os documentos internacionais que determinam a erradicação e condenação das práticas culturais nocivas aos direitos humanos.

A representante do Movimento Atini destacou um caso similar ao infanticídio indígena ocorrido no Benin, na África, em que as crianças consideradas amaldiçoadas

ou enfeitiçadas, em razão da mãe ter morrido no parto ou por não ter nascido dente até o 8º mês de vida, poderiam ser abandonadas ou mortas com a cabeça esmigalhada contra tronco de árvores.

Nesse caso, a ONU fez recomendações, por intermédio do Comitê de Direitos da Criança e do Comitê dos Direitos Humanos, para que o país tomasse providências, inclusive legislativas, para prevenir e acabar com essa prática. Recomendou-se, concomitantemente, a educação das comunidades e a provisão de suporte às ONGs que trabalham nessa área.

Possível perceber, portanto, que a pesquisadora defendeu a predominância dos direitos humanos universais sobre os direitos culturais, devendo as normas jurídicas internas darem efetividade à normatização internacional sobre direitos humanos.

Em seguida, foi dada a palavra a Márcio Augusto Freitas Meira que iniciou a explanação destacando a complexidade do tema tratado naquela audiência pública, uma vez que ambos os direitos debatidos possuem resguardo no direito internacional e interno, principalmente, na Constituição Federal, quais sejam o direito à vida e o direito à diferença cultural.

Nessa oportunidade, contou uma história sobre a discussão passada em 1550, em Valladolid, na Espanha, entre os filósofos Sepúlveda e Bartolomeu de Las Casas que questionavam se os ameríndios eram ou não humanos. Narrou o Presidente da FUNAI que, após 3 dias de discussão, o representante do Papa, que foi imbuído de julgar, decidiu que os ameríndios tinham alma, portanto eram humanos. Contudo, havia escravidão negra na época e para se justificarem, alegaram que os negros não possuíam alma, por isso podiam ser escravizados por não serem completamente humanos.

Após contar essa passagem histórica, fundamentou que o direito à vida deve ser analisado a partir do caso concreto e o direito à diferença deve ser ponderado, pois cada povo tem a sua própria ideia do que seja direitos humanos.

Continuamente, foi dada a palavra à indígena Valéria Payê, representante dos Tumucumaque, do norte do Pará, localidade em que há 4 (quatro) povos indígenas - Tiriyó, Katxuyana, Aparai e Wayana. Informou que a prática cultural em pauta não era mais uma realidade do seu grupo há cerca de 25 ou 30 anos.

Destacou que os suruwahás, apontados como praticantes do infanticídio indígena, são semi-isolados, bem como os ianomâmis, e que o tema não pode ser debatido como se todos os grupos praticassem infanticídio indígena. Oportunamente, fez os seguintes questionamentos:

> Quem convive lá dentro, no dia-a-dia? Será que eles também não têm direito a essa diferença? Não têm direito de conduzir a situação, para não cairmos nesse processo de tentar igualar todo mundo e acabar com as diferenças a que temos direito, como foi bem observado pelo Presidente? Até da própria concepção da diferença do direito humano. Precisamos analisar esse aspecto. Isso está dito na Constituição. Precisamos debater o assunto. Será que essa visão que estamos discutindo aqui é a mais certa? Essa imposição da visão do ocidente é a mais correta? Pergunto para todos que estão na plateia: é isso mesmo? Queremos colocar todo mundo no mesmo patamar de igualdade? Será que a concepção mais certa é a que construímos sob a visão do ocidente? Eu acho que está na hora de começarmos refletir sobre tudo isso.

Destacou, ainda, que as mulheres indígenas estão começando a se impor e o Estado tem que respeitar o direito à diferença, não podendo impor outras culturas sobre a indígena.

No mais, explicou que quando as crianças indígenas são retiradas do grupo para realizar algum tratamento, no retorno ao convívio com os indígenas, elas são recebidas com amor e respeito e eventual dificuldade de readaptação não se deve ao tratamento da comunidade para com a criança.

Por fim, ressaltou que a mudança ocorrerá a partir da discussão interna entre os indígenas, uma vez que a cultura é dinâmica e evolui, embora os não-indígenas assim não pensem, por conseguinte, sendo prescindível a interferência externa brutal.

Logo após, o autor do Projeto de Lei pediu para apresentar as crianças sobreviventes de prática de infanticídio indígena, dessa forma destacar que o projeto não objetiva apenas criminalizar o infanticídio indígena, mas proteger as crianças, indígenas ou não, de todas as espécies de maus-tratos e violência. Frisou que não há dados precisos, mas que entre as 200 etnias existentes no País, nem 15 praticam o infanticídio indígena, o que não pode ser negado e a ONU precisa ter conhecimento para ajudar a resolver.

Ainda argumentou que o objetivo do Projeto de Lei não é criminalizar a conduta das mães indígenas, do pajé ou do cacique, mas garantir efetivamente que o Estado, por meio de políticas públicas, esteja presente e auxiliando os indígenas e salvar a vida das crianças.

Alguns deputados também destacaram pontos relevantes dos discursos dos convidados e parabenizaram o autor do Projeto de Lei pela iniciativa. Enquanto outros parlamentares revelaram preocupação com o que era discutido, por se tratar de tema sensível, oportunidade em que ressaltaram a necessidade inicial de se compreender a realidade dentro das comunidades indígenas.

Em seguida, deu-se início a segunda mesa de debate, e o antropólogo Edward Mantoanelli Luz foi convidado a discorrer sobre o Projeto de Lei n° 1.057/07. O antropólogo afirmou ser um dos poucos a favor de sobreposição da vida em relação ao direito à diferença, razão pela qual foi convidado para ler um texto em nome de Ronaldo Lidório, doutor em Antropologia pela Royal University of London.

No decorrer da leitura do texto, destacou que Bartolomeu de Las Casas, certamente, não tinha a preocupação com o direito à diferença, mas sim responsabilidade com as ações dos colonizadores, espanhóis e portugueses, principalmente, no tratamento com o outro. Isto é, a colonização realizada na América devia ocorrer com responsabilidade, não se pode admitir o tratamento então ofertado aos ameríndios que, por serem seres humanos, não mereciam ser escravos. Assim, defendeu que o direito à vida merece ser assegurado, mas não de forma violenta ou arrogante.

O indígena Aisanain Paltu Kamaiwrá, pertencente ao povo Kamaiwrá, do Alto Xingu, do Mato Grosso, teve a oportunidade de discursar durante a audiência pública. Disse o indígena que, no Xingu, existem 15 etnias, cada uma com língua e cultura própria.

Destacou que, para a sua tribo, o nascimento de gêmeos é concebido como algo ruim. Mas em razão da queda populacional do grupo, em razão de uma epidemia de sarampo que assolou a comunidade, que não possuía medicação para tratamento da doença, houve progressivo abandono da cultura, e para manter a população, os Kamaiwrá estão criando as crianças gêmeas ou sem pai. Contou, ainda, a própria história, quando se sentiu negligenciado por funcionários da FUNASA. E, por fim, pediu apoio à ONG Atini, que trabalha nas aldeias.

Concluída a fala do indígena, foi passada a palavra à antropóloga Rita Laura Segato, que elaborou um texto para ler em plenário, mas fez uma breve explanação anterior.

Inicialmente, a antropóloga solicitou que o debate ocorresse com certo distanciamento, sem se perder a sensibilidade, até porque é senso comum que todos ali queriam ver as crianças indígenas sadias e felizes. Destacou que o cerne da discussão não é o direito à vida, mas a responsabilidade do Estado perante os outros povos e, principalmente, a discussão sobre a aprovação da lei, isto é, trata-se de uma discussão jurídica.

Ante o discutido ao longo da audiência, Segato apresentou três pontos, para melhor analisar o citado projeto de lei.

O primeiro, referente ao fato de estudiosos terem notado a evolução do Estado castigador e opressor ao invés de prevenir a prática de atos contrários à democracia.

O ponto seguinte, quanto ao significado das leis através de vários questionamentos sobre a eficácia delas e concluiu que "*o que a lei de fato faz, e faz eficazmente, é afirmar, tornar público, tornar patente perante a Nação que escreve a lei; quem é o povo que escreve a lei; quais são os setores da sociedade nacional que têm acesso aos recintos onde tarefa se realiza*".

O último ponto de discussão foi o futuro do estado, pautando no pluralismo jurídico, permitindo que os povos resolvam seus próprios conflitos e solucionarem os dissensos internos das comunidades por seus próprios caminhos. Em último caso, o Estado será o garantidor, por meio da supervisão, mediação e intercessão, mas sem abuso, para garantir que haja discussão e deliberação interna nos grupos, uma vez que nenhuma sociedade é monolítica de consenso absoluto, isto é, sempre haverá um dissidente.

A palavra, após a fala da antropóloga, foi passada para Wanderley Guenka, que destacou as dificuldades organizacionais para execução das atividades em prol dos indígenas, mas pontuou que a FUNAI e a FUNASA têm dificuldades de atuação, razão pela qual estão buscando as parcerias entre os próprios órgãos do Ministério da Saúde e com os Estados e Municípios.

De forma geral, destacou as dificuldades que a FUNASA tem para prestar serviço de saúde aos indígenas e que as demais estruturas de defesa dos direitos da criança e adolescente não sabem lidar com os casos indígenas, como o Conselho Tutelar, assim acabam devolvendo as crianças vítimas de violência, estupro e outros maus-tratos à família. Destacou, ainda, que em área de reserva indígena, como na Reserva de Dourados no Mato Grosso do Sul, as Polícias Federal, Civil e Militar, os bombeiros, tampouco a FUNASA entram.

Em seguida, Jacimar de Almeida Gouveia também discursou no plenário, ressaltou que a conduta apontada como um sacrifício de forma violenta e arrogante das crianças, não é assim considerado pelos indígenas, pois encaram como algo cultural, que, por exemplo, a mãe indígena ao ver que a criança é deficiente, não a pega nos braços, deixando-a morrer, pois ela ainda não é humana. Oportunamente, fez constar que os suruwahás em 1983 eram 123, em 2007 eram 140, ou seja, não houve diminuição da população.

Além disso, que o impedimento do sacrifício dessas crianças, muitas das vezes, significa a morte dos pais, avós e outros parentes que não suportam a pressão da comunidade.

Destacou, por fim, que o pagamento de um salário-mínimo para uma criança que foi salva, não é suficiente, por si só, para o seu crescimento e desenvolvimento da sua personalidade, portanto, o Estado precisa atuar para que o infanticídio, que é uma consequência, não ocorra.

Após essa audiência pública, outras se sucederam, além de terem sido apresentadas algumas emendas substitutivas pela então Relatora, a Deputada Federal Janete Rocha Pietá, como a datada de 29/11/2010, com o seguinte teor:

> Art. 1º Acrescente-se o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973:
> "Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.
> Parágrafo único. Cabe aos órgãos responsáveis pela política indigenista oferecerem oportunidades adequadas aos povos indígenas de adquirir conhecimentos sobre a sociedade em seu conjunto quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as seguintes práticas:
> I – infanticídio;
> II - atentado violento ao pudor ou estupro;
> III - maus tratos;
> IV - agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores."
> Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Mas, após intensa discussão e anos de tramitação, a Lei Muwaji foi aprovada pela Câmara dos Deputados em 26/8/2015, com a redação final assinada pelo Relator Deputado Marcos Rogério (PDT-RO), não mais sendo uma lei esparsa sobre direito indígena, mas uma alteração ao Estatuto do Índio, consoante a seguinte redação:

> PROJETO DE LEI Nº 1.057-B DE 2007
> Acrescenta o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio.
> O CONGRESSO NACIONAL decreta:
> Art. 1° A Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 54-A:
> "Art. 54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que elas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.
> § 1º É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios bem como das autoridades responsáveis pela política indigenista zelar pela garantia do direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica das crianças, dos adolescentes, das mulheres, das pessoas com deficiência e dos idosos indígenas de acordo com a legislação brasileira, inclusive com o auxílio de entidades e associações não governamentais.
> § 2º Os órgãos responsáveis pela política indigenista deverão usar todos os meios disponíveis para a proteção das crianças, dos adolescentes, das mulheres, das pessoas com deficiência e dos idosos indígenas contra práticas que atentem contra a vida, a saúde e a integridade físico-psíquica, tais como:
> I - infanticídio ou homicídio;
> II - abuso sexual, ou estupro individual ou coletivo;

III - escravidão;
IV - tortura, em todas as suas formas;
V - abandono de vulneráveis;
VI - violência doméstica.
§ 3° Os órgãos responsáveis pela política indigenista também deverão garantir a proteção e o auxílio a qualquer pessoa, inclusive a membros das etnias que decidirem não permitir expor ou submeter crianças, adolescentes, mulheres, pessoas com deficiência e idosos a práticas que coloquem em risco a vida, a saúde e a integridade física e psíquica deles.
§ 4° Deverão os órgãos responsáveis pela política indigenista desenvolver projetos e programas que visem, em especial, à proteção e à defesa de:
I - recém-nascidos, crianças e adolescentes rejeitados por um dos genitores, familiares e/ou pelo grupo;
II - recém-nascidos, crianças, adolescentes e mulheres em casos de gestação múltipla;
III - qualquer membro da etnia com deficiência física e/ou mental;
IV - recém-nascidos, crianças e adolescentes rejeitados em virtude do sexo não desejado pela família ou grupo;
V - recém-nascidos, crianças e adolescentes, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão;
VI - recém-nascidos, crianças e adolescentes, em casos que excedam o número de filhos considerado apropriado para o grupo;
VII - recém-nascidos, crianças e adolescentes, quando esses possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;
VIII - recém-nascidos, crianças e adolescentes quando esses forem considerados portadores de má sorte para a família ou para o grupo;
IX - recém-nascidos, crianças e adolescentes desnutridos, seja por falta de alimentos ou por terem sido impedidos de se alimentarem pela ideia de que eles sejam portadores de má sorte para a família ou para o grupo;
X - recém-nascidos, crianças e adolescentes, filhos de pai ou mãe solteiros e/ou viúvos e gestantes por etnia e/ou aldeia, proporcionando a elas acompanhamento; e
XI - idosos.
§ 5° Os órgãos públicos, sobretudo o responsável direto pela saúde indígena, dentro de suas atribuições e em suas estruturas regionais, deverão manter cadastro atualizado de mulheres gestantes por etnia e/ou aldeia e proporcionar a elas acompanhamento e proteção durante todo o período gestacional e, ao verificarem que a criança gerada corre risco de vida, poderão, com anuência da gestante, removê-la da aldeia, atendendo as especificidades de cada etnia.
§ 6° Os órgãos responsáveis pela saúde indígena deverão direcionar atenção especial às mulheres indígenas com gravidez de risco e às gestantes que sejam solteiras, viúvas, que foram abandonadas pelos companheiros ou que estiverem gerando:
I - mais de uma criança, no caso de gestação gemelar ou gestação múltipla;
II - criança diagnosticada com deficiência ou qualquer problema de saúde;
III - criança cuja paternidade seja duvidosa;
IV - criança considerada como excesso no número de filhos adequado para o grupo;
V - criança gerada em decorrência de estupro ou abuso sexual;
VI - criança que seja, por medo, ideia, ou superstição, considerada indesejada.
§ 7° É dever de todo cidadão que tenha conhecimento das situações de risco informar, notificar, comunicar ações e/ou atos que violam a vida, a saúde e a

integridade física e psíquica de gestantes, nascituros, recém-nascidos, crianças, adolescentes, pessoa com deficiência, mulheres e idosos indígenas, por qualquer motivação, sob pena de ser responsabilizado na forma das leis vigentes.
§ 8° As autoridades descritas no § 1° deste artigo serão igualmente responsabilizadas, na forma das leis vigentes, quando não adotarem, de maneira imediata, as medidas cabíveis para a proteção e defesa das crianças, adolescentes, mulheres, pessoas com deficiência e idosos indígenas em situação de risco.
§ 9º O comunicante de atos e ações que violam a vida, a saúde, a integridade física e psíquica dos indígenas terá garantida a preservação de sua identidade se assim desejar.
§ 10. Sem prejuízo das prerrogativas dos órgãos e autoridades constituídos para a defesa das crianças, adolescentes, mulheres, pessoas com deficiência e idosos no Brasil, caberão às ouvidorias dos órgãos que desenvolvem a política indigenista:
I - receber as notificações e comunicados de infanticídio, homicídio, escravidão, tortura, abandono, abuso e exploração sexual, estupro, atentado violento ao pudor, maus-tratos e outros tipos de violência contra crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, mulheres ou idosos indígenas;
II - encaminhar imediatamente as notificações e comunicados ao Ministério Público e às demais autoridades competentes para a devida apuração da notícia de violação dos direitos dos recém-nascidos, crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, mulheres ou idosos indígenas tipificada no inciso I deste parágrafo.
§ 11. Após a apuração dos fatos, preferencialmente acompanhada de estudos antropológicos e psicológicos, se constatada a disposição dos genitores, dos familiares ou do grupo em persistirem em práticas que coloquem em risco a vida, a saúde ou a integridade física dos vulneráveis, deverão os órgãos e autoridades competentes promover a retirada provisória deles do convívio da família ou do respectivo grupo e determinar a sua colocação em lugar seguro, observando as especificidades de cada etnia.
§ 12. Após afastados definitivamente os riscos, é dever das autoridades indicadas no § 11 fazer gestões para promover o reingresso dos vulneráveis em suas comunidades de origem sempre que possível."
Art. 2° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ante a conclusão da discussão e aprovação pela Câmara de Deputados, em 2/9/2015, a proposta de lei foi encaminhada, por meio do Ofício n° 510/15/PS-GSE, ao Senado Federal para deliberação.

3.3. Quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade ou convencionalidade

É sabido que o Brasil adotou o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, representando uma miscelânea do sistema austríaco e norte-americano.

No Brasil, o controle de constitucionalidade preventivo, isto é, antes da norma ingressar no ordenamento jurídico, pode ser realizado pelo próprio Poder Legislativo, por meio da Câmara de Constituição e Justiça, pelo Executivo com o veto jurídico ou pelo

Judiciário, realizado excepcionalmente, no caso de mandado de segurança impetrado por Parlamentar, em razão de violação ao devido processo legislativo.

Portanto, na presente fase do Projeto de Lei n° 1.057/2007 apenas poder-se-ia falar em controle de constitucionalidade preventivo, contudo, considerando que o estudo em comento tem por objeto a prospecção dos efeitos da lei que "criminaliza" a prática cultural do infanticídio indígena, é válido cogitar eventuais alegações de inconstitucionalidade da norma.

E então, apenas a partir da aprovação do Senado Federal e sanção do Presidente da República se poderá falar em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso ou mesmo de convencionalidade da lei decorrente do Projeto de Lei n° 1.057/2007.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o índio ganhou capítulo próprio, no Título VII que trata da Ordem Social.

Válida a colação:

> CAPÍTULO VIII
> DOS ÍNDIOS
> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
> § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
> § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
> § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.
> § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes,

ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.
§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.
Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Com base no teor da Constituição Federal de 1988, a Procuradora da República Deborah Duprat defende que essa Carta Constitucional reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, em abandono à ideia assimilacionista de outrora, e reconhecendo a individualidade dos diversos povos que compõem a comunidade indígena brasileira.

Relevante a seguinte citação:

> A Constituição de 1988, no que de perto nos interessa, passa a falar não só em direitos coletivos, mas também em espaços de pertencimento, em territórios, com configuração em tudo distinta da propriedade privada. Esta, de natureza individual, com o viés da apropriação econômica. Aqueles, como locus étnico e cultural. O seu artigo 216, ainda que não explicitamente, descreve-os como espaços onde o s diversos grupos formadores da sociedade nacional têm modos próprios de expressão e de criar, fazer e viver (incisos I e II). (Deborah Duprat. O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade, p. 4).

Explica Duprat que, no direito interno, como já exposto alhures, a Constituição Cidadã representou a quebra de paradigma da dominação para hegemonia do tido desenvolvimento humano mas, no âmbito internacional, o rompimento ocorreu, inicialmente, com a Convenção 107 da OIT, de 5 de outubro de 1957, que tinha por propósito a "*proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes*". E, principalmente, com a Convenção 169, de 7 de junho de 1989, que em seu preâmbulo, disciplinou:

> Observando as normas internacionais enunciadas na Convenção e na Recomendação sobre populações indígenas e tribais, 1957;
> Lembrando os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação;
> Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja **aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas**

> **anteriores;**
> **Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;**
> Observando que em diversas partes do mundo **esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente**;
> Lembrando a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais; (g.n.)

Embora o Projeto de Lei n°1.057/2007, com redação original, tenha sido apresentado sob o escopo de dar cumprimento ao Decreto n° 99.710/1990, que promulgou a Convenção sobre os direitos da Criança, a Recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas de combate às práticas tradicionais nocivas, conforme consta da Resolução A/RES/56/128/2002 e A/S-17/19, bem como de dispositivos da Constituição da República e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n° 8.069/90), é possível aventar vícios de inconstitucionalidade ou mesmo inobservância às Convenções Internacionais.

Possível é observar que a redação original da Lei Muwaji, embora tenha sido proposta sobre o argumento de proteger vulneráveis (criança e mulher indígena), ofendia gravemente outros princípios também assegurados pela Constituição da República e pelos Tratados Internacionais, relativos ao direito à diferença e não-discriminação, pois não se pode perder de vista que o indígena também representa uma minoria e se encontra inserido no contexto de uma diferença cultural com o restante da sociedade.

Nesse diapasão, é relevante destacar o artigo 8º da Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais da OIT, adotado pelo Brasil a partir do Decreto n° 5.051/04, que estatui:

> 1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio. 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes. (BRASIL, 2004).

Conforme o disciplinado na Convenção 169, de fato o Estado não deve ser omisso, caso observe que um costume ou prática cultural indígena seja incompatível com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional e com os Direitos Humanos internamente reconhecidos. Contudo, é de se observar, que não há imposição de que o Estado criminalize tais condutas, até porque é público e notório que, no Brasil, a cultura da criminalização pouco efeito prático surte.

De tal sorte, as providências a serem adotadas pelo Estado, a fim de erradicar qualquer prática contrária aos direitos fundamentais, além de respeitar os direitos indígenas assegurados constitucional e internacionalmente, devem ser razoáveis/proporcionais aos fins a que se destinam.

Destaca Deborah Duprat que o "*direito internacional e várias convenções já incorporadas ao nosso ordenamento jurídico asseguram aos membros das comunidades indígenas o gozo dos direitos que a legislação nacional outorga aos demais membros da população*". Complementa a Procuradora da República que eventual aplicação de dispositivos legais sem observância das especificidades dos sujeitos, "*seria perpetuar o quadro de exclusão e lançar por terra as conquistas constitucionais*".

Ademais, não se pode perder de vista que os direitos culturais e étnicos possuem o *status* de direitos fundamentais, portanto, não podem ser postos à margem dos demais direitos, sendo obrigatória a sua observância imediata.

Não custa pontuar o que Norberto Bobbio discorre sobre as fases do desenvolvimento dos direitos do homem:

> […] num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político; finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos dizer, de novos valores – como o bem estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado. (Bobbio, 2004).

Frise-se que caso o Projeto de Lei n° 1.057/2007 fosse editado com a redação inicial, é visível que atingiria frontalmente os direitos dos indígenas, uma vez que legitimava, sem precedente, a ingerência do Estado, associações e de entidades não governamentais nas comunidades indígenas, podendo, nesse ponto, aventar possível inconstitucionalidade material.

Já a redação final do Projeto de Lei n° 1.057/2007, aprovada pela Câmara dos Deputados, atende ao clamor dos que são contrários à criminalização do infanticídio indígena, uma vez que deixa de imputar pena aos que são omissos ou de qualquer forma colaborem com a prática cultural, mesmo que ausente a vontade de cometer ato atentatório aos direitos humanos.

Além disso, embora o direito à vida seja assegurado constitucionalmente, o direito à autodeterminação dos povos também consta da Magna Carta. Desse modo, eventual sobreposição deste sobre aquele deve ser justificada, uma vez que a Constituição deve ser interpretada sob a égide dos princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador e da concordância prática ou harmonização.

Em outras palavras, necessário um trabalho no intento de que todos os direitos assegurados pela Carta Maior, composto a partir do sistema de interpretação constitucional, estejam em harmonia, assim evitando o sacrifício de qualquer direito.

Uma grande exceção é a soberania nacional, que uma vez posta em xeque, se sobrepõe a qualquer outro direito. Todavia, frise-se que para que prevaleça a soberania nacional a ameaça deve ser real e concreta, sob pena de incidir também em inconstitucionalidade.

Assim, embora o IBGE, no censo realizado em 2010, tenha incluindo no total de indígenas no Brasil não apenas os índios aldeados, mas aqueles que se declaram como indígenas, em privilégio ao direito do autorreconhecimento, o número de índios sem qualquer contato com os nacionais é expressivamente menor. Há cerca de 3 a 5 mil índios isolados, sobre os quais pouco se sabe sobre a cultura, língua, entre outras informações (Carlos Frederico, 2013). E para esses grupos isolados, segundo o texto constitucional, é reconhecido o direito subjetivo coletivo de reivindicar o reconhecimento da sua organização social própria.

Nesse passo, considerando que se tem notícias que menos de cinco tribos indígenas ainda adotam a prática do infanticídio indígena, como os Suruwahá, Yanomami e os Tapirapé (Guilherme Scotti Rodrigues, 2012), pode-se concluir que a prática cultural em quantitativo numérico não é uma conduta tão ofensiva como tantas outras cometidas pelos nacionais, mesmo estando tipificadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto no Código Penal.

De tal modo, a criminalização além de ser uma medida extrema, ao passo que o direito penal deve ser utilizado como a *ultima ratio*, mostra-se desproporcional, até porque, embora dia após dia sejam editadas normas criminalizadoras mais severas, não vem se observando o intento almejado, qual seja o da prevenção geral, de inibição da prática de condutas delitivas.

Assim, se para os conhecedores de fato da lei (os não-índios) a norma criminalizadora, mesmo severa, não surte o efeito desejado de diminuição ou erradicação dos delitos, quais fundamentos sólidos sustentariam a tipificação da prática denominada de infanticídio indígena, para abolição dessa conduta considerada nociva aos direitos humanos?

Por outro lado, não se pode perder de vista que esta nova redação do Projeto de Lei n° 1.057/07 possui certa ingerência do Estado nas comunidades. Assim, embora possa se aduzir que essa intromissão estatal é proporcional, pois busca assegurar o direito à vida e integridade física das crianças indígenas, consoante visto na audiência pública, as populações atingidas de fato pela Lei Muwaji não foram ouvidas, razão pela qual se poderia aduzir vício formal da legislação, ante a ausência de participação dos indígenas afetados pela inovação legislativa.

Nesse ponto, válida trazer colação de trecho do artigo "O estado pluriétnico" de Deborah Duprat:

> Em princípio, a inserção do Estado na vida desses grupos deve respeitar primeiramente o fato de que "grupos étnicos são categorias atributivas e identificadoras empregadas pelos próprios atores" (Barth 2000:27), razão de a Constituição lhes assegurar auto-representação (art. 216, I), uma vez que formas de expressão são conjuntos de signos por meios dos quais se revela a representação da realidade (Foulcaut 1966: 89). Assim, requer-se que a coletividade possa se reconhecer em suas formas de expressão, sob pena de lhes negar realidade, o que implica dizer que a representação da realidade partilhada envolve necessariamente a representação de si própria, ou seja, a autocompreensão do grupo[2]. Dessa forma, interdita-se ao legislador, ao administrador, ao juiz e a qualquer outro ator estranho ao grupo dizer o que este é de fato[3].

Esse direito participativo do indígena encontra assento na Convenção 169 da OIT:

> Artigo 2º
> 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, **com a participação dos povos interessados**, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.
> 2. Essa ação deverá incluir medidas:
> a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade,

2 "O mundo determinado gramaticalmente é o horizonte em que é interpretada a realidade" (Habermas 1991:2011).

3 Recentemente, a FUNAI constituiu um grupo técnico para definir se os ocupantes da autodenominada TI Borboleta, no Rio Grande do Sul, são índios, a despeito de a própria pretensão quanto à regularização da terra pressupor, e portanto revelar, a auto-identificação do grupo com o tal.

dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;
c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida. (g.n.).
[...]
Artigo 27
1. Os programas e os serviços de educação destinados aos povos interessados deverão ser desenvolvidos e aplicados em cooperação com eles a fim de responder às suas necessidades particulares, e deverão abranger a sua história, seus conhecimentos e técnicas, seus sistemas de valores e todas suas demais aspirações sociais, econômicas e culturais.
2. A autoridade competente deverá assegurar a formação de membros destes povos e a sua participação na formulação e execução de programas de educação, com vistas a transferir progressivamente para esses povos a responsabilidade de realização desses programas, quando for adequado.
3. Além disso, os governos deverão reconhecer o direito desses povos de criarem suas próprias instituições e meios de educação, desde que tais instituições satisfaçam as normas mínimas estabelecidas pela autoridade competente em consulta com esses povos. Deverão ser facilitados para eles recursos apropriados para essa finalidade.

Vislumbra-se, aqui, que a Convenção 169 da OIT reconhece o direito de participação e consulta das comunidades indígenas nas ações em que possuam interesse, assim como no caso de políticas públicas.

É debatido se a ausência de consulta é obrigatória ou facultativa, segundo Vitorelli (2014) "*a interpretação da Convenção 169 tende a considerar o resultado da consulta facultativo, enquanto que a interpretação da Declaração da ONU sobre o direito dos povos indígenas parece considerá-la vinculante"*.

Assim, considerando que as comunidades indígenas que adotam o tipo de prática cultural relatada na Lei Muwaji, isto é, as que serão efetivamente atingidas pela norma, não tiveram representantes ouvidos no plenário da Casa de Leis, é possível que essa falta de participação na elaboração da norma seja objeto de controle de convencionalidade de matriz nacional.

Em que pese a Constituição Federal e a Convenção n° 169 da OIT da Assembleia Geral das Nações Unidas terem assegurado ao indígena o direito de manter a identidade cultural, ação e memória, não se pode omitir que está enraizado na sociedade "branca" a concepção da época da ditadura militar, de que o indígena é "selvagem" e precisar ser "civilizado", para sair das "trevas".

Cediço que estes conceitos preestabelecidos não podem ser refletidos na postura do Estado, tampouco na sua legislação, sob pena de transgredir outros tantos princípios e direitos constitucionais, sendo passível de controle de constitucionalidade ou convencionalidade.

4. CRIMINALIZAÇÃO DO INFANTICÍDIO INDÍGENA

4.1. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL INDÍGENA

Nesse ponto, torna-se válido explanar brevemente sobre a evolução da responsabilização penal do índio na legislação pátria.

O estudioso Guilherme Rezende (*apud* Rodrigo Teixeira, 2011, p. 193) ao tratar das primeiras legislações sobre a responsabilidade do indígena, remete-se à Consolidação das Leis Penais de 1932, na qual o índio era equiparado aos menores.

Ainda de acordo com o autor, constava no projeto do Código Criminal Brasileiro de Alcântara Machado, que no caso de infração legal cometida por índio não-adaptado, este estaria isento de pena, mas sujeito a medida de segurança.

Já o atual Código Penal não traz menção expressa a responsabilização penal do índio, contudo a doutrina majoritária entende que os índios estariam inclusos na expressão "desenvolvimento mental incompleto ou retardado", constante no artigo 22.

Em 1973, sob o Regime Militar, com o *slogan* de governabilidade de integrar para não entregar, foi editado o Estatuto do Índio prevendo que no caso da prática de crime por índio, a pena seria atenuada e a sua aplicação atenderia ao grau de integração do silvícola.

O eminente Guilherme Nucci (2014), ao tratar da responsabilização penal do indígena com base na Lei Federal n° 6.001/79, apresenta um estudo histórico do indígena no Brasil, utilizando-se do ensinamento de João Bernadino Gonzaga, da seguinte forma:

> "explica João Bernardino Gonzaga que "para fazer um estudo completo, deveríamos, então, desvendar a alma indígena, que já se perdeu. Seus hábitos nem sempre foram bem descritos pelos cronistas. Já se esvaeceram no tempo e se nos apresentam agora muitas vezes filtrados pela influência dos colonizadores. Povo animista, místico como todo homem primitivo, envolvido por tabus, sua lógica não era a nossa. Torna-se por isso extremamente difícil colocar-nos dentro dos esquemas mentais que lhe orientavam a vida, como seria imprescindível para bem compreendê-la (*Pareto*, Traité de Sociologie Générale, I, p. 592)" (*O direito penal indígena. À época do descobrimento do Brasil*, p. 60). E continua: "A explicação será que o silvícola vive permanentemente integrado na natureza, em estreita dependência do que ali existe, de tal modo que é forçado a conhecê-la. Assim, quando algum mais

> dotado procede a sistematizações e a novas descobertas nesse campo, encontra fácil receptividade por parte dos demais. O que inegavelmente falta, entretanto, são igual vocação e a mesma receptividade para as construções lógico-abstratas, que constituem o alicerce do pensamento jurídico. Esse o motivo do profundo atraso em que se acham todas as instituições primitivas que dependam *a priori* de tal tipo de raciocínio. E, quando consegue algum povo alçar-se nesse domínio, aí está um sinal seguro de que começa a emergir do estado bruto" (ob. cit., p. 67-68). (...) "Aqui, portanto, encontramos inserido um Direito Penal enigmático, místico, para nós incompreensível. A quebra de certo tabu acarretará consequências inexoráveis e automáticas para o agente. Mas pode também suceder que sobrevenha um risco para toda a coletividade, sobre a qual recairá a vingança dos espíritos ofendidos. E então é preciso punir o culpado, ou porque criou a possibilidade de um mal generalizado, ou porque, tomando-se a iniciativa do seu castigo, se aplacam as iras da divindade ultrajada. Também em razão do exposto decorre a enorme dificuldade de fazer-se o catálogo dos procedimentos puníveis, numa comunidade bárbara, porque o seu campo é muito flutuante, sobretudo no amplo setor em que a noção de 'crime' se liga à de desobediência a tabus" (ob. cit., p. 80-81). Em suma: "Em nossos indígenas, vários fatores concorriam para o fenômeno: seu ínfimo teor de vida; o hábito, que necessariamente adquiriam, de suportar o desconforto, a dor, o padecimento, as desgraças; a falta de imaginação; o consequente embrutecimento que lhes embotava a alma; o sentimento de impotência para afastar a generalidade dos males, com os quais portanto se deviam conformar; a suposição de que muitas das suas desventuras provinham das forças ocultas, sendo assim inevitáveis. Tudo isso os tornava grosseiros e estóicos, pouco os incomodando o sofrimento, ao contrário do que sucede com o homem de cultura, hábitos e sentimentos mais apurados. Os textos estão repletos de exemplos em tal sentido. Desde a infância o silvícola se submetia a provas de iniciação, que 'eram as mais rudes. Algumas tão brutas que o iniciando não as suportava e morria em consequência do excessivo rigor'. Havia o flagelação, a tatuagem, a perfuração do septo, dos lábios e das orelhas" (ob. cit., p. 83-84). (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais Especiais. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

É imperioso reafirmar que a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o divisor de águas, que pôs fim ao ideário integracionista ou assimilacionista, para compreender os índios como povo autônomo habitante do território nacional e como sujeitos de direitos fundamentais.

Aqui, vale destacar que há um Projeto de Lei do Senado de n° 156 de 2009, que visa instituir o novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas e por indígenas.

4.2. INFANTICÍDIO

A título de curiosidade, aproveitando o gancho histórico, mostra-se relevante tratar sobre o surgimento da tipificação do crime de infanticídio no Direito Penal Brasileiro.

Sobre o contexto histórico e sobre a tipificação do crime de infanticídio, Nucci (2014) discorre:

> "Na antiguidade, matava-se os bebês recém-nascidos quando escasseavam alimentos, ou quando eram oferecidos em cerimônias religiosas. Tampouco era delito matá-los quando eram disformes ou tivessem um defeito físico tão grave que evidenciava sua futura inaptidão para a guerra (cf. RICARDO LEVENE, *El delito de homicidio*, p. 263). Ensina MAIA GONÇALVES que "no primitivo direito romano somente a mãe era incriminada. O pai, em virtude do *jus vitae ac necis* sobre os filhos, não cometia qualquer crime se matasse o filho acabado de nascer. Este poder, afirma MOMMSEN (*Direito Penal romano*, trad. espanhola, v. 2, p. 97), estava compreendido no direito de propriedade, pelo que já na República se punia como homicídio a morte do filho realizada secreta ou aleivosamente. Foi no tempo de Constantino que o infanticídio praticado pelo pai começou a ser punido, o que foi reafirmado sob o império de Justiniano, cominando-se então pesadas penas para este crime, tradição que se manteve por influência da Igreja. Até ao início do século XIX, punia-se severamente em toda a Europa este crime. BECCARIA e outros autores protestaram contra tal dureza, em atenção à mãe que, para ocultar a desonra, matava o filho no ato do nascimento, e daí o preceito do parágrafo único do art. 356 do Código de 1886 e os preceitos paralelos de diversos códigos da Europa e da América" (*Código Penal português anotado*, p. 466).

No Código Criminal de 1830, o crime de infanticídio que ocorria quando a mãe matava o filho recém-nascido para ocultar sua desonra, era punido com pena de prisão com trabalho de 1 a 3 anos. Mas, caso cometido por terceiro, nos primeiros sete dias de vida, mesmo que não tivesse por objetivo ocultar a desonra, a pena cominada era de 3 a 12 anos. Destaque-se que o mesmo Códex previa, no caso de homicídio, pena máxima a de morte e mínima a pena de prisão com trabalho por vinte anos.

Vislumbra-se aí que, há menos de 200 anos, a sociedade tida racional considerava a vida de um recém-nascido menos valiosa que a vida de um adulto.

O Código Penal de 1890, de forma diferente, previu a pena de 6 a 24 anos para os crimes de homicídio e infanticídio e, no caso da mãe que mata o filho para ocultar a desonra própria, foi cominada a pena de 3 a 9 anos.

E, em 1940, sob influência do Código suíço de 1916, passou-se a prever a conduta criminosa de infanticídio como sendo "*matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após*", a ser punida com pena de detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos, enquanto a pena pela prática de homicídio simples é de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Sobre esse tipo penal, ensina Nucci (2014) que a única distinção entre homicídio e infanticídio, é o estado especial em que se encontra o agente. Portanto, o doutrinador reconhece o infanticídio como uma hipótese de homicídio privilegiado, embora seja um crime autônomo, em que, em razão da situação particular e especial, o legislador conferiu tratamento mais brando à autora do delito.

Assim, fica perceptível que o fato de a mãe estar sob a influência de estado puerperal foi considerado pelo legislador como de extrema relevância, ao ponto de diminuir expressivamente o *quantum* da pena.

4.3. INFANTICÍDIO INDÍGENA

O "infanticídio indígena" é denominado por Holanda (2008, p.45) de "interdito de vida", e afirma que se trata de uma conduta não anunciada, mas de conhecimento social comum sobre o que deve acontecer.

O interdito de vida é uma espécie de negação do *status* de pessoa ao neonato ou à criança, que não são considerados "seres", mas "entes", por não emanarem potencial de mudança corporal. Assim, ante a desconexão com o corpo, o "*ente"* pode ser morto (Holanda, 2008).

Dessa forma, depreende-se o interdito de vida como um meio de impedir que os neonatos com deficiências físicas, que lhes dificultaria o convívio em sociedade, ou são fruto de incesto ou de gestação gemelar (gêmeos), entre outros empecilhos culturais, entrem na humanidade.

Percebe-se, portanto, que o infanticídio indígena, diferentemente do infanticídio estampado no art. 123 do Código Penal, não decorre da vontade de uma só pessoa, pois além do agente imediato, há os agentes mediatos, que são todos que compõe o grupo indígena que exigem o cumprimento da cultura enraizada.

4.4. CAPACIDADE PENAL VERSUS IMPUTABILIDADE

Nesse ponto, é válido distinguir o que seja capacidade penal e inimputabilidade penal.

Petrocelli (*apud* Damásio de Jesus, 2014) conceitua a capacidade penal como sendo "*conjunto das condições exigidas para que um sujeito possa tornar-se titular de direitos ou obrigações no campo do Direito Penal*". E conclui que se considera incapaz penalmente o ausente da qualidade de pessoa humana viva, como exemplo os mortos, ou quando a lei penal não se aplica a determinadas pessoas, como entes inanimados. Destaque-se que embora não possuam capacidade penal, podem ser objeto material do delito.

Em complemento, discorre o estudioso que a inimputabilidade penal é avaliada em momento anterior à prática delitiva, quando se observará se o agente era imputável no momento do crime.

Assim, numa interpretação simplória, poder-se-ia concluir que o indígena pode ser sujeito ativo de crime, contudo, vale mencionar que há certa equiparação entre o indígena não adaptado ao convívio social e o inimputável no direito pátrio, pois o artigo 26, *caput*, do Código Penal, tal como o artigo 151 do Código de Processo Penal, remete a figura de nomeação de curador para assisti-lo no caso de eventual acusação, o que demonstra a inexatidão do tratamento a ser ofertado ao indígena.

É sabido que, por bastante tempo, sob o argumento de se assegurar proteção aos indígenas, estes eram considerados sujeitos com desenvolvimento mental incompleto.

Todavia, com a nova ordem constitucional ascendeu a teoria de desenvolvimento pleno das faculdades mentais do indígena, pois o fato de pertencer a uma cultura diferente, com valores diversos, por si, não significa não possuir desenvolvimento mental completo.

Nesse sentido é a inteligência de Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 555) que, com uma visão efetivamente humanitária, destaca que o simples fato de não estar integrado não faz presumir a inimputabilidade do indígena, mas esta deverá ser analisada a partir das mesmas bases de análise de culpabilidade do homem não-indígena, por conseguinte, não havendo que se falar em suposição da condição de inimputável.

O especialista Damásio de Jesus (2014), ao trata da inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, destaca:

> A inimputabilidade do silvícola inadaptado é discutível. Heleno Cláudio Fragoso, no relatório apresentado na terceira seção do IX Congresso Internacional de Defesa Social, realizado em Caracas, na Venezuela, em agosto de 1976, sobre os "Aspectos jurídicos da marginalização social", lembrou que Carrancá y Trujillo, na Comissão de Redação do CP Tio para a América Latina, no México, em 1965, observava não ver razão para considerar os indígenas inadaptados carentes de desenvolvimento mental completo: "podem ter um desenvolvimento muito mais completo que outras raças". (JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1: parte geral. 35 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 509).

Discorre Affonso de Luca (2011, p. 230) que "*algumas condutas dos indígenas, inerentes à sua cultura, por serem fomentadas pelo direito, não podem ser criminalizadas, sendo, portanto, atípicas*", isso com base na Teoria da Tipicidade Conglobante de Zaffaroni.

Destaque-se uma exemplificação:

> Pode-se objetar que, se amanhã trouxermos um indígena para o centro de uma grande cidade e o deixarmos livre, e ele supuser que cada branco que dele se aproximar quer matá-lo, deverá reagir matando a todo branco que vê, e, com absoluta tranquilidade, teríamos que deixá-lo seguir com a sua matança, por encontrar-se num erro de proibição (justificação putativa) culturalmente condicionado. A objeção

> é mais aparente do que real, posto que, em tal caso, não existe dúvida, para nós, de que o mais correto seria restituir o campesino ao meio do qual nunca deveria ter se subtraído, e condenar ao irresponsável que o retirou de seu meio natural. (ZAFFARONI e PIERANGELLI, 2006, p. 554)

A Procuradora da República Ela Wiecko (2009, p. 60) compartilha do entendimento de não se falar em punição do indígena, em razão da prática cultural, defendo que "*a inimputabilidade dos indígenas segue as regras aplicáveis a todas as pessoas maiores de 18 anos. Todavia, é possível excluir a culpabilidade pelo reconhecimento do erro de proibição ou da inexigibilidade de conduta diversa*".

A estudiosa exalta a tese do "erro culturalmente condicionado", originária da doutrina penal latino-americana, ao defender a impossibilidade de imputar uma conduta criminosa ao indígena, pois este não possui a compreensão da ilicitude de suas ações em relação ao sistema de punição da sociedade não-índia.

Segundo Affonso de Luca (2011, p. 231), para que haja consciência da ilicitude, o agente deve conhecer que a conduta praticada é contrária à imposta pelo ordenamento penal, caso os valores e a cultura do indivíduo e do meio social que busca puni-lo são diferentes, não há que se falar em conduta típica.

Pode-se incidir em "erro culturalmente condicionado", segundo Zaffaroni, por três formas, quais sejam: erro de compreensão, consciência dissidente e justificação putativa.

O erro culturalmente condicionado pode acarretar atipicidade por erro de tipo, quando desconhecida a norma proibitiva, por erro de tipo permissivo; justificação putativa, tem causa em razão de uma falsa suposição de existência de uma permissão que a lei não autoriza ou a falsa admissão de uma situação justificante que não existe; já o erro por consciência dissidente ocorre quando há conhecimento da proibição, mas não há introjeção dos valores da norma.

Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 337) conceitua a cláusula de consciência como uma experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional, impossível de ser valorado como certo ou errado pelo juiz, que deve verificar, exclusivamente, a correspondência entre a decisão exterior e os mandamentos morais da personalidade.

Para Zaffaroni e Pierangeli, a cláusula de consciência é tratada sob a denominação de consciência dissidente, configurando erro de compreensão e recaindo, consequentemente, na inculpabilidade. Válida a citação:

> Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução que não a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões

> de tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade da nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias (ZAFFARONI e PIERAGELI, 2006, p. 554-555).

A consciência dissidente não é estranho ao Direito Brasileiro, existente na esfera do Direito Penal Militar quanto ao crime descrito no art. 183, do Código Penal Militar, de insubmissão.

Embora exista a obrigatoriedade da prestação do serviço militar (art. 143, §1, CRFB), a própria Constituição excepcionou a regra ao assegurar aos que alegarem o imperativo de consciência decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem da atividade de caráter essencialmente militar, permitindo a prestação de serviço alternativo.

Nesse particular, pode-se destacar que há erro que afeta a ilicitude e há erro que afeta a compreensão da ilicitude, mas ambos resultam no erro de proibição.

No presente estudo, é necessário se ater ao erro da compreensão da ilicitude, destacando que não se pode falar em compreensão sem o conhecimento, pois este é intrínseco àquela, mas pode existir conhecimento sem compreensão.

Assim, o indivíduo pode conhecer a norma sem compreendê-la, no caso de não internalização de seu valor, em razão do conhecimento cultural do agente, assim se estará diante de um erro de compreensão culturalmente condicionado.

Em outras palavras, o erro de compreensão culturalmente condicionado ocorre quando mesmo conhecendo a ilicitude do fato, o agente não a compreende como ilícita, porque não houve a internalização dos valores dela decorrente, uma vez que são incompatíveis com a carga valorativa derivada de sua cultura.

Outra opção a não culpabilidade do indígena que realiza prática cultura incorrendo em norma criminalizadora, é a inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal que afasta a culpabilidade.

Dessa forma, depreende-se que apenas a partir do caso concreto é que será possível analisar se o indígena “delinquente” pode ou não ser responsabilizado penalmente, tendo em vista que no Estado multicultural é inconcebível que os indígenas, simplesmente por representarem uma minoria, sejam considerados como inferiores, com desenvolvimento mental aquém da maioria.

No presente estudo, não se trata especificamente de inimputabilidade, mas da possibilidade de se aplicar excludente de culpabilidade, decorrente do erro de proibição, pois o índio age em respeito a sua cultura, seus dogmas, suas concepções de certo e errado. Portanto, a criminalização da conduta não afastará, por si, a possibilidade de aplicação dessa excludente de culpabilidade.

Por tudo, faz-se necessário analisar se a pura e simples tipificação da prática do infanticídio indígena solucionará o problema tão complexo decorrente do multiculturalismo no Brasil.

4.5. VISÃO JURÍDICA DO INFANTICÍDIO INDÍGENA OU RITUAL

Sobre o que seja infanticídio indígena, Edilson Vitorelli cita Duprat para exemplificar uma das formas do infanticídio indígena:

> Segundo DUPRAT, na cultura yanomami, a mulher, quando sente a chegada da hora do parto, vai sozinha para um lugar ermo da floresta e, de cócoras, faz o parto da criança, que cai ao chão. Nesta hora decide se a pega no colo ou se a deixa lá. Se a pegar, houve o nascimento, se não, não houve infanticídio, pois na visão do grupo, não houve vida. São visões do que, se goste ou não, não podem ser descartadas sob pena de afronta à Constituição. (VITORELLI, Edilson. Estatuto do índio - Lei n° 6.001/73. 2ª Ed. 20013, p. 59).

Não se pode confundir o infanticídio indígena com o infanticídio tipificado no artigo 123 do Código Penal, que considera crime a conduta de "*matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após*", punido com detenção de dois a seis anos.

O bem jurídico tutelado pela tipificação do infanticídio é a vida humana, tratando-se de crime próprio, pois apenas pode ser cometido pela mãe, fragilizada pelo puerpério, contra o próprio filho.

No Direito Penal pátrio, o denominado infanticídio indígena poderia ser tipificado como homicídio privilegiado, pois não é praticado sob influência do estado de puerpério e não é realizado apenas pela mãe, como também pelo pai ou terceiro da etnia, por imposição sociocultural.

Nesse particular, relevante trazer o que pontua Edilson Vitorelli (2014) sobre a aplicação da legislação brasileira ao índio:

> Nas situações em que a aplicação da legislação comum se mostrar incompatível ou injusta com os índios, em razão de suas peculiaridades culturais, as quais também são constitucionalmente protegidas, deverá o intérprete buscar um juízo de ponderação que impeça que os índios sofram prejuízos em razão de sua condição. Não se deve permitir que a incidência 'fria' da lei sirva como um mecanismo velado de destruição da cultura indígena.

Dessa forma, a criminalização do infanticídio indígena é tema bastante tortuoso e desafiador de ser tratado, pois remete a um conflito entre o direito de autodeterminação cultural, isto é, respeito à diversidade cultural e direitos humanos basilares, como o direito à vida e a integridade física e psíquica.

Três são as soluções apontadas pela doutrina quanto à punibilidade indígena pela prática de infanticídio ritual, quais sejam: a) inimputabilidade ou imputabilidade diminuída; b) erro de compreensão culturalmente condicionado, e c) erro sobre o objeto.

Na solução por inimputabilidade diminuída, de forma inconteste, reacende-se a visão paternalista e racista que não respeita o multiculturalismo, pela adaptação cultural do "silvícola" aos valores da vida "civilizada", uma vez que se defende a impunidade do indígena por falta de capacidade de culpa ou a atenuação da pena em virtude da imputabilidade diminuída. Assim, são equiparados aos menores por não terem sofrido processo de aculturamento.

A segunda solução, com base da doutrina de Zaffaroni, é aplicável aos casos em que o indígena, embora possua conhecimento da norma proibitiva, não lhe é exigível a sua introjeção, pois a norma é completamente estranha a sua cultura, destarte, exigindo uma maior tolerância na solução de conflitos que envolvem questões culturais.

A solução derradeira, é referente ao erro sobre o objeto, pois não há dolo na prática de um crime, sendo também imprescindível uma correlação entre a norma e a forma de vida do indivíduo. Considerando que a tipificação não possui correlação apenas na lei, deve-se ter como padrão a vida do homem na comunidade tradicional.

O estudioso Vitorelli (2014), quanto ao dilema integridade cultural *versus* vida destaca, que a Lei n° 6.001/73 (Estatuto do Índio), embora antiquada, pois foi editada durante o Regime Militar no Brasil, já possuía uma visão multicultural. E destaca o escritor que "*a visão pluralista deve ser o prisma pelo qual serão vistas as normas penais, previdenciárias, e de todos os demais ramos do direito, como é bem delineado pela Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas*".

Por sua vez, o artigo 8º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007, disciplina:

> Artigo 8
> 1. **Os povos e as pessoas indígenas têm o direito a não sofrer da assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura**.
> 2. Os Estados estabelecerão mecanismos efetivos para a prevenção e o ressarcimento de:
> a) todo ato que tenha por objeto ou consequência privá-los de sua integridade como povos distintos ou de seus valores culturais, ou sua identidade étnica.

b) Todo o ato que tenha por objeto ou consequência alienar-lhes suas terras ou recursos.
c) Toda forma de transferência forçada da população, que tenha por objetivo ou consequência a violação e o menosprezo de qualquer de seus direitos.
d) toda a forma de assimilação e integração forçada.
e) Toda a forma de propaganda que tenha com finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles. (g.n.).

No caso de crime praticado por índio contra índio, consta do anteprojeto do Código Penal:

Art. 36. Aplicam-se as regras do erro sobre a ilicitude do fato ao índio, quando este o pratica agindo de acordo com os costumes, crenças e tradições de seu povo, conforme laudo de exame antropológico.
§ 1º A pena será reduzida de um sexto a um terço se, em razão dos referidos costumes, crenças e tradições, o indígena tiver dificuldade de compreender ou internalizar o valor do bem jurídico protegido pela norma ou o desvalor de sua conduta.
§ 2º A pena de prisão será cumprida em regime especial de semiliberdade, ou mais favorável, no local de funcionamento do órgão federal de assistência ao índio mais próximo de sua habitação.
§ 3º Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

Quando da exposição de motivos do anteprojeto do Código Penal, elaborado por comissão de juristas, no que se refere ao artigo 36, discorre-se o seguinte:

Cultura indígena e erro de proibição. O trato penal das condutas praticadas por índios não pode ser feito sem considerar que, nos termos da Constituição Federal, "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições...", art. 231. Este reconhecimento deve operar nos diversos momentos relativos a prática de infrações penais, do exame da culpabilidade ao modo e local de cumprimento de penas. O erro de proibição, por si só, já permite mensurar o grau individual de compreensão dos comportamentos penalmente vedados, considerando o ambiente econômico e social do agente. Ele se mostra, portanto, sede favorável para a inserção da questão do índio que tenha praticado fato típico e ilícito. Não é norma de impunidade, mas de individualização da responsabilidade penal. Desponta a utilidade do laudo antropológico, para se verificar em que medida aquela pessoa indígena estava no manejo de identidades e valores culturais que podem ser muito diversos dos seus. O tratamento como caso de erro de proibição permite, se justificável o engano sobre o que se proíbe ou não, isentar de pena. Se o erro não for justificável, será possível, para o índio, obter redução de pena de um sexto a dois terços (mais do que na regra comum, na qual a redução é de um sexto a um terço). Por fim, se mesmo o "homem branco" procura formas alternativas de punir, negar esta possibilidade às comunidades indígenas seria desarrazoado.

O que se quer afirmar é que a responsabilização criminal indígena deve obediência, mormente, à Constituição da República que, em seu âmago reconheceu ser a República Federal do Brasil um Estado Pluriétnico, assim deve-se respeitar as diferenças das diversas etnias presentes em território nacional, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana.

4.6. VISÃO ANTROPOLÓGICA DO INFANTICÍDIO INDÍGENA

O Mestre em Filosofia Gustavo Smizmaul Paulino (2011, p.70-72) discorre que a formação do sujeito depende do ambiente social em que está inserido e das suas relações intersubjetivas. Destaca, ainda, que a cultura é imposta ao nascimento, que configura a sua atmosfera existencial, composta por uma língua e uma individualização, que o torna componente de uma sociedade (ou linhagem cultural), que também é útil para se distinguir das demais sociedades, para as quais será considerado um estranho (um não nativo).

Assim, a mesma língua que o incorpora a uma sociedade, também o diferencia das demais. Conclui, então que o "*ser humano pode ser apreendido enquanto um sujeito constituído normativamente e inscrito culturalmente pela "herança" que recebe e da qual deverá dar conta em sua existência compartilhada em comunidade com outros humanos*".

Continua Gustavo Smizmaul explanando que há uma relação geradora mútua entre cultura e civilização e essa interferência recíproca resulta na constante movimentação da sociedade. Portanto, não se pode estudar a cultura como algo estanque, uma vez que ela é dinâmica.

Todavia, cultura e civilização não podem ser confundidas, pois esta, segundo Márcio Pugliesi (*apud* Gustavo Smizmaul, 2011, p. 75), "*é subsistema da sociedade que alberga, entre outros subsistemas: norma concretizada, eficácia, coação, trabalho material e tecnológico, necessidade, pensamento operacional, utilidade, igrejas, moralidade, ou seja, os aspectos objetuais decorrentes dos projetos da Cultura*".

Maurice Godelier (2001, p.75) reconhece a antropologia como disciplina científica capaz de evitar a manipulação da sociedade por interesses étnicos, nacionalistas ou imperialistas. E ressalta que a Declaração de Direitos Humanos representa uma conquista histórica contra a vassalagem e a servidão, contudo, como qualquer texto abstrato, ela pode ser usada em outro contexto histórico, subvertendo a sua razão de existir. Godelier (2001, p. 82) lembra que a humanidade alcançou o desenvolvimento social por conseguir o reconhecimento das diferenças, de tal sorte que buscar homogeneizar a sociedade, por meio da implementação de um único direito humano mundial, pode colocar em risco o futuro.

Válida a colação do seguinte trecho da explanação:

> A defesa dos padrões "tradicionais" de pensamento e comportamento, ou aqueles considerados assim, só pode ser alcançada, paradoxalmente, por meio da integração das comunidades em estruturas globais – as mesmas que ao mesmo tempo minam sua existência. Isso explica porque muitas das estruturas chamadas arcaicas ou "primitivas" não são mais do que falsas representações embutidas em processos globais nos quais assumem novos significados. Seja como for, somente podemos resistir se abandonarmos alguma coisa de nós mesmos. (Godelier, 2001, p. 82).

Nesse diapasão, Godelier (2001, p. 87-88) afirma que os antropólogos também possuem responsabilidade, por não serem eficientes ao ponto de aclarar à sociedade as diversas formas de violência que não são facilmente reconhecidas, pois dissidentes começam a aparecer a partir do momento que violências sociais começam a ser contidas ou suspensas, em razão de uma maior segurança no Estado protetor.

A partir de tais premissas, certo é que o indígena que nasce inserido numa cultura que pratica o denominado infanticídio indígena entende, via de regra, que aquela conduta social está em conformidade com as regras sociais, e estas, por sua vez, são vistas como absolutas.

De certo, sempre haverá dissidentes, pois nenhuma cultura é hegemônica de forma absoluta, mas, raras vezes, o indivíduo é autossuficiente física e psicologicamente ao ponto de não dar cumprimento ao imposto pela sociedade em que está inserido, com a qual se identifica e na qual se sente acolhido. Até porque, as consequências ao dissidente são severas, como a exclusão do grupo, o que nem sempre é suportado pelo indivíduo, por mais autossuficiente que seja para viver em isolamento.

Assim, não é incomum, que mesmo sob forte sofrimento, o indígena realize certa prática cultural, embora tida, pelos não-indígenas, como contrária aos direitos humanos internacionais, pois, sob a sua ótica de nativo, o sofrimento então suportado, em cumprimento as regras da comunidade, ocorre em prol da coletividade a qual está inserida.

Portanto, faz parte da antropologia alertar à sociedade acerca das peculiaridades no caso do chamado infanticídio indígena, quando a mãe ou outro parente comete o ato cultural, imbuído da ideia de que a manutenção da criança viva trará um mal maior à comunidade indígena.

Some-se, ainda, que para as comunidades adeptas da prática cultura consideram que a criança amaldiçoada não é humana, portanto, sempre viverá à margem da comunidade e seus familiares serão assolados pela vergonha, isto é, constrangimento público por ter infringido uma dinâmica social.

A normatização nacional e internacional que trata de direito indígenas evoluiu, imensamente, no decorrer dos anos. Contudo, a redação original do projeto de lei, que buscava a criminalização do chamado infanticídio indígena, caracterizava retrocesso desses direitos e principalmente aos índios como sujeito de direitos, detentores de cultura própria que se encerra em si mesma.

A nova redação do Projeto de Lei n° 1.057/2007, ainda, padece de certa violência no portar com as comunidades adeptas da prática cultural considerada 'nociva", mas é de observar que o Parlamento cedeu parcialmente e reconheceu a ineficiência da medida de criminalização daquele, que tendo o conhecimento mesmo que do possível risco de infanticídio, não o notifica as autoridades competentes.

Ademais, como bem destacado no decorrer da audiência pública já citada, trata-se de tema polêmico e sensível, sendo imprescindível mais pesquisas e estudos, pois as informações que embasaram o teor originário do Projeto de Lei n° 1.057/2007, não possuíam dados empíricos oficiais, apenas informações prestadas pela organização missionária JOCUM e pela organização não governamental ATINI.

Nesse prisma, destaque-se:

> A importância das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser substituída por informações sobre instituições que existem e pelas regras que operam. Instituições e regras são, naturalmente, muito importantes para influenciar o que acontece, além de serem parte integrante do mundo real, mas as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem – ou não – viver. (SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo:Companhia das Letras, 2011, p. 48).

> [...] se estamos tentando lutar contra as injustiças do mundo em que vivemos, com uma combinação de lacunas institucionais e inadequações de comportamento, também temos de pensar como as instituições devem ser criadas aqui e agora, para promover a justiça reforçando as liberdades negativas e substantivas, bem como o bem-estar das pessoas que vivem hoje e que amanhã terão partido. E é exatamente nesse ponto que uma leitura realista das normas comportamentais e regularidades se torna importante para a escolha das instituições e a busca da justiça. Exigir do comportamento hoje mais do que supostamente será cumprido não seria uma boa maneira de fazer avançar a causa da justiça. Essa percepção básica deve ter um papel em nossa maneira de pensar sobre a justiça e a injustiça nos dias de hoje. (SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.111).

Assim, antes de se pensar em punir os indivíduos que transgridam uma norma imposta pela sociedade nacional, torna-se imperioso que se observe quem é o sujeito transgressor, que muito além de ser um sujeito com deveres, é um sujeito de direitos, merecedor de respeito.

Além disso, antes mesmo de ser criar uma norma incriminadora, o legislador necessita possuir conhecimento do contexto daquela conduta tida como prejudicial à sociedade, para que a norma a ser criada além de rigorosa, seja na exata medida para cumprir o fim a que se destina, isto é, seja efetiva e eficiente.

5. CONCLUSÃO

De certo, não se pode conceber como juridicamente aceitável a prática cultural que não assegure os direitos básicos dos seres humanos, ainda mais no caso do infanticídio indígena que não possui como vítima apenas as crianças indígenas e seus familiares mais próximos, mas uma possível perda cultural, em razão da eventual diminuição da população indígena.

Destaque-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal emitido na Pet n° 3.388/RR, DJe de 25/9/2009, rel. Min. Carlos Ayres Britto que, na oportunidade, afirmou que o *status* de terras indígenas não pode significar a exclusão da presença e da ação do poder público na área, defendendo-se aí o efeito integrador político e favorecedor da unidade nacional, ou seja, o isolamento dos grupos indígenas não os põem à margem da proteção do Poder Público.

Entretanto, princípios constitucionais devem ser observados, como o da Adequação, intrínseco ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, segundo Renato Brasileiro (2014, p. 93), "*por força da adequação a medida restritiva será considerada adequada quando for apta a atingir o fim proposto. Não se deve permitir, portanto, o ataque a um direito fundamental se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado pretendido".*

Dessa forma, o eventual enfrentamento às práticas culturais não pode ocorrer em detrimento de fatores psicossociais e culturais, pois apenas garantir a sobrevivência das crianças rejeitadas pelo seio social da comunidade indígena, por serem consideradas amaldiçoadas, por si, não caracteriza atendimento aos direitos humanos.

Ademais, permitir que o Estado edite normas com resquícios do ideário de cultura dominante e dominada, em que a minoria deve observância à cultura da maioria, pode abrir caminho ao Estado de Exceção, inflando a discriminação da sociedade para com os indígenas.

O doutrinador Walber de Moura Agra (2014, p. 210) discorre sobre a universalidade dos direitos humanos da seguinte forma:

> Os direitos humanos têm como destinatários todos os seres humanos pelo fato de serem considerados imprescindíveis para o convívio harmônico da sociedade. Apesar de serem direitos que pertencem a todos os indivíduos, pode-se visualizar algumas especificidades, como os direitos dos trabalhadores que só pertencem a grupos profissionais individualizados e os direitos indígenas que abrangem apenas os habitantes autóctones brasileiros.
> Deve ser lembrado que, para entender o caráter universal dos direitos humanos, é necessário levar em consideração as particularidades de cada comunidade e o momento histórico em que ela se encontra inserida. Como essas prerrogativas assumem significados diferentes dependendo do contexto sócio-político-econômico em que se encontram inseridas, não há a hipótese de serem forma, não obstante possuírem um mesmo conteúdo. Portanto, não é errôneo afirmar que, apesar de serem universais, os direitos humanos não são uniformes.

A redação do Projeto de Lei n°1.057/2007 aprovada pela Câmara dos Deputados, embora atenda muito mais aos anseios das crianças indígenas vítimas de violência, maus-tratos e, principalmente, infanticídio indígena, se comparada com a originalmente proposta, não é a solução para os problemas indígenas apontados no presente estudo.

De fato, caso o Projeto de Lei n° 1.057/07 seja aprovado nos termos encaminhados ao Senado Federal, há de se reconhecer que se trata de uma norma de política pública, que visa evitar a prática cultural ofensiva aos direitos das crianças indígenas.

Contudo, não se pode escusar que o Estado pouco tem ofertado de estrutura à FUNAI, FUNASA, entre outras instituições de assistência indígena, razão pela qual a simples edição de norma, com caráter claramente programático, não produzirá efeitos palpáveis, assim apenas confirmando a ineficiência estatal.

Dessa forma, fica inconteste que as críticas à alegada impunidade indígena permearão por longo tempo no ambiente acadêmico e nas ruas do país, sempre ressurgindo acerca da (im)prescindibilidade de norma criminalizadora para diminuir ou mesmo abolir as chamadas práticas culturais nocivas aos direitos humanos.

Conforme o demonstrado no presente estudo, o indígena pode ser sujeito ativo de crimes, todavia, assim como qualquer pessoa física não-indígena, que pode ser autora de prática tipificada penalmente, há de se analisar a potencial consciência do ilícito cometido, a fim de se apurar se a sansão penal é, de fato, uma medida a ser imposta ao indivíduo ou não.

Dessa forma, plenamente possível que um indivíduo, que se reconheça como índio e esteja inserido na vida política com os nacionais, isto é, atuando ativamente como sujeito de direitos e obrigações entre os não indígenas, não se furtará de responder criminalmente, sob a alegação de realiza uma prática cultural, caso esta seja atentatória a bens jurídicos tutelados penalmente, por ser inconteste a consciência da ilicitude do seu ato, portanto, não havendo que se falar na incidência de erro culturalmente condicionado ou erro sobre o objeto.

6. REFERENCIAL

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 1.057/2007**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=459157&filename=PL+1057/2007>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acessado em 19 de junho de 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acessado em 19 de junho de 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acessado em 19 de junho de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acessado em 19 de junho de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em 19 de junho de 2016.

_____. **Código Penal** de 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em 19 de junho de 2016.

_____. **Declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas, de 13 de setembro de 2007**. Disponível em <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf> Acesso em 30 de março de 2016.

_____. **Decreto n° 5.051, de 19 de abril de 2004**. Diário Oficial da União. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acessado em 10 de abril de 2016.

_____. **Emenda Constitucional n°1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acessado em 19 de junho de 2016.

_____. IBGE. **Censo demográfico 2010.** Disponível em <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf>. Acessado em 21 de julho de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388/RR**. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acessado em 3 de agosto de 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.** 2ª Edição; Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 10ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros.

BOLÍVIA. **Constitucion Politica Del Estado.** Disponível em <http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acessado em 17 de novembro de 2016.

CASTILHO, Ela Volkmer de, COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado n° 156, de 2009, que institui o novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígena ou por indígenas. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 46, n° 183 julho/set. 2009. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194931/000871242.pdf?sequence=3>, acessado em 4 de junho 2016.

CORDEIRO, Enio. **Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas.** Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandres Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

GODELIER, Maurice. O ocidente é o espelho ou a miragem da evolução da humanidade? **As dimensões culturais da transformação global: uma abordagem antropológica.** Brasília: UNESCO, 2001.

HOLANDA, Mariana Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena.** Tese de mestrado. Universidade de Brasília – UNB. 2008. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5515/1/2008_MariannaAssuncaoFigueiredoHolanda.pdf>, acessado em 9 de março de 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral.** 35 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal. Volume único.** Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano.** Tradução: Anoar Aiex. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: o ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.** Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes 1994.

LUCA, Lucyana Marina Pepe Affonso de. Apontamentos sobre direito penal e processual penal em face de indígena. **Temas aprofundados do Ministério Público Federal.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 217-248.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Volume 2.** 8ª Edição. Rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Código Penal Comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria**. 14 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, formar ou poder de um estado eclesiástico civil.** Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria; SANTOS, Ricardo Ventura. **Demografia dos povos indígenas no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Fio Cruz e Associação Brasileira de Estudos Populacionais/Abep, 2005.

PAULINO, Gustavo Smizmaul. **Antropologia jurídica.** 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. **O estado pluriétnico**. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf>. Acessado em 25 de agosto de 2016.

_____. **O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade**. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/o_direito_sob_o_marco_da_plurietnicidade_multiculturalidade.pdf>. Acessado em 2 de novembro de 2016.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. **Direitos humanos e multiculturalismo: o debate sobre infanticídio indígena no Brasil.** Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/138/131>. Acessado em 7 de abril de 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social.** Tradução: Antônio de Pádua Danesi. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal**, **parte geral.** 2º Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Maré. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coordenação de Canotilho, J.J. Gomes; Sarlet, Ingo Walfgang; Streck, Lenio Luiz; Mendes, Gilmar Ferreira. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. Índios: a culpabilidade e o erro culturalmente condicionado. **Temas aprofundados do Ministério Público Federal.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 189-215.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do índio – Lei 6.001/1973.** 2ª Edição. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro. Volume 1: parte geral.** 6ªEd. São Paulo: RT, 2006.

PERFIL PSICOSSOCIAL DAS MULHERES ENCARCERADAS NA PENITENCIÁRIA ESTADUAL FEMININA DE PORTO VELHO

Clayre Aparecida Teles Elller[1]
Orientador: Doutor Sérgio William Domingues Teixeira

RESUMO: O presente trabalho objetiva demonstrar quem é a mulher delinquente a partir da análise de seu perfil psicossocial, da sua forma de atuação durante a prática delituosa, bem como a partir dos crimes mais comumente praticados por essa mulher, e se há um perfil de suas vítimas. Buscou-se compreender os motivos que a impulsionam à prática da conduta ilícita; sua percepção quanto ao delito praticado, a pena imposta e o tratamento penitenciário recebido. A pesquisa justifica-se pela relevância de se conhecer as especificidades no que diz respeito à mulher que pratica crimes, tendo em vista a crescente criminalidade feminina. Baseou-se na ciência da criminologia, ramo do saber que se ocupa do estudo do delinquente, do delito, da vítima e da reação social. O método que direcionou o trabalho consistiu em duas etapas distintas: a primeira no levantamento teórico acerca da criminalidade, com ênfase na criminalidade feminina. A segunda etapa consistiu na aplicação de questionário às mulheres aprisionadas na Penitenciária Estadual Feminina de Porto Velho, com posterior análise dos resultados obtidos, à luz do aporte teórico desenvolvido. Este estudo leva à conclusão de que a mulher contemporânea assumiu uma postura mais ativa diante da ordem social e econômica, e, portanto, é crível que nos dias atuais se envolva muito mais em condutas ilícitas do que em tempos mais remotos.

PALAVRAS CHAVE: Criminalidade feminina. Mulher delinquente. Criminologia.

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate who the woman offender from the analysis of their psychosocial profile, their way of acting during the criminal act as well as from the most common crimes committed by this woman, and if there is a profile of their victims . We sought to understand the motives that drive the practice of illegal conduct, his perception of the offense committed, the penalty and prison treatment received. The research is justified by the importance of knowing the specifics regarding the woman who practices crimes, with a view to increasing female criminality. Was based on the science of

1 Bacharel em Psicologia pela Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Bacharel em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia - FARO, MBA Profissional em Gestão Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, Pós-Graduada em Metodologia do Ensino Superior pela Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Pós-Graduada em Direito na Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON, MBA em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (em curso), Atualmente é Assessora do Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia.

criminology, branch of knowledge that deals with the study of the offender, the offense, the victim and the social reaction. The method that directed the work consisted of two stages: the first in theoretical research about the crime, with an emphasis on female criminality. The second step consisted of a questionnaire to women imprisoned in the State Penitentiary Women's Old Port, with subsequent analysis of the results in light of the theoretical framework developed. This study leads to the conclusion that contemporary women took a more active stance in the face of social and economic order, and therefore is credible that nowadays engage in illegal conduct much more than in earlier times.

KEYWORDS: Female Criminality. Female offenders. Criminology.

1 INTRODUÇÃO

Quem é o criminoso? Qual é a sua motivação para a prática de crimes? O que o difere daqueles que se afastam da prática de condutas ilícitas?

Buscando responder a essas e a outras indagações, pesquisadores de diferentes áreas do saber se debruçaram nos estudos acerca do homem criminoso, de seus comportamentos e pensamentos, de sua constituição física e psíquica, enfim, de sua identidade.

Pensar que pessoas nas mesmas condições socioeconômicas e de saúde optam por conduzir-se sem experimentar a prática de condutas ilícitas, enquanto outras sucumbem e, reiteradamente ou não, adentram por caminhos contrários à lei, suscitam questionamentos que a ciência ainda não equalizou de forma taxativa.

No entanto, várias teorias já foram levantadas com o objetivo de justificar o comportamento criminoso, abordando estudos sistemáticos sobre o delito, o delinquente, a vítima e, por fim, sobre o controle social.

Compreender o crime na atualidade é um exercício de olhar atentamente o presente, sem, todavia, ignorar a relevância assumida pelas conjecturas e estudos do passado.

Houve um tempo, por exemplo, que não se questionava a razão pela qual o indivíduo praticava crimes. Pensava-se tratar-se de uma característica nata, ou seja, determinadas pessoas nasciam com uma propensão a impulsos destrutivos e antissociais. Sustentava-se também que aqueles predispostos à prática de crimes, assim agiam porque eram impelidos por deuses malévolos ou por seres malignos.

Noutro momento histórico, afastando-se das teses empíricas, CESARE BECCARIA (1738-1794) compilou, em sua famosa obra *Dos Delitos e das Penas*, premissas básicas acerca da etiologia do binômio crime e castigo. Estabelecia que a punição era necessária como fator de prevenção ao cometimento de futuros delitos, como forma de defender a sociedade. Foi reconhecidamente quem primeiro abordou a tese da característica utilitarista da pena.

Avançando, os estudos voltaram-se à análise das características físicas do homem, e nesse passo, assumiu especial relevo os estudos desenvolvidos por CESARE LOMBROSO (1836-1909).

O intuito de LOMBROSO era descobrir a relação entre a prática do crime e os aspectos físicos dos seus criminosos e, nesse passo, estudava atenta e minuciosamente crânios, buscando encontrar nas características anatômicas o perfil daquele que se dedicava à prática de crimes.

Tornou-se famoso pelos escritos deixados, fruto de longo período de pesquisa, sobretudo na obra *L'uomo Delinquente*, publicado em 1876.

Os estudos se seguiam e os campos dos diversos ramos das ciências, buscavam, segundo enfoque peculiar, explicar a criminalidade. Nesse cenário, citam-se os estudos da psicologia que, a despeito de suas várias correntes, também buscavam desvendar a motivação para o cometimento de crimes e estabelecer as características psicológicas e emocionais que permeariam sua prática.

No campo das ciências sociais a indagação girava em torno de saber se as manifestações e hábitos sociais de uma comunidade poderiam justificar a prática de determinados crimes.

Tem-se, portanto, uma diversidade de estudos de diferentes áreas do conhecimento na tentativa de compreender o comportamento humano no que diz respeito à prática de crimes, bem como na de encontrar uma forma de penalizar aquele que age contrariamente às regras sociais e jurídicas.

Nesse cenário, qual a relevância de voltar a atenção para a prática de crimes perpetrada por mulheres?

Culturalmente concebe-se que a prática delituosa, invariavelmente, está associada à figura masculina em detrimento da figura feminina. Entretanto, as estatísticas demonstram que o número de mulheres ingressado nesse universo tem aumentado gradativamente.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) divulgou recente pesquisa realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional e pelos órgãos

integrantes do Grupo de Trabalho Ministerial do Ministério da Justiça e Unidades da Federação, dando conta de que existem atualmente 34.582 mulheres presas e egressas no Brasil, representando 7% da população penitenciária brasileira (INFOPEN, 2012).

A mesma pesquisa revela que no último triênio a população carcerária feminina na Região Norte apresentou um crescimento de 27%, índice superado apenas pelas Regiões Sul e Nordeste que atingiram um aumento na ordem de 28%.

O aumento da criminalidade feminina suscita algumas questões que se pretendeu enfrentar ao longo da pesquisa realizada, quais sejam:

Qual o perfil da mulher que pratica crimes?

O que a tem motivado a praticar crimes?

Qual sua percepção em relação ao ilícito praticado, à pena imposta e às consequências da conduta ilícita?

Quais os crimes praticados e o *modus operandi*?

Qual o tratamento jurídico positivado no que diz respeito à aplicação de sanção penal para a prática de crimes por mulheres e como tem sido o tratamento efetivamente conferido?

Foi pensando nessas e noutras questões afetas à mulher como sujeito ativo na prática de crimes, que se desenvolveu o presente trabalho.

Estudos estatísticos acerca dos delitos praticados e dos fenômenos que se sucedem revelam-se importantes na medida em que torna possível a obtenção de um panorama da situação criminal no país, a identificação de possíveis cenários que justifiquem ou não o crescimento de determinados tipos de delitos, o estabelecimento de políticas públicas carcerárias e de metas de redução da criminalidade, a elaboração de novos diplomas legislativos que visem a coibir a prática de crimes e a revogação daqueles que já se mostram desnecessários.

Entretanto, pensa-se que de muita valia são os dados qualitativos acerca da delinquência, pois permitem compreender os motivos que impulsionam determinada pessoa à prática de crime e, nesse contexto, oferecer-lhe o tratamento para que cesse o motivo seria, quiçá, o caminho mais adequado.

Semelhantemente a um médico que, ao deparar-se com um paciente queixando-se de dor de cabeça, receita-lhe algum analgésico para que aquele incômodo deixe de atormentá-lo. Um tratamento dissociado do motivo, da razão de ser daquela dor, provavelmente fará com que o paciente reincida naquela queixa, podendo ter o seu quadro clínico agravado, inclusive.

Na obra Criminologia e Política Criminal, Mestieri[2] (1972 apud ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010, p. 402), defende a tese de que o estudo da criminologia deve seguir novos rumos, pautados por pesquisas empíricas que revelem ou busquem revelar os tipos de motivação, as atitudes e percepções dos delinquentes sobre o crime, a administração da Justiça e o meio social.

> [...] João Mestieri defende como atividades importantes de uma ciência criminologica moderna a elaboração de projetos de pesquisa, de natureza empírica, para perquirir os diversos tipos de motivação e a maneira pela qual se expressam em comportamento social. Sustenta, ainda, a necessidade de um programa de pesquisa visando o conhecimento das atitudes e percepções dos delinquentes e dos vários grupos sociais sobre o crime, a administração da Justiça, e o meio circundante social (MESTIERI, 1972 apud ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010, p. 402).

Compreender os motivos desencadeadores do crime, em especial os praticados por mulheres, seria um fator importante, pois possibilitaria conferir-lhes um tratamento adequado, visando, em última análise, a reintegração dessas mulheres no convívio social.

Numa outra extremidade, a pesquisa revela-se importante no que diz respeito à previsão legal constitucional, infraconstitucional e leis extravagantes acerca dos direitos e do tratamento jurídico, especialmente os conferidos à mulher que pratica crimes e que se encontra sob a tutela do Estado.

Sabe-se que especialmente após a Constituição Federal de 1988 a dignidade da pessoa humana firmou-se como um dos fundamentos que dá sustentação ao ordenamento jurídico vigente, assim como serve de orientação para o tratamento jurisdicional conferido àquela que pratica ato ilícito - tanto na fase de aplicação da sanção penal quanto no acompanhamento do seu cumprimento.

É igualmente reconhecido que passamos da fase de afirmação dos direitos para a fase de efetivação desses direitos.

Nesse sentido, o esforço no universo jurídico tem sido na direção de fazer valer os direitos constitucionalmente consagrados, assim como também em relação àqueles constantes de leis e tratados a que a República Federativa do Brasil se comprometeu a cumprir.

Visando a buscar uma compreensão dialética entre os aspectos conceituais e teóricos que circundam o tema criminologia, e a prática efetivamente vivenciada por mulheres que cometeram ato ilícito e encontram-se aprisionadas, procedeu-se a uma pesquisa bibliográfica e outra de campo, cujo objetivo foi estudar a criminalidade feminina, em especial o perfil psicossocial das mulheres encarceradas na Penitenciária Estadual

2 MESTIERI, João. Os rumos da Criminologia. In: Revista de Direito Penal (6), Rio de Janeiro: Editor Borsoi, p. 92-93, abril-jun. 1972.

Feminina de Porto Velho, com ênfase na análise da motivação para a prática delituosa e percepção dessas mulheres acerca do delito praticado e da pena imposta.

O presente trabalho é, pois, o resultado da pesquisa bibliográfica e de campo e será apresentado em cinco seções distintas: a primeira consiste na introdução. A segunda resulta numa abordagem conceitual, apresentando o tema Criminologia e os seus elementos: o *delinquente* sob a ótica antropológica, social, jurídica e psicológica; o *delito*, momento em que se discute se os crimes praticados por mulheres diferenciam-se daqueles perpetrados por homens; a *vítima* e o *controle social*, destacando-se neste último caso, a análise da pena privativa de liberdade à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o tratamento jurídico conferido à mulher delituosa. A terceira seção traz os aspectos metodológicos e o registro das informações referentes à pesquisa empírica realizada na Penitenciária Estadual Feminina de Porto Velho no ano de 2013. A quarta apresenta quantitativa e qualitativamente os resultados obtidos. E, finalmente, a quinta seção traz as considerações e as conclusões deste estudo.

2 ENQUADRAMENTO TEÓRICO

1.1 Criminologia

Indagações sobre a existência do homem e de toda complexidade que diz respeito ao seu desenvolvimento, aprendizagem, comportamento, ações e reações diante das vicissitudes da vida, acompanham a humanidade.

Entender o que o impulsiona a decidir entre isto ou aquilo, entre o bem e o mal, entre o ser e o ter, entre praticar crimes ou dele se afastar não é uma tarefa linear.

A Bíblia[3] relata o primeiro homicídio na era Judaico-cristã. Caim tomado por um sentimento de competição e ciúme, de forma premeditada, matou seu irmão Abel. Pode-se conjeturar que a disputa pelo amor e aprovação de Deus teria impulsionado Caim a praticar tal desatino, da mesma forma que seria possível pensar que a prática de crimes é um fator social, já que o homem é um ser gregário e que as disputas, os conflitos de interesses e a imposição do mais forte sobre o mais fraco é inerente à condição humana.

O interesse e discussão acerca do crime e do criminoso, para fins de compreensão e prevenção – o que depois foi intitulado como a criminologia – é delimitado por duas fases distintas, quais sejam: uma fase pré-científica marcada pelos estudos dos filósofos, teólogos,

3 Trecho retirado de Genesis (4. 3-9):
Aconteceu que no fim de uns tempos trouxe Caim do fruto da terra uma oferta ao Senhor.
Abel, por sua vez, trouxe das primícias do seu rebanho e da gordura deste. Agradou-se o Senhor de Abel

médicos e psiquiatras; e uma fase científica caracterizada por um rigor metodológico e por postulados das Escolas Clássica, Positiva e de Política Criminal, apenas para citar aquelas de maior destaque.

A Escola Clássica, influenciada pelas ideias do iluminismo, do jusnaturalismo e do contraturalismo de Rousseau, considerava o crime como um ente jurídico; levava em consideração o homem como um ser responsável moralmente pelo delito que praticava. Teve como um de seus principais expoentes Cesare Beccaria, que influenciado pelas ideias do Iluminismo escreveu a clássica obra *Dos Delitos e das Penas* (BECCARIA, 1764 apud PENTEADO FILHO, 2013).

A Escola Positiva (início do século XIX na Europa) sintetiza três fases distintas: antropológica (Lombroso), sociológica (Enrico Ferri) e jurídica (Garofalo). Influenciada por fatores biológicos, físicos e sociais, a Escola Positiva considerava o delito como um fenômeno natural e social; pronunciava que responsabilidade social decorre do determinismo social e que a pena é um instrumento de defesa e de prevenção, também, de natureza social. Quanto aos objetos de estudo são o crime, o criminoso, a pena e o processo (PENTEADO FILHO, 2013).

Já a Escola Sociológica Alemã postula: a distinção entre os crimes imputáveis e os inimputáveis; sobre o crime como fenômeno humano-social e como fator jurídico; e sobre a função finalística da pena e a eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração. Seus expoentes são: Franz Von Lizst; Adolphe Prins; e Von Hammel (PENTEADO FILHO, 2013).

A literatura sinaliza que não há consenso entre os estudiosos acerca do marco inaugural da Criminologia como ciência, nem tão pouco quanto ao seu conceito. Nos dizeres de Zaffaroni e Oliveira (2010, p. 398), *"O conceito de criminologia estaria diretamente influenciado e relacionado ao campo do saber específico daquele que se propunha a defini-la".*

Zaffaroni e Oliveira (2010) mencionam na obra *Criminologia e Política Criminal,* alguns estudiosos que consideram a produção denominada *Criminologia*, de Rafaelle Garofalo, editada em 1885, como o ponto referencial da cientificidade dessa área do saber. Porém, há quem sustente que Cesare Lombroso teria sido seu precursor quando publicou

---

e de sua oferta; ao passo que de Caim e de sua oferta não se agradou. Irou-se, pois, sobremaneira Caim, e descaiu-lhe o semblante.
Então, lhe disse o Senhor: Por que andas irado, e por que descaiu o teu semblante? Se procederes bem, não é certo que serás aceito? Se, todavia, procederes mal, eis que o pecado jaz à porta; o seu desejo será contra ti, mas a ti cumpre domina-lo.
O primeiro homicídio.
Disse Caim a Abel, seu irmão: Vamos ao campo. Estando eles no campo, sucedeu que levantou Caim contra Abel, seu irmão, e o matou.
Disse o Senhor a Caim: Onde está Abel, seu irmão? Eu não sei; acaso sou eu tutor de meu irmão?

estudos sobre o criminoso congênito (*L'uomo Delinquente,* 1976). Lembram, entretanto, que antes do século XIX, já haviam sido realizados trabalhos de cunho científico acerca do crime e do criminoso e enumeram as obras *Utopia*, de Thomas Morus (1516) e *Do Delito e das Penas*, de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (1764). Esses teóricos arrematam a controvérsia considerando que foi o autor Rafaelle Garofalo quem primeiro definiu, sob o aspecto criminológico, o delito (1997, apud ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010).

Alves (1986) aponta, entretanto, o antropólogo francês Topinard como precursor da ciência da criminologia, posto que, em 1879 utilizou o termo pela primeira vez em seus estudos.

Etimologicamente, criminologia vem do latim *crimino* (crime) e do grego *logos* (estudo, tratado), significando o "estudo do crime" (PENTEADO FILHO, 2012, p 21).

Contemporaneamente o conceito apresenta maior elasticidade e pode ser assim compreendido:

> Ciência empírica, explicativa e multidisciplinar, que se ocupa do **estudo do delito**, do **delinquente**, da **vítima** e do **controle social**, através da elaboração de um modelo estratégico, avaliando o grau de intolerabilidade e controle do conflito, surgindo uma relação de necessidade integrada de políticas, ações e técnicas de prevenção e intervenção, contribuindo para garantir a segurança e a paz social (COSTA, 2012, p. 1, grifos nossos).

Estudar o fenômeno da criminalidade feminina relacionando-o aos seus aspectos motivacionais e consequenciais tem como eixo central a compreensão acerca do crime, dos sujeitos ativo e passivo, da conduta criminosa e das consequências sociais formalmente impostas, qual sejam, a sanções.

Essa compreensão somente é possível através de uma análise histórica e conceitual extraída da criminologia.

1.2 Do delinquente

1.2.1 Quem é o homem delinquente?

Definir quem era ou quem é o delinquente tem sido uma tarefa dos diferentes ramos do saber. Ocupando-se dos registros da literatura[4] é possível distinguir que tal definição está diretamente relacionada com o enfoque dado por seu investigador em determinada época histórica.

4 Na obra Raízes da Sociedade Criminógena, por exemplo, Costa (2010) estabelece as etapas evolutivas

Assim é que na antiguidade não se cogitava compreender o delinquente a partir do estudo das possíveis causas endógenas ou exógenas para a prática do crime, isto porque, concebia-se o homem criminoso como aquele ser que já nascia propenso à prática de crime ou aquele que possuído por seres malignos era impelido à delinquência.

1.2.1.1 O homem delinquente sob o ponto de vista antropológico

Por volta do século XVI o estudo da fisionomia humana assumiu destaque na busca de informações que justificasse a prática delituosa, e nesse sentido, concluiu-se que a propensão para o crime estava diretamente relacionada à determinada compleição física (INNES, 2004).

O século XVIII é um marco na tentativa de se identificar o homem delinquente. E isso se deve ao fato de que nessa época um jovem médico, observando o crânio de um famoso delinquente,[5] foi tomado pela ideia de que a delinquência se justificava por deformidades cranianas natas.

Partindo dessa premissa, Cesare Lombroso (1876) seguiu no estudo das características físicas e na análise dos crânios dos delinquentes, tomando como referencial comparativo as pessoas não delinquentes.

Concluiu[6] que a delinquência seria resultado de uma tendência nata e não negou a influência de fatores externos ou exógeno na prática delitiva, mas entendia que tais fatores serviriam tão somente como desencadeadores de uma predisposição inerente a certas pessoas.

---

do saber criminológico destacando sua evolução a partir do pensamento filosófico, psicológico, cultural e social.

Já Zaffaroni (2010) por seu turno, destaca que os estudos acerca do delinquente passaram por um período de forte influência da ideologia médica e chama a atenção para os equívocos que foram cometidos em nome da cientificidade das conclusões advindas. Aponta os efeitos deletérios decorrentes da categorização do delinquente – realizada pela psiquiatria – tomando-se como base suas características físicas.

Vale citar um trecho extraído da obra de Cesare Lombroso e utilizado pelo autor Zaffaroni (2010, p. 42 ss) para ilustrar o que foi afirmado: 'Em general, La miyoria entre lós delinquentes natos tienen orejas em asa, cabellos abundantes, escasa barba, senos frontales marcados, mandíbulas enormes, mentón cuadrado y emergentes, gesticulación frecuente, em síntese, tipo semelhante AL negroide y algumas veces al mongoloide' (CESARE LOMBROSO, L'uomo delinquente, Torino, 1884, p.248). Lembra ainda a fase em que a psiquiatria, imbuída no estudo do delinquente, considerava possível modificar o comportamento das pessoas através de intervenções cirúrgicas denominadas de lobotomia.

5 Trata-se do crânio de Vilella, criminoso condenado três vezes por furtos e incêndios (COSTA, 2010, p. 8).

6 Inicialmente Cesare Lombroso trabalhava no setor de doentes mentais no Hospital de Pavia (Itália), época em que se interessou em estabelecer um critério que diferenciasse o doente mental do delinquente. Seus estudos permitiram-lhe esboçar algumas premissas: a) o criminoso, propriamente dito, é nato; b) é idêntico ao louco moral; c) apresenta base epiléptica e d) é constituído por um conjunto de anomalias, tipo especial (COSTA, 2010, p. 8).

O delinquente nato[7] – segundo as teorias de Lombroso – possuía características físicas definidas e perceptíveis[8] e, segundo suas conclusões, para cada tipo de delinquente[9] era possível antever o tipo de crime que estaria predisposto a cometer.

Os resultados de suas pesquisas e de suas formulações acerca do homem delinquente sempre suscitaram posicionamentos favoráveis e desfavoráveis, entretanto, não importa, nessa passagem, efetuar qualquer juízo valorativo quanto às suas conclusões, mas saber que foi um marco no estudo da criminologia e que, a partir, tanto dos aspectos positivos quanto dos negativos de sua teoria, novas teses foram articuladas.

1.2.1.2 O homem delinquente sob o ponto de vista social

A começar da abordagem antropológica e biológica sustentada por Cesare Lombroso (1876), um médico italiano propôs um novo elemento capaz de iluminar os estudos até então desenvolvidos. Trata-se da análise do homem delinquente sob uma perspectiva sociológica.

Nesse cenário, busca-se a doutrina de Enrico Ferri e a sociologia criminal. Seus estudos partem de duas premissas, a saber: 1) o homem que convive no meio social deve adequar-se às regras socialmente impostas (esse seria o homem normal), do contrário, insurge-se de qualquer modo ou por qualquer causa (condições biopsíquica, doença ou anormalidade), praticando ação delituosa, sendo considerado, dessa forma, um ser anormal; 2) o homem só delinque porque vive em sociedade e estabelece relações materiais, jurídicas e morais com outros homens (FERRI, 2009).

---

7 Diz-se delinquente nato porque o próprio Lombroso o diferenciava do falso delinquente ou pseudodelinquente ou delinquente ocasional e do criminalóide referindo-se ao fronteiriço ou 'meio louco' (FERNANDES; FERNANDES, 2012, p. 79).

8 Definia-o como uma espécie de ser atávico, degenerado, marcado por uma série de estigmas corporais perfeitamente identificáveis anatomicamente, como anomalias de crânio ("enorme fossa occipital e uma hipertrofia do lóbulo, análoga a encontrada nos vertebrados inferiores *sic*), fronte esquiva e baixa, grande desenvolvimento dos arcos supraciliais, assimetria craniana, fusão dos ossos atlas e occipital, orelhas em forma de asa, maçãs do rosto proeminentes, braçada superior a estatura etc" (CONDE; HASSEMER, 2011, p. 24-25).

9 Sobre o assunto o autor Brian Innes (2004, p. 12) cita o livro Antropologia do Crime (1895) no qual o autor – Cesare Lombroso – divulga resultado de estudos efetuados em 6034 criminosos e conclui ser possível distinguir delinquentes de acordo com suas características físicas e relacioná-los à pratica de determinados tipos de crimes específicos. Eis uma passagem extraída do livro de Lombroso e destacada pelo autor Brian:
Nos assassinos, encontramos maxilares proeminentes, maçãs do rosto bem separadas, cabelo espesso e preto, barba cerrada e uma pele pálida. Os assaltantes têm branquicefalia (rosto arredondado) e mãos compridas; raramente tem testas estreitas. Os violadores têm mãos pequenas e testas curtas. Há uma predominância de cabelo claro com anormalidades nos órgãos genitais e no nariz. Os assaltantes de estrada, tal como nos ladrões, verificam-se anormalidades nas medidas do crânio, assim como cabelo espesso; as barbas ralas são raras. Os incendiários têm extremidades compridas, uma cabeça pequena e um peso menor do que o normal [...]'.

Ao escrever especificamente sobre o criminoso, (Ferri, 2009) levanta três questões que merecem menção quais sejam: quem é o criminoso?; Quem pode ser criminoso?; E como se pode ser criminoso?

A distinção entre uma e outra situação é expressa pelo autor nas seguintes palavras:

> Criminosos é quem comete um crime ou delito [...]
> Sob o ponto de vista naturalístico (ou social) devemos, portanto, dizer, que pode ser delinquente somente quem é um anormal.
> Sob o ponto de vista jurídico (abstrato) e legal (concreto), o homem somente pode ser delinquente até que e porque vive em sociedade, isto é, tendo, para viver, relações materiais, morais, jurídicas com os outros homens (FERRI, 2009, p. 183).

O autor define delito distinguindo-o quanto ao significado ético-social e quanto ao significado jurídico. No primeiro sentido, "indica uma ação imoral, isto é, contrária às condições de existência social, pelo costume, honestidade, dignidade humana"; enquanto no segundo sentido, "indica uma ação que quase sempre é imoral, mas que, de toda a maneira, é proibida pela lei penal como contrária às condições de existência social, pela disciplina e segurança" (FERRI, 2009, p. 183).

Nos estudos de Enrico Ferri (2009, p. 184) a percepção do delinquente perpassa pela concepção de homem enquanto ser social que influencia e é influenciado pelas relações e percepções que estabelece e apreende. Acredita-se ser essa a essência de seu pensamento:

> Finalmente, quem comete o crime pode agir nas mais diversas condições pessoais, familiares, e sociais, além das condições de idade, enfermidade mental, embriaguês, surdo-mudo, ímpeto de cólera ou de dor, recidiva, taxativamente referidas na lei vigente e na doutrina clássica. Quer dizer: um estado de ânimo exaltado, ou alterado, ou 'a sangue frio'; de improviso, ou deliberadamente, ou sem premeditação, ou com premeditação e preparação de crime, mesmo que não seja o homicídio (art. 366, nº 2 do Código Penal); em seguida a desventuras pessoais ou familiares, ou por espontaneidade de maligno entendimento, ou de ferocidade, ou de egoísmo anti-social etc.

1.2.1.3 O homem delinquente sob o ponto de vista jurídico

Garofalo (1885)[10] partindo da concepção de que o delito é variável no tempo e no espaço, estabeleceu como premissa o fato de que há sentimentos mínimos fundamentais que – não importa saber onde ou quando – uma vez contrariados, constituirá a prática delituosa (desde que se apresente quantitativamente numa proporção padronizada dentro

10 Garofalo foi o criador do termo Criminologia, Imaginou-a e construiu-a com a tríplice preocupação de torná-la uma pesquisa antropológica, sociológica e jurídica. Segundo ele, a Criminologia é a ciência da criminalidade, do delito e da pena.

de um grupo social). Tais sentimentos mínimos são a piedade e a probidade[11] (CARVALHO, 1973, p. 43-44).

Nos dizeres de Garofalo:

> O que chamamos delinquente típico é um ser a quem falta absolutamente o altruísmo, um ser privados dos instintos de benevolência e de piedade; procurar nele vestígios de um sentimento de justiça, que só ulteriormente àqueles instintos se forma e que supõe em elevado grau de moralidade, seria, portanto, absurdo. Esse homem roubará ou matará, indiferentemente; matará por avidez, para herdar outrem, para suprimir a mulher e esposar outra, ou para suprimir uma testemunha dos seus crimes ou para vingar-se de uma ofensa imaginária ou insignificante, ou ainda por vaidade e para mostrar uma pontaria certeira ou um pulso firma, ou, enfim, para minifestar o seu desprezo pela autoridade, o seu ódio por uma classe inteira (GAROFALO, 1997, p. 27).

O autor, sem distanciar-se das conclusões que associavam o delinquente a certas características físicas natas, amplia a compreensão no sentido de definir o delinquente como um indivíduo em que há ausência ou defeito do sentimento de piedade e probidade.

Reflete que nem mesmo sentimentos como cólera, paixão, agressividade, ou ainda situações de alcoolismo, influências climáticas, são capazes de, por si sós, explicarem a prática delituosa senão estiverem associadas à ausência de sentimentos e instintos de piedade e respeito ao que pertence a outrem. A presença ou ausência de tais sentimentos é que estabelecerá a diferença primordial entre aquele que comete crime e aquele que deixa de fazê-lo.

Concebido o delinquente a partir de estudos antropológicos, biológicos e sociais, resta buscar o enfoque a partir do viés comportamental. Entra em cena a psicologia e o estudo da personalidade delinquente.

1.2.1.4 O homem delinquente sob o ponto de vista psicológico

A análise do homem delinquente sob o ponto de vista psicológico ocupa-se de tentar desvendar os motivos intrapsíquico conscientes ou inconscientes que impulsionam o comportamento humano a decidir pela transgressão das regras sociais.

11 Interessante a definição estabelecida por Garofalo acerca do termo improbidade: “O termo probidade tem, seguramente, uma significação aproximada, mas é muito mais amplo, porque designa de um modo genérico o respeito a tudo que é do outros, tanto na ordem material, como na moral: bens, direitos, reputação, honra, tranquilidade pessoal. O significado complexo da palavra indica-nos que, numa sociedade civilizada o sentimento de respeito pelas coisas de ordem moral, se junta ao de respeito pelas de ordem física e se funde com ele de um modo indissolúvel (GAROFALO, 1997, p. 27)

1.2.1.4.1 Uma breve explicação sobre a personalidade a partir da teoria psicanalítica

A compreensão do delinquente a partir da concepção psicológica suscita a análise da estrutura psíquica do indivíduo revelada pelo estudo de sua personalidade. Este é o eixo central que, associado à constituição individual e aos fatores sociais, revelarão ou não o desvio de conduta.

O termo personalidade comporta vários conceitos, mas essencialmente pode-se dizer que:

> […] refere-se ao modo relativamente constante e peculiar de perceber, pensar, sentir e agir do indivíduo [...] engloba também o modo como todos esses aspectos se integram, se organizam, conferindo peculiaridade e singularidade ao indivíduo (BOCK; FURTADO; TEIXEIRA, 1993, p. 114).

Campbell (1986, p. 450-451), em seu Dicionário de Psiquiatria estabelece um extenso rol de conceitos sobre o termo, dos quais se destaca:

> Os padrões de resposta comportamental característicos e, em certa medida, previsíveis que cada pessoa desenvolve, consciente e inconscientemente, como estilo de vida. A personalidade representa um ajuste entre, por um lado, as pulsões e necessidades internas, e, por outro, os controles que limitam e regulam sua expressão. Tais controles são internos (por exemplo, consciência e superego) e externos (imposição da realidade).

Pode-se afirmar que a análise da personalidade é objeto de estudo da psicologia, porque este é um ramo da ciência que se ocupa da observação, descrição, previsão e controle do comportamento humano e dos processos mentais.

Embora a psicologia seja ciência una, assim como outros ramos do saber, ela se divide em várias correntes[12] e, a despeito de estar diante do mesmo objeto, comporta o significado de acordo com óptica adotada por seus precursores. Assim é que a compreensão da personalidade humana assume enfoques diferentes, a depender da corrente ou da teoria adotada.

Em que pesem os interesses que o estudo das diversas teorias possa suscitar, é preciso circunscrever-se àquele que maior relevo ganhou para a criminologia e, nesse

12 Apenas para exemplificar cita-se a Psicanálise (Sigmund Freud), Psicologia Analítica (Carl Jung), Psicologia Individual (Alfred Adler), Psicologia do Corpo (Wilhem Reich), Gestal-Terapia (Frederick S. Perls), Psicologia da Consciência (Wilham James), Behaviorismo Radical (B.S Skinner) e Psicologia da Auto-Atualização (Abraham Maslow).

sentido, é inegável a influência dos estudos estabelecidos por Sigmund Freud[13] e pela psicanálise.

A psicanálise, segundo Freud (1923 apud FADIMAN; FRAGER, 1939, p. 15), caracteriza-se como:

> (1) um procedimento para a investigação de processos mentais que são quase inacessíveis por qualquer outro, (2) um método (baseado nessa investigação) para o tratamento de distúrbios neuróticos, e (3) uma coleção de informações psicológicas obtidas ao longo dessas linhas, e que gradualmente se acumula numa nova disciplina científica.

As pesquisas realizadas por Freud acerca da personalidade humana partem de algumas premissas que elucidam e dão toda a sustentação à sua teoria. O tema é amplo, denso, entretanto, buscar-se-á extrair a essência daquilo que tem relevo para a presente discussão.

Sigmund Freud, de formação médica, especializou-se em psiquiatria e interessava-se especialmente em estabelecer uma relação entre os distúrbios físicos e os sintomas mentais. Inicialmente dedicou-se a decifrar as causas que explicassem porque determinadas mulheres apresentavam sintomas físicos, sem, entretanto, padecerem de nenhuma patologia físico-orgânica.

Tendo acompanhado e tratado várias dessas mulheres – que à época eram chamadas de histéricas – concluiu que a gênese da sintomatologia recaía sobre causas psíquicas.

> [...] os sintomas de pacientes histéricos baseiam-se em cenas do seu passado que lhes causaram grande impressão, mas foram esquecidas (traumas); a terapêutica, nisto apoiada, que consistia em fazê-los lembrar e reproduzir essas experiências num estado de hipnose (catarse); e o fragmento de teoria disto inferido, segundo o qual esses sintomas representavam um emprego anormal de doses de excitação que não haviam sido descarregadas (conversão) (FREUD, 1914, p. 19).

A partir da análise de casos clínicos Freud estabeleceu a diferença entre conteúdos e processos psíquicos *conscientes* (aqueles que estão à disposição dos sentidos e que podem ser revelados), *pré-conscientes* (refere-se aqueles elementos mentais, tais

13 Sigmund Freud fundador da Teoria Psicanalítica (termo utilizado pela primeira vez em 1896 para descrever seus métodos), de origem judaica, nasceu em 6 de maio de 1856 na cidade de Freiburg que na época pertencia à Áustria. Aos quatro anos partiu com sua família para Viena, onde passou a maior parte de sua vida. Um ano antes de sua morte foi para a Inglaterra, em virtude da perseguição aos judeus. Lá, em 23 de setembro de 1939, com 83, faleceu em consequência de um câncer na boca, adquirido, provavelmente, devido ao hábito de fumar cerca de 20 charutos por dia.
Em Viena, Freud inicia sua carreira de médico neurologista. Os problemas psicológicos, no entanto, logo chamam sua atenção e é a eles que dedica seus estudos.
A partir do estudo do comportamento anormal, usando o estudo de caso, Freud constrói uma sistemática e bem acabada teoria para explicar a personalidade normal e anormal (PISANI; BISI; RIZZON; NICOLETTO, 1992, p. 178).

como pensamentos e lembranças, que embora distantes da consciência, podem facilmente ser rememorados) e *inconscientes* (material psíquico não presente na consciência e de difícil acesso). Estabeleceu que a personalidade é unicamente o aparelho psíquico formado a partir dessas três instâncias, sendo o inconsciente seu núcleo.

Todas as experiências, pensamentos, desejos, instintos e impulsos, decorrentes de percepções externas ou internas, percorrem o aparelho psíquico e marcam indelevelmente o inconsciente.

1.2.1.4.2 Determinismo psíquico e processos mentais inconscientes

Inicialmente Freud estabeleceu como hipóteses fundamentais da psicanálise o princípio do determinismo psíquico segundo o qual os processos mentais não acontecem por acaso – o que significa dizer que cada evento mental é determinado por intenção consciente ou inconsciente – e a proposição de que "os processos mentais inconscientes são de grande frequência e significado no funcionamento mental normal e anormal" (BRENNER, 1987, p. 17-18).

Pelo princípio do determinismo psíquico a teoria psicanalítica apregoa que não há uma descontinuidade na vida mental, incluindo quanto às manifestações durante o sono. Para a teoria, o sonho é a consequência de um evento consciente ou inconsciente que lhe antecedeu. Sobre o assunto, a obra *A Interpretação dos Sonhos* (FREUD, 1900) ganhou notoriedade no desenvolvimento de sua teoria. Para ele, os sonhos são a revelação dos processos inconscientes da mente. Inconscientes porque de alguma maneira foram reprimidos ou excluídos da consciência.

O que significa dizer que pelo princípio do determinismo psíquico a teoria psicanalítica apregoa que nada acontece por acaso, ou seja, há uma causa (consciente ou inconsciente) para cada pensamento, ação ou omissão.

A relevância no conhecimento do processo mental do indivíduo repousa justamente na possibilidade de o estudioso desvendar os aspectos inconscientes normais

ou patológicos da conduta humana tais como as neuroses[14], psicoses[15], perversões[16] e sociopatias[17].

A partir dos casos clínicos que acompanhou, Sigmund Freud formulou a teoria segundo a qual muitas doenças pesquisadas eram resultados de um conflito psíquico que se formava em razão da "luta interior" ante a existência de uma energia psíquica que impelia o indivíduo à satisfação de instintos ou desejos (*id*) e a presença de proibições pessoais ou sociais (ego e superego).

Assim, Freud concebeu o aparelho psíquico a partir de uma estrutura funcional e interativa composta por três elementos: o *id* que compreende as representações psíquicas dos impulsos, onde se concentra a energia da personalidade e os conteúdos inconscientes; o *ego* consistente nas funções ligadas ao ambiente e à realidade externa – na prática significa dizer que diante de um impulso do *id*, o *ego* avalia, segundo as regras socialmente introjetadas, as possibilidades de satisfação –; e, por último, o superego que psiquicamente atua como um censor moral e inibidor do ego.

A grande tarefa da psique humana é manter o equilíbrio entre os impulsos do *id*, segundo sua necessidade de satisfação imediata, o *ego* que atua de modo a sinalizar,

14 O conceito de neurose não encontra unanimidade entre os psicólogos. Segundo Pisani e outros (1990, p. 203 e seguintes), com a devida observância dos equívocos das generalizações, a neurose é a alteração do funcionamento psíquico em que o indivíduo mantém relativamente intacta a percepção da realidade, entretanto pode mostrar perturbações cognitivas e emocionais. As reações neuróticas, para os autores, podem ser reunidas em: reação de ansiedade sentimentos generalizados e persistentes de intensa angustia sem causa objetiva), reação fóbica (medo patológico), reação de conversão (o paciente sente perturbações físicas que tem uma base psicológica), reação obsessivo-compulsivo (obsessão é a ideia que se infiltra nos pensamentos da pessoa e a compulsão é o ato sem controle).

15 O termo psicose, segundo Taborda, Chalub e Abdalla Filho (2004, p. 224), "é usado em psiquiatria para designar um subconjunto de transtornos mentais."
Para Campebell (1986, p. 489), qualquer perturbação mental, incluindo o que quer se entenda pelos termos obsoletos insanidade e loucura; mais especificamente, o termo [psicose] é usado com referência a uma classe ou grupo de distúrbios mentais e, particularmente, para diferenciar esse grupo da neurose, sociopatia (ou psicopatia), distúrbio de caráter, distúrbio psicossomático e retardamento mental. Tradicionalmente, as psicoses ou distúrbios psicóticos subdividem-se em: A. Síndrome Cerebrais Orgânicos; e B. Psicoses Funcionais (Esquizofrenias; Psicoses afetivas - melancolia involutiva, psicose maníaco depressiva; Estados paranoides; e Reação depressiva psicótica).

16 Quanto ao conceito de perversão nos dizeres do Vocabulário de Psicanálise (1986, 457 e 458) significa anormalidade, aberração, distorção, disfunção; qualquer desvio em relação aos limites corretos, apropriados, esperados ou normais. Em psiquiatria, usado mais comumente como referencia ao desvio sexual, isto é, qualquer prática sexual que se desvio do normal, ou qualquer meio anormal de se obter o orgasmo genital. [...] Entre as perversões (na DSM-III, parafilias e outros distúrbios psicossexuais) estão a homossexualidade, o fetichismo, a pedofilia, o transvestismo, o exibicionismo, o voyeurismo, o sadismo, o masoquismo, a necrofilia, a coprofilia e a urolagnia. O comportamento sexual normal inclui frequentemente elementos das perversões, tipicamente como parte do prazer preliminar.

17 O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV) descreve a sociopatia, transtorno da personalidade antissocial ou psicopatia como um padrão invasivo de desrespeito e violação dos direitos dos outros, que inicia na infância ou começo da adolescência e continua na fase adulta. Os indivíduos não possuem empatia e tendem a ser insensíveis e cínicos e a desprezar os sentimento, direitos e sofrimentos alheios. Um dos critérios diagnóstico apontado é a ausência de remorso, indicada por indiferença ou racionalização por ter ferido, maltratado ou roubado outra pessoa (1995, p. 608).

de acordo com o ambiente, as oportunidades ou não de imediata satisfação, e o *superego* que se valendo dos conceitos individualmente assimilados como certo ou errado, moral ou imoral, aceitável ou inaceitável, impõe limitações ao *ego*.

O equilíbrio entre as três estruturas requer um amadurecimento gradativo, isto porque o *id* desde a mais tenra idade se ocupará de satisfazer imediatamente seus impulsos, ao passo que o *ego* e *superego* ainda estão e estarão por muito tempo se formando.

Essa formação ocorre ao longo do período de desenvolvimento psicossexual do indivíduo, marcado por fases distintas[18] que se sucedem e que implicará como resultado final, num indivíduo com padrão de comportamento ajustado ou desajustado.

A título de exemplo cita-se a constelação de fenômenos psíquicos que ocorrem na fase fálica e que ficou conhecida como Complexo de Édipo. Segundo a teoria freudiana os fenômenos emocionais que abrangem o complexo edipiano são da maior importância tanto para o desenvolvimento mental normal quanto para o patológico (BRENNER, 1987).

Freud valeu-se da lenda grega – em que Édipo sem saber, matou o pai para casar-se com a mãe e ao descobrir o que havia feito foi tomado por um sentimento de culpa que fê-lo furar os próprios olhos – para, através de seus estudos e observações, concluir que a criança, assim como o protagonista daquela história, vive o primevo e verdadeiro amor pela mãe. Esse amor se mistura ora ao sentimento de rivalidade e desejo de morte pelo pai, ora pelo sentimento de amor e identificação. Eis o primeiro grande conflito de sentimentos de amor e ódio, desejo e ciúme, raiva e medo.

Há um dispêndio de energia psíquica para avançar de uma fase à outra (o que pode ou não acontecer). A superação ou fixação numa das fases do desenvolvimento psicossexual importará em reconhecer um comportamento mais infantil ou mais adulto, maior necessidade de aprovação ou sentimento de rejeição, maior ou menor agressividade, dificuldade em lidar com as frustrações, ansiedade, angústia, culpa.

A esse respeito e para demonstrar a força do princípio do determinismo psíquico, Sigmund Freud publicou em 1915 um artigo intitulado *Criminosos em consequência de um sentimento de culpa,*[19] explicando que o sentimento de culpa inconsciente (decorrente dos conflitos da fase edipiana) impulsiona o indivíduo ao cometimento do injusto penal a fim de receber a punição e, assim, livrar-se da ansiedade.

Freud (1914, p. 347-348) considera que a punição deve ser diferenciada em relação àquele que comete crime impulsionado por esse desejo de punição, pois se trataria de uma força inconsciente.

18 Freud identificou cinco fases psicossexuais do desenvolvimento: fase oral, anal, fase fálica, latência e fase genital (1901-1905).

19 FREUD, Sigmund. Obras Completas. Vol. XIV. A história do Movimento Psicanalítico. 1914 a 1916, p. 347-348.

> O trabalho analítico trouxe então a surpreendente descoberta de que tais ações eram praticadas principalmente por serem proibidas e por sua execução acarretar, para seu autor, um alívio mental. Este sofria de um opressivo sentimento de culpa, cuja origem não conhecia, e, após praticar uma ação má, essa opressão se atenuava [...] Frequentemente, a investigação analítica posterior pode situar-nos na trilha do sentimento de culpa que as induziu a procurarem punição. Entre criminosos adultos devemos sem dúvida, excetuar aqueles que praticam crimes sem qualquer sentimento de culpa; que, ou não desenvolveram quaisquer inibições morais, ou, em seu conflito com a sociedade, consideram sua ação justificada. Contudo, no tocante à maioria dos outros criminosos, aqueles para os quais medidas punitivas são realmente criadas, tal motivação para o crime poderia muito bem ser levada em consideração; ela poderia lançar luz sobre alguns pontos obscuros da psicologia do criminoso e oferecer punição com uma base psicológica.

Assim como se buscou estabelecer uma relação entre as causas psíquicas e as doenças sem causa físico-orgânica, é possível tentar desvendar o delinquente e a prática do crime a partir da análise de sua personalidade e das variações comportamentais dela decorrentes.

Superada a análise antropológica, biológica e social do comportamento delinquente, o enfoque dado pela psicologia era justamente o enquadramento nos diversos tipos de personalidade que permitiam aferir uma predisposição ou não para a prática delituosa. Isso não significa uma repetição dos contornos da teoria lombrosiana – até porque nessa seara não se trabalha com a *subsunção se 'x' então 'y'*, nem tampouco uma relação de causa e efeito, mas tão somente a explicação de comportamentos criminosos tomando-se como base a higidez ou não no que diz respeito à formação da personalidade.

Com o intuito de aclarar o que fora afirmado, menciona-se a seguinte passagem extraída da obra Criminologia Integrada:

> Uma pessoa de boa formação moral e bons princípios poderá ter o seu equilíbrio rompido e praticar um crime, por reação. Malgrado típica no aspecto jurídico, diferindo-se da forma do comportamento geral dessa pessoa, essa conduta é psicologicamente atípica: trata-se de crime eventual (o agente tem uma personalidade normal). Noutras vezes, o indivíduo é possuidor de uma personalidade mórbida, e o ato chega a ser sintoma de perturbação: trata-se de delinquência sintomática. Poderá, ainda, existir defeito ou desvio de personalidade (por má constituição ou má formação), e o ato delituoso chega a ser expressão do caráter: é o que ocorre com as 'personalidades psicopáticas' e 'personalidade delinquenciais' (FERNANDES; FERNANDES, 2012, p. 280).

Sigmund Freud considerava que o homem é um ser naturalmente tendente para o ilícito, porque originariamente vivia em função da satisfação de seus impulsos primitivos[20]. A vida em sociedade impõe regras morais e sociais que castram a possibilidade

20 Freud diferenciava basicamente dois instintos primitivos: instinto de vida (Eros) representado pela libido

de manifestação existencial em sua forma primeva. Assim, os delinquentes seriam seres dotados de egocentrismo ilimitado e de uma intensa tendência destruidora, movidos pelo princípio do prazer.

Zaffaroni e Oliveira (2010) ao tratarem sobre o tema *O delinquente por tendência* abordam a importância da psicopatologia para os estudos desse seguimento e destacam a dificuldade de se avaliar, diagnosticar e classificar um comportamento voltado à prática do crime baseando-se tão somente em modelos de sintomas e condutas contrárias às normas sociais.

Chamam a atenção para a relevância do estudo da personalidade humana dos causadores de injustos penais associada às investigações da criminologia. Pelo valor que suas palavras revelam eis a transcrição:

> Aqui está o ponto crucial da questão, onde devemos colocar toda a luz da nossa inteligência, qual seja, verificar até quando, como e quanto, qualquer dos fatores biológicos ou mesológicos, na sua expressão ou em cada hipótese, podem ter uma ação sobre a personalidade humana com influência para diminuir a resistência à pratica do delito.
> Os contornos obscuros da personalidade humana, reveladores, muitas vezes, de ações criminosas chocantes, fazem com que necessariamente, depositemos nossas esperanças no êxito crescente das investigações em criminologia, quer sobre o fato em si, quer sobre os aspectos biológicos, psicológicos e sociais inerentes à personalidade do agente. Só com esses complexos exames poderemos chegar aos esclarecimentos precisos, ou mesmo a dados positivos que favoreçam a utilização mais ampla dos estudos e pesquisas no tratamento dos problemas que apresentam em cada situação individualizada.
> [...]
> O admirável conhecimento do interior do homem torna, sem sombra de dúvidas, cada vez menor a margem de incurabilidade. Todavia, esse avanço fantástico jamais deve aniquilar a consciência das nossas limitações terrenas (ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010, p. 331).

Sob o ponto de vista da psicologia não há, *a priori*, um determinismo que defina o delinquente. Não se trata de estudo de sua constituição biológica, genética, antropológica, social e emocional, senão a interação de todos os fatores, associados às experiências adquiridas durante o processo de desenvolvimento da personalidade e ao processo cumulativo de aprendizagem e escolhas.

(instinto sexual em sentido amplo, de energia psíquica, tendente a perpetuação da vida) e instinto de morte (Tânatos) refere-se aos comportamentos agressivos, destrutivos (SOARES, 1986, p. 255-256).

1.2.2 Quem é a mulher delinquente?

1.2.2.1 A mulher delinquente e Cesare Lombroso

A mente humana consiste em um conjunto de ideias que interagem entre si e que possibilitam a formação de pensamentos, variando, segundo as experiências internas e externas que cada um vivenciou e segundo as regras sociais e o padrão de conduta que são transmitidas ao longo do tempo. Essas ideias podem ser conectadas umas às outras e permitir a formação de pensamentos simples ou elaborados, através do processo de associação.

Uma palavra proferida pode suscitar no seu ouvinte uma série de lembranças ou associações, interligando-as e lhes dando significados.

Assim é que ao se falar a palavra mulher, facilmente associa-se à figura da cuidadora do lar, gravidez, parto, amamentação, cuidado dos filhos.

Em se tratando de matéria criminal, dificilmente se concebe a ideia de mulher associando-a a prática de crimes ou, quando muito, pensa-se naqueles crimes tipicamente feminino como é o caso do aborto ou infanticídio.

Talvez isso, aliado ao fato de o número de crimes praticado por mulheres ser inferior ao cometido por homens, justifique a carência de estudos nobre a matéria.

De acordo com Soares e Ilgengritz (2002), a literatura revela como precursores no estudo do tema, Lombroso (1876), Ferrero (1986), Tarde (1898) e Durkheim (1897), com destaque no Brasil para Brito (1925; 1953).

As explicações sobre a delinquência feminina, ressalvadas as devidas proporções, guarda certa similitude com os estudos realizados para desvendar a delinquência masculina.

O inicio do século XVIII foi marcado pelas ideias positivista de Cesare Lombroso (1876) que, ao examinar casos de criminosos e de criminosas, objetivava classificá-los segundo uma tendência preexistente para a prática de delitos.

Semelhantemente aos estudos realizados com os homens, Lombroso também se dedicou a examinar crânios, características faciais e cérebros de mulheres delinquentes. Como resultado de suas pesquisas escreveu *La Donna Delinquente, La Prostituta e La Donna Normal* (1893).

Lombroso (1876 apud SOARES; ILGENFRITZ, 2002) cogitava que a mulher normal ou não delinquente, era considerada um ser inferior e, sua menor propensão à prática delituosa justificava-se por sua inferioridade em relação ao homem. A mulher criminosa e a prostituta era ainda mais inferior e, assemelhava-se ao criminoso nato.

Este teórico entendia também que se a prostituição fosse considerada crime, os dados estatísticos resultariam desfavoráveis à mulher.

> Se pudéssemos provar que a mulher é intelectualmente e fisicamente um homem parado no seu desenvolvimento, o fato mesmo de que ela é mais piedosa e menos criminal que ele compensa avantajosamente esta inferioridade.
> [...]
> Se os casos de prostituição aparecessem na estatística criminal, desapareceria a diferença da criminalidade dos dois sexos, e até se deveria notar o predomínio numérico das mulheres (LOMBROSO, 1876 apud SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p. 63).

A partir de suas pesquisas, Cesare Lombroso concluiu que “a mulher seria duas vezes mais fraca que o homem e, portanto pelo menos duas vezes menos criminosa” e que “a inferioridade delinquencial da mulher também decorria de certa falta de habilidade e de inaptidão”. (1876 apud FERNANDES; FERNANDES, 2012, p. 703).

A despeito dos estudos, medições de crânios e cérebros e observações das características físicas das mulheres consideradas delinquentes, Lombroso, diversamente de suas conclusões quanto ao homem delinquente, considerou despicienda a relação aparência física e crime. Isso porque considerava que a mulher criminosa, mormente aquela que se dedicava a crimes sexuais e de prostituição, tinha a beleza a seu favor, ou na pior das hipóteses, possuía uma aparência normal.

Em que pese à superação das teses lombrosianas no sentido de definir o delinquente ou a delinquente a partir de suas características físicas, constata-se que algumas de suas conclusões não foram abandonadas por completo.

Para ilustrar o que fora afirmado, cita-se uma recente reportagem publicada por revista periódica de grande circulação nacional, cujo enfoque é justamente o aumento da criminalidade feminina, sendo a sua aparência uma característica que a coloca acima de qualquer suspeita:

> Roubos e furtos praticados por mulheres crescem 400% [título da matéria]
> [...]
> Sedução
> Para a polícia, o fator surpresa contribuiu para o sucesso feminino nesse tipo de empreitada. “Elas parecem menos ameaçadoras, despertam maior confiança. Quem suspeita de uma mulher?”, indaga o delegado Paul Verduraz.
> Joaquim Dias Alves, delegado do Departamento de Homicídios e de Proteção à Pessoa (DHPP) acrescenta outro ingrediente que ajuda a entender o *modus operandi* das mulheres que decidem entrar para o crime. “O homem demora a perceber que está sendo alvo de um golpe ou mesmo de roubo quando ele é praticado por uma mulher”, afirmou na semana em que anunciou a prisão de Carina Geremias Vendramini, de 25 anos, a primeira integrante da “Gangue das Loiras” a ser localizada.

> Loiras, bonitas, bem vestidas e, sobretudo, sedutoras. A "Gangue das Loiras" atuou livremente – e por anos –, até ser desmascarada em março pela polícia depois da prisão de Carina Geremias Vendramini, de 25 anos.
> Casada, mãe e com emprego fixo, Carina vivia uma vida dupla até ser localizada pela polícia em Curitiba, onde morava. Presa pelos policiais da delegacia antissequestro do Departamento Estadual de Homicídios e Proteção a Pessoa (DHPP), de São Paulo.
> [...]
> No interior das lojas, esbanjava charme e simpatia, procurando atendentes do sexo masculino como estratégia. "Os homens ficavam babando", conta o delegado Joaquim Dias Alves. "Dessa forma o bando realizou cerca de 50 crimes apenas em São Paulo. Parece filme de Hollywood".
> Outros três membros da quadrilha foram localizados e também estão presos: Vanessa, irmã de Carina, e o casal apontado como chefe da organização, Wagner de Oliveira Gonçalves e sua mulher, Monique Awoki Scasiota, a única morena do grupo (JAKITAS, 2013).

1.2.2.2 O crime como fator inerente a vida em sociedade

De fato, cientificamente falando, não há estudos taxativos que revelem a prática de crimes associada a um ou outro fator isoladamente considerado, conforme pretendiam os primeiros estudiosos do assunto. Logo, aventura-se a levantar outras hipóteses que justifiquem a prática e o aumento de crimes por mulheres. Para tanto, é necessário fazer uma pequena digressão concebendo-se a prática de crime como um fator inerente a vida em sociedade[21], e a partir daí, fixar algumas premissas que servirão de aporte à pesquisa realizada.

É certo que ao adotar uma ou outra teoria para defender ou refutar as ideias que se pretende abordar, estar-se-á apresentando apenas parte de uma verdade, isso porque, i) não há verdade absoluta; ii) o enfoque dado ao debate proposto é tomado a partir de visões diferenciadas e prevalentes numa determinada época e por determinados pensadores.

A reflexão sobre o tema leva a crer que desde os primórdios – valendo-se da Teoria Criacionista – Deus criou o céu e terra e criou também o homem e a mulher. Realizado tais obras o Criador estabeleceu regras básicas de convivência e também algumas proibições. O homem e a mulher, tão logo tiveram oportunidade, desobedeceram às regras impostas e foram expulsos do Paraíso (eis o primeiro castigo). A partir de então ficaram a mercê de todo tipo de intempérie.

21 Ao se afirmar que o crime é um fato normal pretende-se dizer que ocorre em todas as sociedades. Mas não se pode perder de vista que somente é crime aquilo que a própria sociedade elenca como tal e isso se dá a partir do momento em que o sentimento coletivo ordena e harmoniza determinados fatos da vida como sendo um injusto penal ou não. Trata-se, pois, de um fenômeno relativo, conforme a visão do sociólogo Émile Durkheim. No Brasil, *v.g.*, há pouco o adultério era tipificado como ilícito penal (art. 240 do Código Penal) punível com pena de detenção de 15 dias a 6 meses, entretanto, tal dispositivo fora revogado pela Lei n. 11.106 de 2005, porque embora possa figurar como ato contrário aos preceitos morais, não mais se é concebido como intolerável sob o ponto de vista penal (DURKHEIM, 2005).

O Criador também lhes deixou algumas poucas e claras regras de conduta e convivência em sociedade (os Dez Mandamentos) e, aí, o homem viu-se na situação de escolher entre obedecer ou viver segundo seu querer, entre o lícito e o ilícito, entre o fazer ou não fazer, contrariando, por vezes, as leis preestabelecidas.

Sem adentrar na esfera do sagrado e do profano ou nos infindáveis exemplos de desobediência às leis e cometimento de crimes, é de se pensar – como parte de uma verdade – que as condutas contrárias às leis morais e legais fazem parte da natureza humana, o que justificaria a tese segundo a qual o crime é um fenômeno normal.

A esse respeito, cita-se o seguinte trecho, extraído da obra "Criminologia Integrada":

> Ora, a criminalidade é considerada como um fator normal da vida em sociedade justamente porque a vida grupal, a existência comunitária, não implica que cada indivíduo não possa se conduzir de acordo com seus desígnios e, não raro, isso acarreta divergências e choques interpessoais; e se esses desacordos não são contornados pelas vias da conciliação ou do ajuste, só restara a alternativa do conflito propriamente dito, e este, quando não resolvido de forma legal, fatalmente redundará em confronto, em diferentes tipos de agressão, sucedendo que muitos deles vão desembocar na senda do crime (FERNANDES; FERNANDES, 2012, p. 28).

Costa (2012, p. 266), refletindo sobre o crime como fenômeno normal assevera que *"o delito é normal porque seria inteiramente impossível uma sociedade que se mostrasse isenta dele".*

O sociólogo Dukheim, no mesmo sentido, considera improvável que as sociedades, sejam elas quais forem, estejam imunes, isentas de qualquer forma de crime. O crime é, na concepção do autor, um fenômeno normal, ou seja, inerente à própria sociedade:

> Ora, não há sociedade conhecida em que, sob formas diferentes, não se manifeste uma criminalidade relativamente desenvolvida. Não existe nenhum povo cuja moral não seja violada todos os dias. Pretendemos, pois, dizer que o crime não pode deixar de existir, ele é necessário uma vez que implica logicamente nas condições fundamentais da organização social, na forma como as conhecemos. Consequentemente, ele é normal (DUKHEIN, 2005, p. 398).

Partindo da premissa de que a prática de crimes – ressalvados os casos em que resultam de patologias, ou que resultam de fatores que extrapolam a normalidade – está associada à vida em sociedade (é um fator social normal), questiona-se: o que justificaria a maior incidência de crimes praticados por homens?

Sob a perspectiva de seu protagonista, sabe-se que o crime pode ser praticado por qualquer pessoa, entretanto, qualquer pesquisa que se faça em torno desse assunto,

apontará uma disparidade quantitativa dos crimes perpetrados por homens. Estaria a diferença pautada em fatores de ordem biológica, anatômica, psicológica ou cultural?

Superada a teoria Lombrosiana, ainda restam argumentos que ora se assemelham àquela, ora se distanciam.

Fernandes e Fernandes (2012) mencionam a existência de correntes doutrinárias concordantes de que os homens praticam mais crimes que as mulheres, todavia essa disparidade tende a desaparecer em razão da supressão da desigualdade entre os sexos.

Entretanto os autores chamam atenção para a existência de um entendimento diverso, qual seja, aquele que defende que o homem possui naturalmente maior propensão à prática delituosa, sobretudo por sua composição anatômica, fisiológica e biológica diferenciada (FERNANDES; FERNANDES, 2012).

Há quem sustente a diferença baseando-se nas características da personalidade. Sob esse prisma, Myra y Lopez (2008, p. 51) afirma que a mulher estará mais propensa a cometer alguns tipos específicos, enquanto outros estão mais relacionados à conduta masculina:

> Mas esta diferença nos fins vitais do homem e da mulher adultos dá origem também a um distinto comportamento de ambos entre os problemas legais. Assim, ao passo que a maioria dos litígios promovidos pelo homem tem por base uma questão econômica, os promovidos pela mulher derivam em primeiro lugar da existência de um conflito afetivo.
> [...]
> Do ponto de vista criminológico, os motivos que impelem o homem ao delito costumam ser mais pragmáticos ou de imediata utilidade do que os da mulher, além do mais não há dúvida de que a *violência* é mais usada pelo homem a *astucia* pela mulher.

Granier[22] (1906 apud PERRUCI, 1983) ao analisar os delitos cometidos mais frequentemente por homens e por mulheres, considera a existência de predisposição ou atitudes diferentes em cada sexo.

Levantam-se ainda teorias para justificar a menor propensão da mulher para a prática de crimes, se utilizando da armadilha social que as coloca numa posição de docilidade, virtuosidade e fragilidade em relação ao homem.

Ao que parece o argumento baseado nas diferenças anatômicas, fisiológicas e psicológicas não são suficientes, por si só, para desvendar as razões do fenômeno que envolve o ingresso e aumento da criminalidade feminina, isto porque, tais diferenças sempre existiram.

22 Granier, C. La femme criminelle. Paris. Octaye Doin. 1906. pp 2-3.

1.2.2.3 A mulher delinquente – Émile Durkheim e Sigmund Freud

A reflexão segue agora valendo-se da doutrina deixada por Émile Durkheim e Sigmund Freud.

O primeiro autor quando escreveu a obra O Suicídio (1897), caracterizou-o como um fenômeno social e imoral, porquanto o mal causado pelo suicídio não atinge somente a pessoa, mas também a sociedade, haja vista que "o sentimento sobre o qual assentam as máximas morais mais respeitadas, e que funcionam quase como o único elo entre os membros foi ofendido" (DURKHEIM, 2005, p. 369-370).

Com o intuito de determinar o grau de imoralidade do suicídio, o sociólogo, compara-o com o homicídio e analisa a influência que o sexo exerceria sobre os dois fenômenos.

Estabeleceu o autor que a influência do sexo na prática desses crimes está mais associada às causas sociais do que às orgânicas. Explicou que as diferenças fisiológicas não justifica o fato de a mulher se suicidar ou matar mais ou menos, mas, ao contrário, considerou que a mulher pratica menos crimes porque "não participa da vida coletiva da mesma forma que o homem" (DURKHEIM, 2005, p. 374-375). Ponderou que a mulher tem o privilégio exclusivo de determinados homicídios, tais como o infanticídio, abortos e envenenamentos e concluiu afirmando que "cada vez que o homicídio lhe está ao alcance comete-o tão ou mais frequentemente do que o homem". Por fim, completou:

> Portanto, nada permite supor que em virtude de sua constituição congênita tenha maior respeito pela vida dos outros; são as ocasiões que lhe faltam, já que está menos integrada na luta pela vida do que o homem. As causas que levam aos crimes de sangue afetam-na menos do que ao homem porque está mais fora da esfera e influência destes. É por razão idêntica que está menos exposta às mortes acidentais: em 100 mortes desse tipo, só 20 são mulheres. (DURKHEIM, 2005, p. 374-375).

Esse também é o direcionamento encontrado pela socióloga Rosemary de Oliveira Almeida ao estudar o universo imaginário do crime no feminino para explicar a diferença nas estatísticas quando o assunto é criminalidade feminina *versus* criminalidade masculina:

> Como já mencionado, as estatísticas revelam um número mínimo de mulheres que matam em relação aos homens, correspondendo à realidade da mulher que, historicamente, foi 'escondida' no espaço privado. Assim, a mulher comete menos crimes dessa natureza por ter sido socializada para o confinamento ao mundo privado, para ser mãe e esposa, cujas características de docilidade e fragilidade lhes foram atribuídas para cumprir seu papel de dedicação ao lar. A mulher foi

> educada para o 'doce' lar, lugar da passividade e benevolência, e o homem para o mundo 'cão', lugar do trabalho e competição, onde deveria ser forte e viril para, de lá, retirar o sustento de sua família (ALMEIDA, 2001, p. 21).

Tratando-se dos homicídios específicos praticados por mulheres tais como o infanticídio e o aborto, Durkheim (2005) pondera ainda que por serem de difícil elucidação escapariam à justiça e às estatísticas.

Thomspon (1983) sustenta que o índice de criminalidade feminina é inferior quando comparada com a masculina, porque uma parte dos crimes praticados por mulheres não é contabilizada, fazem parte da cifra negra[23], estão à margem das estatísticas em termos de índice de criminologia.

Nos idos de 1930, Sigmund Freud[24] realizou uma conferência em que pretendeu demonstrar os resultados de suas observações sobre a feminilidade e estabeleceu importantes considerações que corroboraram com a impressão de que as diferenças entre o comportamento masculino e feminino, inclusive quanto à agressividade, são muito mais influenciadas por fatores de ordem social do que pelas características propriamente ditas.

Explica que normalmente associa-se a passividade à figura feminina, e a atividade e agressividade[25] à figura masculina, entretanto, essa premissa está circunscrita

---

23 Sobre o tema, o autor Augusto Thompson (1983), após conceituar o criminoso formal como sendo aquele que é condenado pela justiça, reflete que aquele que comete um injusto penal, mas não se vê processado e condenado não é tido como um criminoso – isso por si só já produziria uma análise quantitativa inverídica. Menciona os crimes que não são relatados à polícia; as condutas contrárias à lei praticadas por todos e que não são levadas ao conhecimento da autoridade competente e automaticamente não são contabilizados. Fala dos abortos clandestinos que ninguém toma conhecimento e muito menos o Poder Judiciário. Faz menção ainda dos crimes relatados e não registrados; dos registrados e não investigados; dos investigados, mas que não geram inquérito; dos que geram inquéritos, mas são arquivados pelo Ministério Público, enfim, considera que as estatísticas revelam apenas parte da verdade em termos de criminalidade e delinquência.

24 A forma que Freud escreveu sobre a mulher, chama a atenção tanto pela densidade do desenvolvimento de uma teoria que inegavelmente influenciou e ainda influencia o estudo sobre o comportamento humano, como pela forma tão próxima como se dirige aos seus, à época interlocutores, e hoje leitores. Começa o autor:
Através da história, as pessoas tem quebrado a cabeça com o enigma da natureza da feminilidade. [...] E nem os senhores escaparam de se preocupar com esse problema – aqueles dentre os senhores que são homens; a em, dentre os senhores, é mulher, isso não se aplica – as senhoras mesmas constituem o problema.
[...]
De acordo com a natureza peculiar, a psicanálise não tenta descrever o que é a mulher – seria esta uma tarefa difícil de cumprir –, nas se empenha em indagar como é que a mulher se forma, como a mulher se desenvolve desde a criança dotada de disposição bissexual. Freud, Sigmund. Obras Completas. Vol. XXII. Novas Conferências Introdutórias sobre Psicanálise. 1932 a 1936, p. 113-117.

25 Sobre a questão da passividade da mulher e atividade/agressividade do homem, Freud relacionou-a ao ato sexual, entretanto alertou para o fato de que há casos em que essa situação se inverte, assumindo a mulher um papel mais agressivo.
"A célula sexual masculina é ativamente móvel e sai em busca da célula feminina, e esta, o óvulo, é imóvel e espera passivamente. Esta conduta dos organismos sexuais elementares é, na verdade um modelo da conduta sexual dos indivíduos durante o coito. O macho persegue a fêmea com o propósito de

somente à atividade sexual, donde, quanto mais se afastar, mais se percebe o poder de atividade da mulher.

Estabelece que o fato de a mulher dar preferência para atividades de fins passivos ou para supressão da agressividade decorre justamente dos costumes sociais, entretanto, tal padrão de comportamento não significa dizer que ela seja um ser essencialmente passivo ou não agressivo.

Cientificamente não há como adotar ou refutar uma teoria ou outra, mas é inegável que os escritos deixados por Émile Durkheim e Sigmund Freud são sedutores.

A propósito Santos (1983, p. 61), traz interessante estatística que a despeito de não revelar o período em que foi realizada, parece bem congruente com o que fora afirmado por Freud e Durkheim pois estabelece que quanto mais socialmente emancipada for a mulher, maior é o índice de criminalidade:

> Essa concepção domina entre os criminologistas, sendo demonstrada pela estatística de Aschaffenburg e de Vervaek. Assim é que a criminalidade feminina representa, em relação à criminalidade masculina, 4% na Argélia; 9% na Itália; 13% na Bélgica; 15% na Alemanha; 17% na Inglaterra (SANTOS, 1983, p. 61).

1.2.3 Estudos sobre a prática de crimes por mulheres

Misciasci (2009) apresenta interessante retrospecto sobre a criminalidade feminina dando conta que antes dos anos 70 os crimes femininos circunscreviam-se especialmente aos crimes passionais. Posteriormente, no período compreendido entre os anos 60 e 70, dividiam-se entre aqueles que denotavam a rebeldia contra a ideologia de uma época e os crimes patrimoniais.

De acordo com Misciasci (2009), o período compreendido entre os anos 1970 e 2008, atraídas pela promessa de ganho rápido, a mulher se insere no cenário do crime de tráfico de drogas, envolvendo-se principalmente no transporte do produto ilícito.

Em regra, a despeito de a criminalidade feminina acompanhar a evolução da sociedade, verifica-se que com o decorrer do tempo houve um incremento, tanto no que diz respeito à variedade de crimes praticados como também à forma de atuação.

Contemporaneamente a concepção da mulher como protagonista na prática delituosa suplanta a atuação tímida dos crimes passionais e de pequenos furtos e aparece

---

união sexual, agarra-a e penetra nela. Com isso, os senhores justamente reduziram as características de masculinidade ao fator agressividade, no que se refere à psicologia. Bem podem duvidar se auferiram daí alguma vantagem real, quando refletem que, em algumas classes de animais, as fêmeas são mais fortes e mais agressivas e o macho é ativo unicamente no ato da união sexual. Assim ocorre, por exemplo, nas aranhas" (p. 115).

disseminada nas diversas modalidades de crimes, alcançando, inclusive, aqueles outrora concebidos como tipicamente masculinos a exemplo do estupro[26] e aqueles que denotam o uso da violência tal como roubo qualificado[27] e o latrocínio.

O índice de criminalidade feminina tem aumentado consideravelmente e numa proporção muito superior se comparado à criminalidade masculina. Essa realidade é facilmente perceptível nas estatísticas divulgadas por órgãos oficiais do Estado,[28] consoante demonstram os dados apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional referente ao período de 2000 a 2006.

> A partir da comparação de dados do DEPEN de 2000 e 2006, é possível calcular a taxa do aumento da população carcerária total, de homens e mulheres, em todo o país. Percebe-se que a taxa do aumento de encarceramento de mulheres de 2000 a 2006 foi de 135,37%, bem maior do que as dos homens, que foi de 53, 36% (INFOPEN, 2012).

Tabela 1 – Aumento da criminalidade no período 2000 – 2006

	População sistema prisional		População total		Taxa presos/100 mil hab.		Aumento (%)
	2000	2006	2000	2006	2000	2006	
Mulheres	5.601	14.058	86.223.155	91.946.392	6,50	15,29	135,37
Homens	169.379	294.728	83.576.015	94.824.221	202,66	310,82	53,36
Total	174.980	308.786	169.799.170	186.770.613	103,05	165,33	60,43

Fonte: InfoPen (2012).

O Ministério da Justiça por meio do programa de coleta de dados do Sistema Penitenciário no Brasil, diagnosticou que os crimes mais comumente praticados por mulheres considerando todas as unidades da federação são: tráfico de entorpecentes[29]

26 No ano de 2012 foram cometidos a nível nacional 104 estupros por mulheres (art. 214 do Código Penal) (INFOPEN, 2012).

27 Em 2012 foram registrados 1.845 roubos qualificados (art. 157, §2°, do Código Penal) e 364 latrocínios (art. 157, §3°, do Código Penal) (INFOPEN, 2012).

28 Grupo de Trabalho Interministerial Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino. Relatório Final 2007. Brasília, 2007. Disponível em http://www.portal.mj.gov.br/relatório final.

29 O Ministério da Justiça através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) divulga dados obtidos de todas as unidades da federação referentes ao crimes e população prisional, penas impostas, estabelecimentos prisionais, dentre outras informações. Esses dados tanto são considerados de forma individualizada, ou seja, por unidade federativa, como também permite uma visão panorâmica do Estado Federal. Especificamente em relação ao tipo de delito praticado, seguindo a ordem estabelecida no Código Penal, acrescida das leis extravagantes, o InfoPen apresenta as estatísticas tomando por base os seguintes grupos: a) Grupo Penal; b) Grupo Legislação Específica; c) Grupo Entorpecentes; d) Grupo

(60%), seguido de crimes contra o patrimônio (23%), crimes contra a pessoa (7%) e crimes de tráfico internacional (4%).

1.2.4 Caracterização das mulheres delituosas

O que nos leva a pensar em estabelecer um perfil da mulher delituosa? Ao fixar um enquadramento característico do indivíduo relacionando-o à prática de crimes não se estaria cometendo os mesmos equívocos do passado?

O estudo sobre o tema parece paradoxo, pois se de um lado reconhece-se que há muito já estão superadas as teses que buscavam identificar o delinquente ou a delinquente a partir de suas características físicas ou segundo seu modo de vida, costumes ou classe social, por outro, os estudos da criminologia e ciências afins buscam, através de suas pesquisas, estabelecer quem são os criminosos, qual a incidência deste ou daquele crime segundo a idade, cor, sexo, escolaridade, condição socioeconômica financeira, dentre outras variáveis.

Pensar o fenômeno do crime com o enfoque no criminoso – entendido como aquele que se encontra segregado da sociedade – ganha certa aversão por alguns estudiosos. Isto porque partem do pressuposto de que apenas parcela da população que se dedica à atividade ilícita é de fato identificada, processada e condenada.

Conforme Thompson (1983) as pesquisas – ainda que assumam contornos de cientificidade – valem-se da exceção, haja vista que somente uns poucos delinquentes são pesquisados, e, via de regra, pertencem a uma mesma classe social, cometem os mesmos crimes e estão na mesma situação carcerária. Quanto aos demais, ou seja, aqueles que não são oficialmente reconhecidos como criminosos representam a grande maioria, passam despercebidos pelas pesquisas em geral, a exemplo do que acontece com os autores de crimes do colarinho branco, sonegação fiscal, improbidade administrativa, dentre tantos outros.

> Ora, que validade científica pode ser reconhecida à exploração que se fizer dos dados recolhidos da exceção para aplicação ao todo – que, na grande maioria, se resguarda da análise, por escondida no escuro da cifra negra -? Nada, positivamente nada, pode ser mais arbitrário que semelhante proceder. Talvez um exemplo ilustrativo consiga clarificar meu pensamento.
> Noventa e cinco por cento dos presos pertencem à classe social mais baixa. Desse dado, a criminologia tradicional infere a conclusão de que a maioria dos criminosos é pobre e, logo, a pobreza se apresenta como um traço característico da criminalidade.
> [...]

Estatuto do Desarmamento.

> Se levarmos em conta, contudo, que os presos representam um percentual ínfimo em relação ao total dos criminosos, a equação referida desfaz-se como castelo de areia. Com efeito, da constatação de que a maioria dos presos está representada por gente miserável, a única conclusão a ser tirada, validamente, será: a pobreza é um traço característico do encarceramento (THOMPSON, 1983, p. 47).

> Nos dizeres do autor estabelece-se um estereótipo do protagonista do crime justamente a partir das pesquisas empíricas que são desenvolvidas nos presídios, associando-se a prática do crime a determinada característica ou à falta dela. Tal forma de proceder não se prestaria a outra coisa senão a cristalizar o pensamento ideológico de um determinado seguimento da sociedade.
> Nesse sentido Thompson (1983, p. 47) complementa que:

> [...] a justiça condena os membros das camadas pobres da população e os envia para a penitenciária; a criminologia vai aos cárceres, pesquisa-lhes a população, e comunica à primeira: a pobreza representa a mais relevante característica do delinquente; a justiça, vendo abonada sua postura ideológica pelo aval da informação científica, se esmera em selecionar os pobres para o encarceramento; com a chegada de ondas de indivíduos miseráveis às prisões, os criminólogos, ali encastelados, esfregam as mãos de contentamento e sentenciam: confirmado, cada vez mais confirmado, o crime é comportamento típico das camadas inferiores; o aparelho repressor, por seu turno, de consciência leve, se regozija: a ciência atesta que estou desempenhando bem meu árduo mister.

Pelo discurso destacado conjectura-se que apenas ínfima parte daquelas que cometem crimes veem-se processadas, condenadas e apenadas e somente estas últimas são consideradas para efeitos de pesquisa, de modo que, as informações obtidas não retratariam fidedignamente aquilo que pretende a ciência da criminologia: conhecer o criminoso e as suas nuances.

Entretanto, há que se reconhecer que os dados estatísticos obtidos a partir dos estudos efetuados no universo carcerário – ainda que não alcance todos aqueles que cometeram um injusto penal – revelam-se importantes na medida em que traduzem o comportamento de seus membros num determinado contexto histórico e permitem a análise da reação social inclusive quanto à formulação de políticas públicas destinadas a essa parcela da população.

A título de exemplo menciona-se que o Ministério da Justiça por meio do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN) divulgou recente pesquisa referente às unidades da federação dando conta que no primeiro semestre do ano de 2012 haviam 31.552[30] mulheres custodiadas no sistema penitenciário para um total de 21.924 vagas. Desse total de mulheres presas a grande maioria possui segundo grau completo (13.584);

30 Assim distribuídos: 10.986 presas provisórias; 13.742 presas no regime fechado; 4.716 no regime semiaberto; 1.605 no sistema aberto; 228 cumprindo medida de segurança na modalidade internação e 275 no sistema tratamento ambulatorial.

cumprem pena de 4 a 8 anos (6.939); praticaram crime de tráfico de entorpecentes (16.184), seguido de roubo qualificado (1.845); a maior parcela tem entre 18 e 29 anos (13.412), destacando-se que 294 das mulheres presas possuíam mais de 60 anos (INFOPEN, 2012).

Quando o fator pesquisado é a cor da pele ou etnia a pesquisa demonstra que no universo de 31.552 mulheres presas, predominam as de cor parda (13.904) seguidas das mulheres de cor branca (10.113). Verifica-se também maior representatividade da mulher urbana[31] na prática de ilícito penal em comparação à mulher rural[32], assim como da mulher solteira[33] em relação à mulher casada.

Pensa-se que tais dados não devem servir apenas e tão somente para alimentar as estatísticas, que como já se sabe não traduzem com fidedignidade a realidade, mas, para propiciar a reflexão conjunta acerca do contexto individual, social, político, cultural e econômico de forma holística.

Buscar respostas acerca da prática delituosa num universo delimitado não significa fechar os olhos para os demais fenômenos que se sucedem e que se relacionam ao que se pretende investigar. Assim trata-se de compreender aquilo que se busca – a parte de um todo – (quem são os criminosos ou as criminosas) sem perder de vista que se trata de um retrato num dado momento, a partir de uma determinada amostragem, que ao largo de servir para estabelecer generalizações, deve ser utilizado como um instrumento de compreensão do fenômeno criminológico em toda a sua complexidade e servir para a efetivação de políticas públicas na área de prevenção.

1.3 Do delito

Quando Enrico Ferri (1856-1929) escreveu o livro *Princípios do Direito Criminal*, dedicou um capítulo especificamente ao debate sobre O Crime. Na ocasião estabeleceu importantes distinções e ao fazê-lo se encarregou de esclarecer o que de fato interessa ao direito penal. Eis suas palavras:

> Quando se tem conhecimento de que um homem cometeu um crime, na consciência pública dos povos civilizados contemporâneos, forma-se, por intuição, favorecida por seculares tradições e experiência, um duplo juízo: pensa-se que essa ação é proibida e punida pela lei (como homicídio, furto, falsidade, ultraje etc.) e, portanto,

31 Área urbana – municípios do interior (9.632) e área urbana – municípios em regiões metropolitanas (9.997)

32 A pesquisa registra 880 casos.

33 Os dados revelam que para cada 72 mulheres solteiras que cometem delito, apenas 10 mulheres casadas assim procedem.

> é uma ação antijurídica, e pensa-se que é também uma ação imoral, que indica um homem com tendência anti-sociais mais ou menos perigosa. Os crentes afirmam que ela é também um pecado. Pode-se acrescentar, em muitos casos, que ela é uma pura inconveniência (por exemplo: a injúria verbal, a bofetada, a ofensa aos bons costumes etc.).
> Porque a conduta do indivíduo em sociedade é disciplinada por quatro ordens de normas: a educação, cerimonial ou costume – a religião – a moral – a lei, todo ato individual que transgride o mínimo de disciplina social, que tais normas impõem, pois que doutro modo a vida em sociedade não seria possível, considera-se como infração a cada ordem de normas ou a todas conjuntamente.
> Nós, porém, aqui ocupamo-nos dos crimes. Portanto, a infração ao preceito religioso e à norma de educação passa para segundo lugar, perante a infração da moral e da lei (FERRI, 2009, p. 339).

Fernandes e Fernandes (2012, p. 261) refletem que para o jurista o delito é um fato típico, antijurídico e culpável; para o filósofo é o ato que não está em consonância com os padrões éticos; e, para o psicólogo a definição carece de estabelecer os motivos desencadeadores, haja vista que a sua prática passa por estágios intrapsíquicos conscientes ou não.

O estudo acerca do delito seja sob o aspecto jurídico, filosófico ou psicológico é uma área fértil, tendo em conta as diversas correntes doutrinárias e as discussões acerca do tema.

Entretanto, cumpre aqui estabelecer o interesse a partir do prisma da criminologia, e nesse passo, é mister não confundir com as máximas da filosofia e da psicologia, nem tampouco com as teorias do delito da ciência penal.

Incumbe à criminologia o estudo do crime partindo de uma análise histórica, social, política, cultural e econômica, atentando-se ao fato de que, diferentemente de outras épocas, os delitos não mais se restringem somente àqueles praticados contra a vida, o patrimônio e a liberdade sexual; ao contrário, à medida que a sociedade se reconfigura em virtude de descobertas, de novas tecnologias, do desenvolvimento e, consequentemente, da mudança no sentimento coletivo, há um incremento e/ou alteração nesse rol de delitos. Como exemplo disso, citam-se os crimes contra o meio ambiente, crimes cibernéticos ou crimes informáticos, crimes contra a relação de consumo, crimes contra a criança e o adolescente, crimes contra mulheres, idosos, dentre outros.

O delito é, pois, um fenômeno relativo, variável no tempo e no espaço, consoante leciona Castro (1983, p. 63), criminóloga e diretora do Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia, Venezuela:

O tipo de organização social determina quais os tipos de comportamento que serão considerados desviantes e o que será considerado delito em determinado momento e lugar. Tal como a moralidade, o delito é uma entidade variável no tempo e no espaço (CASTRO, 1983, p. 63).

Vê-se, *v.g.*, que o que era considerado delito outrora, pode deixar de sê-lo numa determinada época. O contrário também é verdadeiro, ou seja, condutas contemporâneas irrelevantes para o direito penal e para a ciência criminal podem assumir sua proteção, porque assim o sentimento coletivo impõe.

A título de ilustração e na tentativa de demonstrar a fluidez com que um fato numa determinada época história pode ser considerado como delito e deixar de sê-lo noutra, cita-se o caso do suicídio[34].

Houve um tempo em que o indivíduo estava proibido de autodestruir, e se isso ocorresse era considerado resultado de uma fúria demoníaca. Impunha-se, inclusive, uma sanção penal a quem praticasse tal desatino, que consistia em ser enterrado sem celebração de missa, ter seus bens destinados a pessoas diversas de seus sucessores, ter seu cadáver pendurado pelos pés ou arrastados pelas ruas, ou ainda ter suas mãos cortadas e sepultadas distantes do corpo (DURKHEIM, 2005).

Num outro período, era possível a prática do suicídio desde que fosse autorizado pelo Estado, mediante pedido devidamente fundamentado (DURKHEIM, 2005).

Percebe-se no decorrer do tempo, que ora o suicídio era concebido como ato proibido, porque imoral, atentatório contra a coletividade e a sacralidade da vida, ora abrandado e até mesmo aceitável porque prevalecia a ideia de dignidade da pessoa.

Assim como o suicídio, outros fenômenos considerados como crime deixaram de sê-lo, a exemplo do que ocorreu com o adultério, com a promulgação da Lei 11.106, de 28 de março de 2005.

Partindo-se da premissa de que as condutas elencadas como delituosas são dotados de certa flexibilidade, também a participação de seus protagonistas é variável que a criminologia procura desvendar.

Sobre esse assunto, e visando delimitar a discussão proposta, pensa-se se há particularidades acerca dos delitos praticados por mulheres.

Há crimes tipicamente femininos?

No que diz respeito em saber se há crimes tipicamente femininos, há autores que entendem que os delitos podem sim ser analisados sob o prisma de seu sujeito ativo e propõe a divisão em “delitos exclusivamente masculinos; delitos quase sempre cometidos por homens; delitos tipicamente femininos e, ainda, aqueles que são mais comumente cometidos por mulheres” (FERNANDES; FERNANDES, 2012, p. 379).

34 Sem menoscabar qualquer definição de suicídio, vale-se por ora, mencionar aquela emprestada por Émile Drukheim em sua obra O suicídio: “O suicídio é toda a morte que resulta mediata ou imediatamente de um ato positivo ou negativo, realizado pela própria vítima”. Ainda sobre o tema: “As pessoas tanto podem se matar com a recusa de se alimentar como com sua destruição pelo ferro e pelo fogo” (2005, p.12,13)

No primeiro grupo enquadram-se, segundo os autores, os crimes sexuais, tais como o estupro e atentado violento ao pudor, ao passo que crimes como assaltos à mão armada, latrocínio e sequestro, embora quase sempre cometidos por homens, podem ter a mulher como sujeito ativo. Em relação aos delitos característicos femininos, inclui-se o infanticídio e o aborto e, por fim, consideram que furtos com abuso de confiança e a prostituição estariam relacionados aqueles comumente perpetrados por mulheres.

Ora, sabe-se que há tempos o estupro[35] deixou de ser considerado como crime tipicamente masculino, assim como também já é corrente que não só as mulheres praticam a prostituição (que a despeito de não ser considerado crime é confundida como tal!). Nisso consiste a tal flexibilidade falada há pouco.

> Durante muito tempo se entendeu a prostituição como a ação de a mulher satisfazer a lascívia do homem mediante contraprestação pecuniária ou promessa de outra vantagem. Paulatinamente, esse conceito foi sendo modificado e hoje está praticamente superado com o advento da prostituição masculina. O homem passou a ofertar prazer genésico a outro homem, sendo gratificado por isso. Outrossim, como informa o policiólogo Guido Fonseca em seu livro História da prostituição em São Paulo, a ONU, através de seu Conselho Econômico e Social, em reunião realizada em Tóquio em 1957, sancionou o neologismo 'prostituto para designar o homem que se dedica à prostituição (FERNANDES; FERNANDES, 2012, p. 394)

É certo que há determinados crimes que exigem uma condição especial do sujeito ativo, e assim o é no caso de crime de infanticídio que somente pode ser praticado pela mãe (crime próprio), embora a doutrina admita a coautoria e a participação, e o aborto, que a despeito de comportar variações quanto ao sujeito ativo, prevê nos artigos 124 e 126 do Código Penal a atuação direta da mulher na conduta delituosa, consistente em ela mesma provocar o aborto (autoaborto) ou consentir que outro lhe provoque (MASSON, 2010).

Nesses casos, considera-se plausível falar-se em delito tipicamente feminino. Entretanto essa cisão não se estende aos demais delitos.

Para reforçar o que fora dito, mais uma vez vale-se dos dados apresentados pelo Ministério da Justiça demonstrando que a mulher tem atuado nas diversas modalidades delituosas, tanto na forma tentada como forma consumada.

Ao analisar o índice de criminalidade feminina comparando-o ao da criminalidade masculina é inevitável perceber que a despeito de apresentar taxas crescentes, ainda ficam muito aquém das estatísticas de ilícitos praticados por homens.

Entretanto, há quem sustente que a grande problemática em traçar um perfil fidedigno da criminalidade feminina reside justamente no fato de a grande maioria dos

35 Em relação aos crimes sexuais, sabe-se que esta era uma realidade até a entrada em vigor da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, ocasião em que o legislador derivado achou por bem considerar que os crimes contra a liberdade sexual podem ser praticado por qualquer pessoa.

crimes praticados por elas ficarem na clandestinidade.

A esse respeito, merece transcrição os seguintes dizeres:

> No Brasil, a incidência (de criminalidade feminina) fica em torno de 2%.
> Revela, entretanto, dizer que essa porcentagem de 2% não corresponde à realidade devido à altíssima cifra negra da criminalidade feminina. São altíssimos os índices dos crimes não revelados de aborto. A proporção é de um crime de aborto conhecido ou revelado, para 100.000 não revelados ou não conhecidos pela justiça. Dos cerca de 4 milhões de abortos praticados no Brasil, por ano, cerca de 3 milhões são criminosos, mas quantos desses 3 milhões de crimes de aborto chegam às barras do tribunal do júri? Talvez nem 300 vão ao júri, no Brasil, por ano.
> Se tivéssemos a real criminalidade feminina e a real criminalidade masculina, elas se equivaleriam (JUNIOR, 2001, p. 203).

Tabela 2 – Crimes praticados por mulheres

Perfil do preso	Masculino	Feminino	Total
Crimes Contra a Fé Pública	3.689	142	3.831
Moeda Falsa (Art. 289)	413	25	438
Falsidade Ideológica (Art. 299)	786	45	831
Uso de Documento Falso (Art. 304)	2.490	72	2.562
Legislação Específica	1.161	177	1.338
Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13/01/1990)	1.039	128	1.167
Crimes de Tortura (Lei 9.455 de 07/04/1997)	122	49	171
Entorpecentes (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	116.768	17.178	133.946
Tráfico de Entorpecentes (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06)	110.965	16.184	127.149
Tráfico Internacional de Entorpecentes (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06)	5.803	994	6.797
Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826, de 22/12/2003)	25.930	450	26.380
Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido (Art. 14)	17.273	294	17.567
Porte ou Posse Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito (Art. 16)	8.657	156	8.813
Crimes Contra a Pessoa (Código Penal)	60.579	1.792	62.371
Homicídio Simples (Art. 121, caput)	25.522	797	26.319

Homicídio Qualificado (Art. 121, parágrafo 2º)	33.536	927	34.463
Sequestro e Cárcere Privado (Art. 148)	1.521	68	1.589
Crimes Contra o Patrimônio (Código Penal)	224.779	5.515	230.294
Furto Simples (Art. 155)	34.526	1.243	35.769
Furto Qualificado (Art. 155, Parágrafo 4º e 5º)	35.608	1.063	36.671
Roubo Qualificado (Art. 157, Parágrafo 2º)	92.602	1.845	94.447
Latrocínio (Art. 157, Parágrafo 3º)	14.827	364	15.191
Roubo Simples (Art. 157)	47.216	1.000	48.216
Crimes Contra os Costumes (Código Penal)	13.157	147	13.304
Estupro (Art. 213)	12.544	104	12.648
Corrupção de Menores (Art. 218)	613	43	656

Fonte: Adaptado de InfoPen (2012)

É possível que as pesquisas não revelem o fenômeno da criminalidade feminina em sua inteireza, mas é igualmente verdadeiro que há crimes praticados por homens que também fogem às estatísticas. Talvez a ausência de informações num ou noutro caso seja diretamente proporcional.

1.4 Da vítima

Ao lado do delito e do delinquente assume especial relevância para a criminologia o estudo do sujeito passivo do injusto penal – a vítima.

Historicamente, entre os povos primitivos, vítima era o animal destinado ao sacrifício para acalmar a ira divina ou ofertado em ação de graças pelos benefícios recebidos (MASON[36], 1962 apud OLIVEIRA, 2001, p. 7).

No campo jurídico, dada a elasticidade conceitual, sua definição pode ser extraída do Anexo da Declaração dos Princípios Básicos da Justiça relativas às Vítimas da Criminalidade e de Abuso do Poder, de 29 de novembro de 1985, aprovada pela Resolução n° 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas – Declaração Universal dos Direitos da Vítima (PFDC/MPF, 1985):

36 Mason, S. F. **Historia da Ciência**, trad. De Jose Vellinho de Lacerda, Porto Alegre, Ed. Globo, 1957.

> Entende-se por "vítima" as pessoas que individualmente ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequências de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que proscreve o abuso de poder.
> Poderá ser considerada "vítima" uma pessoa, de acordo com a presente Declaração, independentemente de ser identificado, detido, julgado ou condenado o perpetrador e independentemente da relação familiar entre o perpetrador e a vítima. Nessa expressão "vítima" estão incluídos também, se for o caso, os familiares ou pessoas dependentes que tenham relação imediata com a vítima direta e as pessoas que tenham sofrido danos ao intervir para dar assistência à vítima em perigo ou para prevenir a ação danificadora.

Pensar na vítima como objeto de estudo da criminologia pode suscitar a seguinte indagação: que relevância a vítima pode assumir na análise do fenômeno do crime?

Inicialmente concebia-se como fundamento do Direito Penal e da Criminologia a dupla crime/criminoso, entretanto, partindo-se para uma análise fenomenológica, o crime deve ser analisado em sua completude, razão pela qual é imprescindível avaliar a extensão da participação da vítima.

Nesse sentido, a Criminologia chamou para si a incumbência de estudar o comportamento da vítima na relação delituosa – personagem que a despeito de figurar como ofendida ou sujeito passivo do crime pode também assumir a posição de provocadora ou colaboradora da conduta criminosa.

O estudo da vítima – sob o ponto de vista histórico – surgiu após a II Guerra Mundial com o intuito de atender aqueles que haviam sofrido nos campos de concentração e ganhou contorno científico e jurídico com o pronunciamento e com os escritos de Benjamim Mendelsohn, na Universidade de Bucareste (1947) – o primeiro a utilizar o termo "vitimologia". Destacam-se conjuntamente como precursores ao lado de Mendelsohn: Hans Von Hentig, criminoligista alemão; Henri Ellenberger, no Canadá; Jean Graven, na Suíça; Stepnhen Schafer, na Inglaterra e Estados Unidos; Israel Drapkin, em Israel; e Margery Fry, na Inglaterra (ALVES, 1986, p. 90).

Interessante notar que semelhantemente à conclusão de Lombroso acerca da possibilidade de existir o delinquente nato – a Vitimologia admite a existência de vítima-nata, ou seja, aquela que possui uma predisposição consciente ou inconsciente para suportar a ação delinquente.

A obra Criminologia Integrada traz em seu capítulo destinado a Vitimologia[37] os seguintes exemplos de vítima assim considerada:

37 A despeito da controvérsia existente em definir a vitimologia como ciência autônoma ou um ramo da criminologia, é de se estabelecer que essa área do conhecimento ocupa-se de estudar a personalidade da vítima em seus aspectos comportamentais e psicológicos em face de uma infração penal (MOREIRA FILHO, 2006, p. 76).

> Dentre estas vítimas-natas, oportuno nomear os vigias de banco e supermercados, os médicos que no exercício da profissão estão a todo tempo sujeitos a uma grande variedade de imputações e denunciações aleivosas, os policiais sempre à beira de riscos iminentes etc. Acrescenta-se, ainda, os indivíduos cuja credulidade deixa-os sempre ao talante dos falcatrueiros. E mais: as pessoas de idade avançada, ou melhor, os velhos, sofrem com alguma regularidade e fatalismo, os crimes de furto e roubo, em face da precária defesa que oferecem aos ladrões [...]. Generalizando, de concluir que fatores como idade, sexo, profissão e a própria densidade e promiscuidade populacional convertem, com relativa facilidade, as pessoas em vítimas de investidas criminais (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p. 549).

A concepção de tal adjetivação é veementemente rechaçada por parte da doutrina:

> Talvez a única vítima nata possível de se conceber seja Jesus Cristo, que, como Messias Espiritual, veio ao mundo para padecer com resignação até morrer assassinado, dando a vida para libertar e salvar a humanidade (CASTRO, 1969[38] apud OLIVEIRA, 2001, p. 63-64).

Todo fenômeno carece de classificação e como não poderia deixar de ser, a vitimologia agrupando o sujeito passivo segundo suas características estabelece a seguinte[39]: vítima potencial ou intencional, provocadora, falsa ou simuladora, indiscriminada, voluntária, real e alternativa.

Em que pese as diferentes características que uma ou outra vítima possa apresentar, importa destacar que a criminologia dedica-se a desvendar o comportamento da vítima e a sua atuação no deslinde do crime, isso porque, a partir de sua participação é possível aferir dentre outras variáveis, o dolo e a culpa do sujeito ativo, eventual corresponsabilidade, classificação do crime e a respectiva ação penal.

---

38 Castro. L. A. La Victimologia. Maracaibo, Universidad Del Zulia, 1969.

39 O autor Roque de Brito Alves em sua obra Criminologia define com clareza os diversos tipos de vítima, encontrando-se cada um deles assim caracterizado: a) vítimas potenciais: são aqueles que possuem personalidade insuportável, criadoras de caso e que levam ao desespero aqueles com quem convivem; b) vítima provocadora é aquela que originou, causou a ação, como que obrigando alguém ou o agente do delito a aturar contra a sua pessoa; c) falsas ou simuladoras: aquela que está consciente de que não foi vítima de delito algum, do indivíduo a quem acusa, porém age geralmente por razões de vingança ou buscando obter alguma vantagem material ou não; d) vítima indiscriminada: compreende todas as que são passíveis de agressões ou atentados na sociedade atual, como por exemplo, as vítimas de atos de terrorismo, todos os que na sociedade de consumo moderna consomem alimentos deteriorados, alterados, adquirem mercadorias de inferior qualidade enganados por falsa propaganda ou por fraude em sua fabricação; e) vítimas voluntárias manifestam-se, por exemplo, nas hipóteses do denominado homicídio eutanásico e no par suicida ou suicídio a dois; f) reais: são as vítimas de si mesma, sem que sofram a ação de terceira pessoa, geralmente vítima de imprudência, negligencia, etc.; g) alternativa: estão diretamente relacionadas com o agente, como nas hipóteses de rixa, de duelo, de desafio para briga, etc., quando é inegável que a vítima poderá ser qualquer um dos contendores.

Edmundo de Oliveira (2001) destaca que a análise da condição de vítima deve valorar: a) os limites de relação entre autor e vítima; b) a natureza do interesse ou bem juridicamente protegido; c) desempenho do sujeito passivo avaliando o seu consentimento ou concorrência de culpa; d) o sujeito passivo ante as circunstâncias do crime; e) o sujeito passivo face às circunstâncias ou aos elementos acessórios; e) conduta do sujeito passivo após a prática do crime.

Lembra o mencionado autor que o Código Penal traz em seu texto diversos dispositivos onde é mencionada, taxativamente, a figura do sujeito passivo, a exemplo do que se verifica na previsão estabelecida no art. 20, §3° (sobre erro sobre a pessoa); art. 121, §1° (homicídio doloso logo em seguida a injusta provocação da vítima); art. 61, inciso II, alínea c (circunstância agravante devido utilização de recurso que dificulta ou torna impossível a defesa do ofendido), dentre tantos outros.

Ressalta, entretanto, que merece relevo o que preceitua o artigo 59 do Código Penal, segundo o qual, o juiz, ao estabelecer a reprimenda pelo mal praticado, levará em conta o comportamento da vítima. E conclui essa passagem, aduzindo que a própria Exposição de Motivos chama a atenção para o binômio delinquente-vítima nos seguintes termos: “muitas vezes o comportamento da vítima se transforma em fator criminógeno, por constitui-se em provocação ou estimo a conduta criminosa[40]” (ANGHER, 2012).

Tem-se como certo o fato de que em determinadas situações a vítima, de forma consciente ou inconsciente, se coloca em situação de risco por estímulo ou provocação. É o caso, por exemplo, do indivíduo que desavisadamente deixa as janelas do seu automóvel abertas e em seu interior visíveis objetos de fácil transporte, ou ainda, aquele que exibe joia ou valores em lugares suspeitos ou sabidamente perigosos.

Sob o ponto de vista psicológico, poder-se-ia cogitar que algumas pessoas são motivadas de forma inconsciente à situação de risco visando a recompensas reais ou imaginárias, fenômeno conhecido como ganho secundário[41].

O sentimento de admiração e excesso de cuidados despertados em seus pares; reconhecimento pelo enfrentamento da situação de risco; exaltação pelo desprendimento

40 Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. Item 50. Vademecum Acadêmico de Direito Rideel. Anne Joyce Angher, organização. 14 ed. São Paulo: Ridell, 2012.

41 Na teoria psicanalítica ganho secundário ou ganho epinósico são “vantagens secundárias resultantes de uma doença, como a satisfação de anseios de dependência ou ser alvo de atenções. ‘Nas neuroses traumáticas, os ganhos secundários desempenham um papel ainda mais importante do que nas neuroses; existem certos usos que o paciente pode fazer da sua doença e que nada tem a ver com a origem da neurose, mas que podem chegar a adquirir a maior importância prática [...]” (CAMPPBEL, 1986, p. 269-270).
Embora o termo aqui definido refira-se a ganhos secundários a partir da doença, é possível verificar o fenômeno em aspectos não patológicos. Há ganhos secundários em escolhas de determinados comportamentos, a exemplo do relato constante de doenças (ainda que inexistam).

material ou ainda ser comparado a heróis podem figurar como exemplos de ganhos secundários (reais ou imaginários) e consequentemente elementos inconscientes propulsores que mobilizam a pessoa a colocar-se em situações de risco.

A despeito das infindáveis discussões possíveis de serem suscitadas a partir da análise do comportamento da vítima, busca-se saber se a prática de crime por mulheres guarda alguma especificidade no tocante ao sujeito passivo de sua conduta. Noutras palavras, há vítimas específicas ou potenciais para os delitos femininos, ou de toda sorte, as conclusões da criminologia nesse tópico não destoam quando o assunto é delinquência feminina?

Refletindo sobre a questão é possível lembrar que os crimes tipicamente femininos exigem vítimas específicas. No crime de infanticídio, *v.g.*, tem-se como vítima o próprio filho (nascente ou neonato), e no crime de autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante, tem-se como vítima específica o óvulo fecundado, embrião ou feto, ou ainda, a própria mulher – se as manobras abortivas causar-lhe lesões graves ou morte (GRECO, 2011).

Ademais, não se encontrou nos manuais consultados nenhum estudo específico a respeito do tema, de modo que resta relatar os resultados observados na presente pesquisa.

1.5 Do controle social

Falar em controle pressupõe a existência de um poder. Controle social é, pois, a existência de um poder que delimita o comportamento do indivíduo segundo regras sociais preexistentes.

Schecaira[42] esclarece que se trata de um conjunto de mecanismos e sanções sociais que atua sobre o homem submetendo-o aos modelos e às normas de convívio (2004 apud PENTEADO FILHO, 2013, p. 130).

Zaffaroni (2011) lembra que o controle social é exercido informalmente de maneira difusa pela família, educação, medicina, religião, partidos políticos, meios massivos de comunicação, atividade artística, dentre outros. Por outro lado, ressalta que há também o controle formal institucionalizado, que se divide em *não punitivo* – exercido pelo direito privado, por exemplo – e o *punitivo*, este representado pelo sistema penal, composto pelo seguimento policial, judicial e executivo (2001, p. 61).

O autor Nestor Sampaio destaca neste tópico também o Ministério Público (2013, p. 131).

42 SCHECAIRA, Sergio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Considerando que por ora a reflexão diz respeito à seara criminal, é possível afirmar que: *i)* ao Estado foi conferido o poder de regular as relações sociais, definir o que é ou não crime mediante a elaboração de leis; *ii)* também ao Estado foi atribuída a prerrogativa de, ao constatar a desobediência à legislação positivada mediante a prática de uma conduta ilícita, impor ao seu infrator a correspondente sanção.

A questão repousa em saber qual a finalidade da imposição do castigo – o controle social institucional – àquele que age contrariamente às regras legais preestabelecidas.

A reprimenda pelo cometimento de um ato ilícito assume funções diversas a depender da teoria que se adote. Basicamente há três teorias que se sobressaem: as teorias absolutas cuja essência pode ser traduzida na máxima "imposição do mal da pena pelo mal do crime", trata-se da retribuição imposta pelo Estado em decorrência do ato ilícito cometido (ALBERGARIA, 1992, p. 15).

Noutra extremidade há a teoria relativa ou utilitarista segundo a qual o castigo imposto deve assumir tanto o caráter de prevenção geral como também de prevenção especial. No primeiro caso, pretende-se, através da aplicação da sanção penal, a intimidação da sociedade para que perceba que uma vez praticado um crime, sobrevir-lhe-á um castigo. Trata-se, pois, de uma coação psicológica exercida de forma geral e abstrata. Além da intimidação da sociedade, a prevenção geral almeja conferir proteção a essa mesma sociedade contra aquele que num determinado momento mostrou-se contrário ao pacto social outrora estabelecido.

A prevenção especial, por seu turno, destina-se especificamente ao sujeito ativo da conduta delituosa, no sentido de que ao experimentar a reprimenda pelo mal causado, espie o injusto cometido e certifique-se de que não voltará a delinquir. A prevenção especial apregoa que a pena dever servir de instrumento de ressocialização desse indivíduo que teve sua liberdade cerceada para que, voltando ao convívio social, não venha mais a delinquir.

Contemporaneamente, vige a ideia de que a pena deve servir aos dois propósitos, quais sejam: a retribuição pelo mal causado e a prevenção para que o mal não mais ocorra. A prevenção está diretamente relacionada à figura do legislador que – exercendo legitimamente a vontade soberana – intimida de forma geral e abstratamente a sociedade com o intuito de evitar a conduta anteriormente descrita como crime, sob pena de suportar uma sanção que também segue a regra da anterioridade. Logo, o indivíduo ao praticar um ato contrário ao ordenamento jurídico, sabe, antecipadamente, que haverá uma retribuição, qual seja, a sanção penal. Por outro lado, o Estado também é conhecedor do seu dever de propiciar meios para que o indivíduo, findo o cumprimento do castigo imposto, regresse ao meio social de forma diferenciada: ressocializado.

O autor Baratta (2009), ao iniciar um longo confronto entre a teoria jurídica e a teoria sociológica da criminalidade estabelece um princípio que parece ser comum às duas ciências: o princípio da finalidade ou prevenção.

A pena não tem somente a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente (BARATTA, 1999, p. 42).

A forma retributiva de punir o indivíduo culpado de um ato ilícito tal qual concebemos nos dias atuais, não deve desvincular-se das regras e princípios que lhe confiram o caráter de humanidade, entretanto, foi necessário um longo percurso para que assumisse tal contorno. Isso porque noutros tempos, retribuía-se o mal causado com um mal ainda maior – o criminoso pagava pelo ilícito com o seu corpo ou com a sua própria vida.

1.5.1 Do castigo físico à pena privativa de liberdade

Prisão, também conhecida na atualidade como cárcere, cadeia, presídio, penitenciária, casa de detenção, custódia, outrora chamada de enxovia, masmorra, calabouço, etc. significa tão somente o estabelecimento em que alguém fica retido, à disposição da justiça, cumprindo pena privativa de liberdade em razão do cometimento de um crime (FARIAS JÚNIOR, 2001).

Mas nem sempre foi assim, pois a história relata que noutros tempos, antes do século XVIII, aquele que cometia um crime era apenado com flagelo, amputação, morte pela decapitação, crucificação, perseguição, dentre outras práticas. Não se concebia a pena de privação de liberdade como sanção penal. Era uma época em que o castigo pela prática de um crime[43] atingia o próprio corpo de indivíduo. O delinquente ou o assim considerado deveria, antes que a morte lhe sobreviesse, experimentar todo tipo de dor física possível que variava desde ferimentos e queimaduras até o dilaceramento do seu corpo por tração animal ou por instrumentos construídos especificamente para tal finalidade. A ideia era impor o padecimento ao corpo – nisso consistia a pena – e o ritual acontecia diante do público que a tudo assistia sem, em regra, externar qualquer sinal de comiseração.

Por vezes as palavras lançadas numa folha de papel não conseguem traduzir aquilo que se pretende explicar, socorre-se então aos exemplos reais registrados na história, pois, só assim, ao tempo que possibilita ao leitor a compreensão pela riqueza de detalhes

43 Michel Foucault em sua clássica obra Vigiar e Punir (2011, 34) lembra as penas corporais eram autônomas, mas podiam figurar como acessórias quando aplicada as penas de banimentos ou multa.

minuciosamente relatados, permite-lhe a percepção da crueldade imposta ao apenado numa época não muito distante:

> (Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757), a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris (onde haveria ser) levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; (em seguida), na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros consumidos ao fogo, reduzido a cinzas e sua cinzas lançadas ao vento (DAMIENS, 1757, p. 372-374 apud FOUCAULT, 2011, p. 9).

As mulheres que praticavam crimes não tinham melhor destino, eis uma sentença:

> Uma criada de Cambrai, que matara sua senhora, é condenada a ser levada ao lugar do suplicio numa carroça “usada para retirar as imundícies em todas as encruzilhadas”; lá haverá uma forca a cujo pé será colocado a mesma poltrona onde estava sentada a senhora Laleu sua patroa, quando foi assassinada; e sendo colocada lá; o executor da alta justiça lhe cortará a mão direita e em sua presença a jogara ao fogo, e lhe dará imediatamente depois quatro facadas, com a faca utilizada por ela para assassinar a senhora Laleu, a primeira e a segunda na cabeça, a terceira no antebraço esquerdo, e a quarta no peito; feito o que, será pendurada e estrangulada na dita forca até a morte; e depois de duas horas seu cadáver será retirado, e a cabeça separada ao pé da dita forca sobre o dito cadafalso, com a mesma faca que ela utilizou para assassinar sua senhora, e a cabeça exposta sobre uma figura de vinte pés fora da porta da dita Cambrai, junto ao caminho que leva a Douai, e o resto do corpo posto num saco, e enterrado perto do dito poste, a dez pés de profundidade (FOUCAULT, 2011, p. 46).

A história relata que a forma de castigo físico como modalidade de pena foi ganhando novos contornos ao longo do tempo: da morte teatralizada à morte sem os grandes espetáculos; da execução em público às execuções em segredo; do castigo imposto ao corpo ao castigo imposto à alma (FOUCAULT, 2011).

> O poder sobre o corpo, por outro lado, tampouco deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Sem dúvida a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito. Porém, castigos como trabalhos forçados ou prisão – privação pura e simples da liberdade – nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra (FOUCAULT, 2011, p. 20).

No Império Romano aquele que não professasse a fé no Imperador Constantino e, posteriormente, na Igreja Católica, praticava crime, sendo apenado com perseguição e exposição aos animais ferozes. Foi uma época em que pecado e crime faziam parte de um tronco comum e sendo assim, a Igreja se investia do poder de prender, julgar e condenar.

Em razão do elevado número de fiéis ou "infiéis" condenados, a Igreja Católica viu-se compelida a construir estabelecimentos "apropriados" ao arrependimento e à expiação dos pecados, apropriado não no sentido de adequado, mas sim no sentido de lugar único, onde pudesse contê-los e torturá-los até o fim último: a conversão ou a fogueira.

Assim surgiram as primeiras penitenciárias.

> Os penitenciários eram, em geral, subterrâneos com celas individuais, escuras, imundas e mefíticas, porque, segundo os inquisidores, só assim elas seriam propícias às ascese, à penitência, à expiação, à purgação. Havia uma dependência para os suplícios que eram progressivos, desde os mais brandos até os mais violentos e, desde que o supliciado não se "arrependesse" e não se "convertesse", seria lançado vivo na fogueira (FARIAS JUNIOR, 2001, p. 367).

Mas não só a igreja se ocupava da construção desses estabelecimentos. O poder secular marcado pelo absolutismo e autoritarismo edificava cárceres similares para onde eram recolhidos os criminosos e, como forma de cumprimento da pena, submetidos a todo tipo de tratamento desumano e degradante com a possibilidade de suplício público[44] até que lhe sobreviesse à morte. Tudo em nome do Rei – o Estado.

Não se cogitava qualquer noção de respeito à individualidade e à diferença quanto à idade ou ao sexo, de modo que durante certo período que se estendeu até a Idade Média os delinquentes eram todos encarcerados na mesma vala comum, independentemente de ser jovem, velho, homem ou mulher.

A Revolução Francesa[45] marcou a insurgência contra as atrocidades cometidas dentro e fora dos estabelecimentos prisionais e a partir de então foi estabelecida a pena de prisão privativa de liberdade, afastando-se a possibilidade de penas ritualísticas de maus tratos, humilhação, decapitação e toda ordem de maldade que a história relata.

Discutir se a substituição das penas desumanas e degradantes dos castigos físicos por pena privativa de liberdade fora motivada por interesses humanitários *versus*

44 Suplício é a pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz (dizia Jaucort); e acrescentava: é o fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade (FOUCAULT, 2011, p. 35 citando Enclyclopédie, verbete explicito).

45 Em que pese ter sido a França a grande propagadora da necessidade de estabelecimento prisional adequado para o cumprimento da pena, é de se reconhecer que foi na cidade de Amsterdã, em 1595, que se viu construída a primeira penitenciária masculina e dois anos depois a primeira penitenciária feminina visando o recolhimento do indivíduo para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

interesse socioeconômico,[46] embora de grande fascínio, assume contornos que destoam da proposta inicial aqui entabulada.

Em que pese à existência das duas correntes ressalta-se que prevalece a noção de que os movimentos contrários às barbáries cometidas nos julgamentos e na aplicação da pena foram motivados por ideais e sentimentos humanitários, mormente pelas ideias propagadas pela Revolução Francesa e pela influência de pensadores que iluminaram o direito penal a partir da divulgação e consagração de valores e princípios mínimos.

Não há como chegar a este estágio de discussão sem mencionar Cesar Bonessana, Marquês de Beccaria,[47] que ao lado de outros pensadores[48] marcou a segunda metade do século XVIII com ideias que privilegiavam a liberdade, a dignidade do homem, a prevenção do crime, a proporcionalidade e a utilidade da pena.

Tão antigo e necessário à atualidade é a obra de Beccaria! Proclama o autor que o homem carece viver em sociedade e, para isso, cede parte de sua liberdade ao Soberano, a quem incumbe legitimamente impor regras de convivência e punir – humanitária, proporcional, utilitária e celeremente – aquele que desobedecer aos preceitos previamente estabelecidos.

As ideias de Beccaria ressoaram no Código Penal da França (1791) donde se primou pela substituição das penas corporais pelas penas privativas de liberdade e pela redução da imposição de pena de morte (BITENCOURT, 1993, p. 43).

Da densidade de sua obra extrai-se a seguinte passagem:

> Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima das possíveis em dadas circunstâncias, proporcionada aos crimes, ditadas pelas leis (BECCARIA, 2002, p. 142).

---

46 A esse respeito conjectura-se que os modelos punitivos foram modificados, por exemplo, para aproveitar a mão de obra abundante e barata que significava a população carcerária. Apenas a titulo de exemplo, cita-se uma passagem da obra Falência da prisão, em que o autor Cezar Roberto Bitencout, inspirado em Michel Foucault (História da Loucura) faz uma reflexão sobre as possíveis causas da transformação da prisão-custódia em prisão-pena, das quais se destaca: “d) finalmente, a razão econômica foi um fato muito importante na transformação da pena privativa de liberdade... à sua função de repressão adiciona-se um nova utilidade. Agora já não se trata de encerrar aos desempregados, mas de dar trabalho aqueles que estão encerrados e fazê-lo úteis à prosperidade geral. A alternância é clara: mão de obra barata, quando há trabalho e salários altos; e, em períodos de desemprego, reabsorção dos ociosos e proteção social contra a agitação e os motins. Não esqueçamos que as primeiras casas de internamento aprecem na Inglaterra nos pontos mais industrializados do país: Horcester, Norwinch, Bristol (BITENCOURT,1993).

47 Responsável pela obra clássica Dos Delitos e das Penas (publicada em 1946) e conhecido simplesmente como Cesare Beccaria, nasceu em Milão em 15.3.1738 e morreu em 28.11. 1794 (Cezar Roberto Bitencourt, 1993, p. 38).

48 Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 43) destaca John Howard (não há consenso sobre sua data de nascimento, mas seria algo em torno de 1725 e morreu em 1790) e Jeremias Bentham (1748-1832).

Essa foi e continua sendo a prescrição de Beccaria destinada a todos aqueles que militam na seara penal, tanto aos legisladores quanto aos aplicadores da lei.

A história das prisões é marcada por avanços e retrocessos. Pouco mais de duzentos anos separam as crueldades cometidas no passado da situação degradante das prisões atuais. O certo é que tanto lá como aqui a prisão é por si só, um lugar onde o ser humano experimenta a solidão do sofrimento pelo não ter e o não ser.

O *não ter* significa a ausência [...] ausência do que teve e do que haveria de ter e o *não ser* porque o humano é reduzido a um número, uma cifra, um tipo penal, afastando-se ou afastado de sua verdadeira essência. Associam-se a isso os infortúnios a que estão suscetíveis pelo convívio diuturno com outros presos, a ociosidade, promiscuidade, homossexualidade, superlotação, a falta de perspectiva e todas as demais variáveis e reflexos que o sistema prisional acarreta.

Mas os estudos prosseguem e muitos esforços são feitos em prol de melhoria nas prisões, a fim possibilitar o cumprimento do fim almejado pela imposição da pena: a retribuição pelo mal causado, mas, sobretudo a ressocialização, evitando, dessa forma, a reincidência do mal.

E o que dizer das prisões femininas? Há especificidades em relação a estas?

É consensual que os estabelecimentos prisionais foram inicialmente pensados a partir do público masculino, e isso se explica em razão de o contingente de homens que praticam crimes ser 90% maior comparado à mulher.

Na obra *A mulher encarcerada em face do pode punitivo*, a autora faz um importante retrospecto acerca da situação prisional da mulher mencionando que há poucos estudos específicos em relação ao tema e a maioria dos trabalhos apresentados não enfrentam a questão em sua completude.

> Se compararmos as pesquisas que tem como tema as prisões femininas com aquelas existentes sobre as prisões masculinas no Brasil, será possível deduzir que inúmeros aspectos ainda não foram estudados, daí a importância de promover a expansão dos estudos sobre o universo dos cárceres de mulheres (ESPINOZA, 2004, p. 84).

Lembra a autora que a concepção estereotipada da mulher delituosa por vezes empresta-lhe um tratamento carcerário que visa, numa primeira análise, a adequá-la aos padrões morais preestabelecidos a fim de que retome o seu curso natural e cumpra seu papel moralmente imposto. A comprovação dessa assertiva estaria justamente na instalação de prisões femininas em conventos e na tentativa de inculcar-lhes valores de passividade e submissão.

1.5.2 Pena privativa de liberdade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Contemporaneamente – a partir de um conjunto de documentos legislativos[49] que garantem especial proteção àqueles que se encontram custodiados pelo Estado – o ordenamento jurídico interno, de forma pulverizada, cuida de estabelecer normas e princípios mínimos fundamentais no tocante ao tratamento prisional, pautando-se pela máxima dos direitos humanos e da dignidade da pessoa.

Precisas são as palavras de Sarlet ao conceituar a dignidade da pessoa humana:

> [...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 62).

A dignidade da pessoa humana constitui-se num dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme estabelece o art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988). É reconhecida como um princípio e um "[…] núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo [...]" de onde se originam e convergem os direitos fundamentais. É responsável por nortear tanto a atuação do legislador como a do interprete e aplicador da ordem normativa e principiológica que regem o sistema jurídico vigente (NOVELINO, 2011, p. 371).

Princípio, nas palavras de Cunha Júnior (2011, p. 183) "é o veículo dos valores mais fundamentais de uma sociedade. Numa perspectiva jurídica, princípio é o mandamento nuclear de um sistema jurídico [...] é a viga mestra que suporta e ampara o sistema jurídico ou cada um dos subsistemas existentes [...]".

Segundo Novelino (2011), o reconhecimento de tal princípio trouxe consigo uma série de consequências das quais se destacam: 1) a pessoa constitui-se em um objetivo

49 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e especificadas nas Regras Mínimas de tratamento aos reclusos das Nações Unidas (adotada no Primeiro Congresso para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, em 1955, e aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução 633 CI XXIV, em 31 de julho de 1957). Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto São José da Costa Rica (1969), o Código de Conduta para Autoridades Encarregadas de fazer Cumprir a Lei (Resolução 34-169 da ONU, de 17 de dezembro de 1979), o Projeto de Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Quaisquer Forma de Detenção ou Prisão (Resolução 43/173 da ONU, de 9 de dezembro de 1988) e as Convenções contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes da ONU, adotada em 10 de dezembro de 1984, e da Organização dos Estados Americanos (OEA), adotada em 9 de dezembro de 1985 (ESPINOZA, 2004, 94-95).

supremo e não somente um reflexo da ordem jurídica; 2) entre o indivíduo e o Estado deve inclinar-se sempre uma presunção em favor daquele; 3) o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado; 4) a dignidade não é conferida pelo ordenamento jurídico, ao contrário, é um atributo inerente ao ser humano, independentemente de qualquer condição; 5) o reconhecimento tal como se dá, impõe ao poder público o dever de respeito, proteção e promoção de instrumentos que assegurem sua concretude .

Considerando a relevância que o princípio da dignidade da pessoa humana assume, tanto nas relações verticais, quanto horizontais, emerge a discussão em torno de saber se tal princípio deve ser aplicado em toda e qualquer situação, ou se comporta relativização. Mais especificamente falando, a restrição da liberdade do indivíduo contraria referido princípio? Qual seria a linha divisória que delimita a atuação estatal frente àquele que comete um injusto penal sem afrontar o principio norteador?

Bobbio (2004) entende que os direitos do homem têm se modificado ao longo das condições históricas, e, aqueles direitos que eram importantes e exaltados em séculos passados, já não o são na atualidade, assim como aqueles que se revestem de grande valor no tempo presente, poderão perdê-lo frente às necessidades futuras. Dada essa relatividade de coisas, não se pode conceber um fundamento como absoluto. Entretanto, o autor considera que a despeito dessa possibilidade de relativização de direitos, há de se reconhecer alguns poucos revestidos desse caráter absoluto – que valem indistintamente em qualquer situação –: 1) o direito de não ser escravizado e 2) o direito de não sofrer tortura, sob pena de afronta a dignidade da pessoa.

Eis um primeiro limite da atuação estatal.

Novelino (2011), ao tratar sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, inspirado nos postulados estabelecidos por Robert Alexy (2011), diferencia regras de princípios e assevera que aquelas estabelecem comandos a serem cumpridos na exata medida prescrita, é tudo ou nada, não havendo margem para ponderações e, por tal razão são dotadas de caráter absoluto. Por outro lado, os princípios, comportam, a depender do caso concreto, só pensamento, ponderações e, por isso, assumem a possibilidade de sofrer relativizações. Nessa toada, o doutrinador menciona que Bobbio ao se referir ao direito de não ser escravizado e não sofrer tortura estaria se referindo a regras – já que não comporta relativização – e não a princípios.

É, portanto, taxativo ao reconhecer a relatividade dos princípios, conforme a seguir se transcreve: "*Com base nessas considerações, talvez fosse mais exato afirmar que não existem princípios absolutos, ainda que consagrem direitos fundamentais.*" (NOVELINO, 2011, p. 386).

Silva (2004) sinaliza que a tese de que os direitos fundamentais são inatos e absolutos advém da concepção jusnaturalista, e assegura que – a despeito de conservarem-se na atualidade algumas de suas características tais como a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade – o caráter absoluto não mais vigora.

Eis suas palavras: *"Quanto ao caráter absoluto que se reconhecia neles no sentido de imutabilidade, não pode mais ser aceito desde que se entenda que tenham caráter histórico."*

Cunha Júnior (2011), no mesmo sentido é categórico ao afirmar que não há direitos absolutos e entende ser possível, no caso concreto, através de um juízo de proporcionalidade, existir a harmonização dos direitos, atendendo-se a máxima observância e a mínima restrição dos direitos fundamentais.

O autor chama a atenção, porém, ao fato de que qualquer ordem de limitação somente é possível se for admitida pela Constituição Federal ou a partir de outras disposições constitucionais, não cabendo, portanto, ao interprete, nem tampouco ao legislador aventurar-se nessa seara.

Reconhece-se, pois, a legalidade como mais uma modalidade de limitação ao Poder Estatal no que diz respeito ao tratamento do homem ou da mulher delinquente.

Em que pese a admissão da relativização dos princípios e considerando que o indivíduo que pratica um injusto penal tem sobre si a obrigação de cumprir uma sanção coercitivamente imposta pelo poder Estatal, é correto afirmar que a relação crime-sanção deve limitar-se pelo princípio da legalidade e máxima da *dignidade da pessoa humana* como valor supremo que agrega em torno de si uma série de direitos que foram social e historicamente reconhecidos: os chamados direitos fundamentais.

Os referidos direitos, tais como hoje concebemos advêm de uma longa construção da história do homem, dos seus costumes, das suas experiências, da sua consciência enquanto ser individualizado bem como da consciência do ser inter-relacional; dos erros do passado, das atrocidades contra a humanidade; e porque não dizer da necessidade de limitação da força bruta?

Momentos distintos marcaram e marcam a evolução dos direitos fundamentais do homem: primeiro com reconhecimento da dignidade como condição inerente à pessoa humana; segundo, para admitir a necessidade de se estabelecer direitos mínimos que garantam o exercício dessa dignidade; e num terceiro momento, e talvez o mais difícil, a incessante busca pela efetividade desses direitos.

Passamos da era do reconhecimento e afirmação dos direitos para a era da busca da efetivação desses direitos. Mas quais seriam esses direitos?

Prestigiando o Princípio da Legalidade, buscam-se no ordenamento jurídico os textos legais que estabeleçam tais direitos, destacando-se especialmente aqueles direcionados às mulheres delituosas que se encontram sob a responsabilidade do Estado.

1.6 Tratamento jurídico à mulher delinquente

1.6.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos

Em 1948 foi adotada e proclamada pela Resolução 217, durante a 3ª Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assinada pelo Brasil na mesma data prevê em seu artigo 5º e 9º, respectivamente, que *"ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante"* e "*ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado".*

A densidade do Texto Declaratório funda-se em premissas que impõem o dever de respeito à condição humana, seja em relação àquele que goza de todos os poderes inerentes a essa condição, tais como o direito à liberdade, seja àquele que tem esse direito factualmente relativizado ou na eminência de sê-lo.

Nesse sentido, destaca-se que a Declaração de Direitos Humanos (1948) consagra dentre outros: a presunção de inocência (art. XI-1); a publicidade nos julgamentos (art. XI-1); a ampla defesa (art. XI-1); presunção de não culpabilidade (art. XI-2); proporcionalidade da pena em relação ao ilícito praticado (art. XI-2).

Assim, é de se reconhecer que os movimentos de outrora visando combater as barbáries cometidas em relação ao delinquente, ecoou no direito positivado donde se tem buscado assegurar um tratamento prisional que assegure o respeito à condição humana.

1.6.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica

Em 1969 surge a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o Pacto de São José da Costa Rica, entrando em vigor internacional em 18.7.1979, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74 e ratificada pelo Brasil em 25.09.1992, por meio do Decreto Legislativo n° 27, de 25.9.1992 e promulgada pelo Decreto n° 678, de 6.11.1992 (VADEMECUM, 2012). Sua orientação quanto ao tema assegura:

Art. 5°
Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratado com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstância excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoa não condenada.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para o tratamento.
6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação dos condenados.

Faz menção expressa ainda quanto à necessidade de observância ao princípio da legalidade como forma de impedir que o indivíduo fique a mercê das prisões arbitrárias (art. 7°, 1 e 3), princípio da informação que assegura que o detento ou retido tenha conhecimento das razões de sua condição (art. 7°, 4); princípio da celeridade, razoabilidade (art. 7°, 5), princípio da inocência (art. 8°, 2), dentre tantos outros.

1.6.3 Convenção contra tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

A tortura tão utilizada noutros tempos, está terminantemente vedada na ordem jurídica vigente. Tal vedação encontra-se expressa em vários diplomas legais, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5°, inciso III).

No cenário jurídico internacional a proibição está prevista em documento específico, adotado pela Resolução n° 39/46 da Assembleia das Nações Unidas em 28 de setembro de 1984. Em seu primeiro artigo assim delimita o que deve ser considerado tortura:

> Artigo 1° - Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Por seu turno, o artigo 10 prevê a responsabilidade de cada Estado-parte em proceder ao ensino e informação sobre a vedação da prática de tortura em relação a todo aquele que participar de custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa custodiada pelo Estado.

> Art. 10 – 1. Cada Estado-parte assegurará que o ensino e a informação sobre a proibição da tortura sejam plenamente incorporados no treinamento do pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão.

De acordo com Piovesan (2012), até o ano de 2011, 147 Estados Membros já haviam manifestado adesão a esta Convenção, destacando-se que no Brasil o documento ingressou no ordenamento jurídico mediante o Decreto n° 40, de 15 de fevereiro de 1991.

1.6.4 Constituição da República Federativa do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, sem destoar daquilo que já era objeto de previsão e proteção, estabeleceu dentro do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, dispositivos específicos, ora delimitando a atuação Estatal, ora estabelecendo regras referentes ao processo, procedimento e à condição situacional do preso.

No primeiro caso é possível mencionar, apenas a título de exemplo, a necessidade de existência de lei prévia que defina crime e culmine pena (art. 5°, inciso XXXIX); vedação à aplicação de lei nova a fatos pretéritos, salvo em beneficio do réu (art. 5° inciso XL); proibição de penas de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de banimento; cruéis (art. 5°, XLVII, alíneas ‘a’ ‘b’, ‘d’ e ‘e’); respeito à integridade física e moral (art. 5°, inciso XLIV).

Em relação aos dispositivos constitucionais que cuidam de estabelecer regras específicas referentes ao processo, procedimento e à condição do preso, é possível destacar o artigo 5°, inciso XLVIII, que dispõe sobre o reconhecimento de que as pessoas devem ser singularmente consideradas, inclusive, no tocante ao cumprimento da pena; o mesmo artigo em seus incisos LIV, LV e LVI impõe, respectivamente, a observância ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à vedação de utilização no processo de provas ilícitas.

Repetindo a essência do enunciado na Declaração dos Direitos Humanos (art. XI, 1) e no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8°, 2) que apregoam o Princípio da Inocência, a Carta Cidadã proclama o princípio da não culpabilidade (art. 5°, LVII), segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Especialmente em relação à mulher presidiária, a Constituição Federal determina que as mulheres cumpram pena em estabelecimentos distintos (art. 5°, inciso XLVIII) e que sejam asseguradas as condições para que permaneçam com seus filhos durante a amamentação (art. 5°, inciso L).

Em que pese à variedade de dispositivos dispersos no texto constitucional acerca de direitos e garantias conferidos àqueles que cumprem pena, tanto no aspecto de preservação da integridade física e moral quanto aos aspectos relacionados ao processo, a Carta Magna ainda cuidou de atribuir tarefas especiais às pessoas e aos órgãos incumbidos do ofício de atuar na defesa do preso e na fiscalização do cumprimento da pena.

Nesse sentido, apenas para ilustrar, cita-se a Defensoria Pública (art. 134, CRFB, 1988) e o Ministério Público (art. 127, CRFB/1988). A este é dada a tarefa de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, além de zelar pelo cumprimento da pena nos exatos termos da Constituição Federal e das regras estabelecidas em leis especiais, a exemplo das diretrizes constantes na Lei de Execuções Penais[50]. Aquela, por sua vez, incumbe à orientação jurídica e defesa, em todos os graus de jurisdição, daqueles que não dispõem de recursos financeiros.

1.6.5 Código Penal

Em relação ao Decreto-Lei n° 2.848, de 7.12.1940, ou simplesmente ao Código Penal, chama a atenção o texto referente à Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código que, consentâneo com a proposta de evolução do direito penal estabelece como meta a ser seguida a restrição da pena privativa de liberdade somente aos casos de reconhecida necessidade (item 26).

---

50 A Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984) estabelece:
Art. 67. O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.
Art. 68. Incumbe, ainda ao Ministério Público:
I – fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento;
II – requerer:
Todas as providencias necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;
A instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;
A aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;
A revogação da medida de segurança;
A conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;
A internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior.
III – interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução;
Parágrafo único – O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

Reconhece o documento que as penas privativas de liberdade, tal como hoje concebida e materializada, não têm se prestado ao fim pretendido, ao contrário, têm sido causadoras de inúmeros malefícios aos condenados e à sociedade em geral que, além de suportar as consequências da criminalidade crescente, ainda tem de arcar com os altos custos de construção e manutenção dos estabelecimentos prisionais.

Apregoa que a necessidade de revisão do modelo de prisão adotado em diversos países do mundo culminou na adoção de medidas diversas de sanção criminal em detrimento da pena privativa de liberdade.

Orienta no sentido da possibilidade de substituição da pena; estabelece regimes diferenciados de cumprimento de pena privativa de liberdade a depender da pena fixada em sentença transitada em julgado; obriga o trabalho em todos os regimes; dá relevância à atuação do Magistrado na avaliação do caso concreto para fixar o regime inicial de cumprimento da pena.

Com o intuito de humanizar a pena, prevê o sistema progressivo de cumprimento da pena, contemplando também a possibilidade de regressão a regime mais severo, a depender da conduta do condenado. Há ainda menção expressa no tocante à possibilidade de substituição das penas de prisão por penas restritivas de direito e a possibilidade de conversão àquela quando descumprida as condições impostas.

Quanto à aplicação da pena, a exposição de motivos do texto normativo valoriza a sua individualização como forma de buscar a adequação da norma positivada às especificidades do caso.

É certo que o Código Penal guarda algumas regras especificas quanto à execução da pena imposta conforme destacado. Entretanto, é na Lei de Execuções Penais que se encontra a exata medida das interfases do cumprimento da pena.

1.6.6 Lei de Execuções Penais

Estabelecidos alguns diplomas legislativos internacionais, premissas extraídas do Texto Constitucional, destacada a razão de ser de alguns institutos penais, a atenção se volta para compreender como se dá efetivamente, na prática, o cumprimento da sanção penal.

Nesse passo assume especial relevo a Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984, pois é ela quem, ao tempo em que dá alma aos preceitos legalmente estabelecidos, confere efetividade aos mandamentos constantes na decisão judicial e proporciona condições de integração social do condenado e do internado (art. 1°).

Àquele que é condenado por sentença irrecorrível, é imposto uma pena que varia conforme a gravidade do ato praticado, as circunstâncias, a culpabilidade e a outras variáveis que são analisadas pelo julgador. O veredito estabelece em que consistirá a pena a ser cumprida. A execução penal está estritamente vinculada a esta determinação, não pode inovar, não pode desconsiderar todos os demais direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei (art. 2°).

É inegável que pensar numa mulher cumprindo pena privativa de liberdade pelo cometimento de uma conduta ilícita não é um fato corriqueiro e presente no inconsciente coletivo. Logo se passa a imaginar qual teria sido o crime praticado, se teria havido o uso da força ou violência física. Isso porque não concebemos social e historicamente a mulher como apta a prática de atos criminosos.

E o que dizer quando esta mulher grávida é presa ou engravida durante o período em que cumpre pena? Como será vivenciar a maternidade num presídio? E depois do nascimento da criança, como será estabelecido e mantido o vínculo com o (a) filho (a)? Ele deve permanecer encarcerado com a mãe ou deve, assim que nascer, ser retirado dos seus braços e entregue a uma família ou, quem sabe, a uma instituição? Pensando nessa e noutras situações começam a surgir leis disciplinando as particularidades que o caso pode revelar.

Nesse sentido, a Lei de Execuções Penais teve seu texto alterado pela Lei 11.942, de 27 de maio de 2009, no intuito de estabelecer condições mínimas às mulheres-mãe que cumprem pena.

Tais dispositivos ficaram assim redigidos:

> Art. 1° O art. 14 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3o:
> “Art. 14 (...)
> § 3° Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.” (NR)
> Art. 2° O § 2° do art. 83 e o art. 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984, passam a vigorar com a seguinte redação:
> “Art. 83°
> § 2° 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.” (NR)
> “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.
> Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:
> I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e
> II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.” (NR)

Percebe-se, pois, a confirmação de que o Direito positivado é fruto da evolução história imposta pela sociedade, e que, a despeito de sua manifestação, caminhar temporalmente de forma descompassada com a realidade social tem buscado conferir afetividade aos direitos mínimos historicamente reconhecidos.

1.6.7 Resolução n° 4/2009 do Conselho Nacional Criminal e Penitenciária

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), por meio da Resolução n° 4, de julho de 2009, reconhecendo o teor do artigo 37 do Código Penal no qual há previsão expressa de que a mulher deve cumprir pena em estabelecimento próprio, entabulou regras quanto à estada, permanência e encaminhamento das (os) filhas (os) das mulheres encarceradas.

A referida Resolução faz menção à necessidade de que os ambientes carcerários femininos contemplem espaço adequado de modo a propiciar uma relação de qualidade entre mãe e filho; orienta quanto à necessidade e prioridade de se manter o vínculo materno, inclusive quanto à amamentação; estabelece o prazo máximo de um ano e seis meses para que a criança permaneça com a mãe encarcerada, entendendo tal lapso temporal como fundamental para o desenvolvimento de sentimentos como confiança, otimismo e coragem da criança, bem como para a sua vinculação com a figura materna. Disciplina ainda que o processo de desligamento da criança com a mãe deverá ser feito de forma gradual, mas dentro do prazo de seis meses, mediante etapas preestabelecidas a saber:

> Art. 3° Após a criança completar um ano e seis meses deve ser iniciado o processo gradual de separação que pode durar até seis meses, devendo ser elaboradas etapas conforme quadro psicossocial da família, considerando as seguintes fases:
> a) Presença na unidade penal durante maior tempo do novo responsável pela guarda junto da criança;
> b) visita da criança ao novo lar;
> c) Período de tempo semanal equivalente de permanência no novo lar e junto à mãe na prisão;
> d) Visitas da criança por período prolongado à mãe;
> Parágrafo único: As visitas por períodos prolongados serão gradualmente reduzidas até que a criança passe a maior tempo no novo lar e faça visitas à mãe em horários convencionais.

O documento normativo faz previsão expressa ainda quanto à escolha do novo lar que abrigará a criança, consignando que tal tarefa incumbe primeiramente aos pais mediante assistência de profissionais habilitados, que devem dar preferência para a família ampliada, seguida da família substituta e só em último caso para as instituições.

Há menção quanto à necessidade de tratamento diferenciado em relação ao ambiente físico e à alimentação quando os filhos são abrigados ou permanecem junto com a mãe.

A Resolução não deixou de mencionar a situação da presa gestante que exerce atividade laboral, aduzindo que nesse caso, fará jus à licença de seis meses, sendo esse período computado para fins de remição da pena.

Por fim, prevê que se deve garantir a formação dos servidores públicos do sistema prisional para lidar com as situações que envolvem o acolhimento e cuidado de mulheres prisioneiras, mormente em relação aos aspectos relacionados à gestação e à maternidade.

Percebe-se que no cenário jurídico interno a Lei de Execução Penal e as alterações que lhe sobrevieram trouxeram dispositivos específicos quanto ao tratamento a ser dispensado à mulher delinquente durante a gravidez, amamentação, permanência e separação do filho. A Resolução n° 4 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), caminhando no mesmo sentido, também cuidou de estabelecer regras específicas quanto ao tema.

No âmbito internacional os propósitos são congruentes no sentido de fazer menção expressa de princípios e regras mínimas para o tratamento da mulher presa. Tal fenômeno tem ocorrido em razão do reconhecimento do aumento da criminalidade feminina e ante a necessidade de tracejar regras especificas ao tratamento da mulher nessa condição.

1.6.8 Regras das Nações Unidas para Tratamento de Mulheres Delinquentes – Regras de Bangkok

Norteada pela necessidade de se estabelecer condições mínimas, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou em 2010 as Regras das Nações Unidas para Tratamento das Mulheres Delinquentes – Regra de Bangkok.

Considerando as especificidades do tema extrai-se a seguinte passagem:

> Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes
> (Reglas de Bangkok)
> 1. Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusosa se aplican a todos ellos sin discriminación, por lo que en su aplicación se deben tener em cuenta las necesidades y la situación concretas de todas las personas privadas de libertad, incluidas las mujeres. Sin embargo, en esas reglas aprobadas hace más de 50 años no se hacía suficiente hincapié en las necesidades especiales de las mujeres. Al haber aumentado la población penal femenina en todo el mundo, ha adquirido importancia y urgencia la necesidad de aportar más claridad a lãs consideraciones que deben aplicarse al tratamiento de lãs reclusas.
>
> 2. Reconociendo la necesidad de establecer reglas de alcance mundial com respecto a las consideraciones específicas que deberían aplicarse a las reclusas y las delincuentes, y teniendo en cuenta varias resoluciones pertinentes aprobadas

por diversos órganos de las Naciones Unidas, en que se exhortaba a los Estados Miembros a satisfacer apropiadamente las necesidades de las delincuentes y reclusas, se elaboraron las presentes reglas a fin de complementar, según procediera, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (las Reglas de Tokio)b en relación con el tratamiento de las reclusas y las medidas sustitutivas del encarcelamiento para las mujeres delincuentes

[...]

Reclusas embarazadas, lactantes y con hijos en la cárcel
[*Complemento del párrafo 23 de las Reglas mínimas para el tratamiento delos reclusos*]
Regla 48
1. Las reclusas embarazadas o lactantes recibirán asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará y supervisará um profesional de la salud. Se suministrará gratuitamente a lãs embarazadas, lós bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en um entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales.

2. No se impedirá que las reclusas amamanten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello.

3. En los programas de tratamiento se tendrán en cuenta lãs necesidades médicas y de alimentación de las reclusas que hayan dado a luz recientemente y cuyos bebés no se encuentren con ellas en la prisión.

Regla 49
Toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres em la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres no serán tratados como reclusos.

Regla 50
Se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos.

Regla 51
1. Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo estará sujeto a La supervisión de especialistas, en colaboración con los servicios sanitarios de La comunidad.

2. En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios.

Regla 52
1. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a um hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente El interés superior del niño, con arreglo a la legislación nacional pertinente.

2. Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse com delicadeza, y únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, em consulta con los funcionarios consulares.

3. En caso de que se separe a los niños de sus madres y se pongan a estos al cuidado de familiares o de otras personas o servicios de atención, se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público.

Trata-se de importante documento legislativo que reconhece expressamente o aumento da criminalidade feminina em todo o mundo, e aponta a importância e a urgência de se estabelecer, de forma clara e direcionada, regras mínimas de proteção às mulheres submetidas à pena privativa de liberdade, considerando suas especificidades e visando ao interesse superior de seus filhos menores, em especial àqueles em fase de amamentação.

1.6.9 Resolução n° 14 do Conselho Nacional Criminal e Penitenciária

Anote-se que em 1994 o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), atendendo ao Comando estabelecido pelo Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, do qual o Brasil é parte, assim como também às regras estabelecidas na Lei de Execuções Penais, estabeleceu por meio da Resolução n° 14 *Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil,* onde reservou dispositivos específicos em relação à mulher encarcerada:

O artigo 7°, § 1° do texto normativo faz menção sobre a designação de estabelecimento próprio ao cumprimento da pena; logo em seguida assegura que à mulher serão dadas condições para que permaneça com seu filho durante o período de amamentação (§2°). Assegura que aos filhos de presa com idade entre 0 e 6 anos será garantido o direito a creche e a pré-escola.

Ainda em relação aos direitos mínimos conferidos à mulher encarcerada, o artigo 17 da Resolução 14/1994 impõe que o estabelecimento prisional destinado à mulher, disponha de material obstétrico para atender a grávida, parturiente e convalescente que se encontra impossibilitada de ser transferida.

Recentemente foi editada a Resolução nº 4, de 29 de julho de 2009, do CNPCP, em que se reconheceu à mulher encarcerada o direito à visita íntima homo ou heterossexual. Tal espécie normativa além de recomendar aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou aos órgãos congêneres que observem tal prerrogativa, estabelece regras específicas para a sua consecução, a exemplo da vedação de suspensão ou proibição em caso de sanção disciplinar, salvo se o seu exercício tiver lhe dado causa; assegura que a visita íntima deve acontecer ao menos mensalmente; impõe a garantia de inviolabilidade e privacidade às relações.

As ações legislativas visando à concretude dos direitos historicamente afirmados têm se avolumado, mas isso por si só não é o bastante. Busca-se então a efetivação desses direitos.

1.6.10 Portaria n° 154/2012 do Departamento Penitenciário Nacional

Assim é que foi editada pelo Departamento Penitenciário Nacional a Portaria n° 154, de 13 de abril de 2012, que criou uma Comissão Especial cujo objetivo precípuo é o de elaborar propostas de ação para o Projeto Estratégico do Ministério da Justiça, relativamente à Efetivação dos Direitos das Mulheres no Sistema Penal.

No mesmo sentido, a Portaria n° 885, de 22 de maio de 2012, institui Grupo de Trabalho com a finalidade de elaborar políticas intersetoriais e integradas destinadas às egressas e às mulheres em situação de restrição de direitos e de privação de liberdade. Enfim, tudo devidamente previsto.

Estudiosos insurgiram contra um sistema que desconsiderava a natureza humana e impunha-lhe toda sorte de sofrimento, outros se debruçaram a escrever teses sobre dores e dissabores experimentados nos presídios, sobre as mortes e mutilações, outros ainda, confeccionaram leis, estabeleceram princípios que serviriam para iluminar as lacunas da lei. Os ensinamentos do passado se vivificam na realidade presente. Tudo devidamente em ordem no campo das ideias, das teorias e das leis.

Resta verificar como essa evolução tem sido perpetrada na prática.

3 ENQUADRAMENTO EMPÍRICO

A inquietude em relação à criminalidade feminina despertou o interesse para a presente pesquisa visando a conhecer o perfil psicossocial da mulher custodiada na Penitenciária Estadual Feminina da cidade de Porto Velho, bem como a sua motivação para a prática do crime e sua percepção do delito e da pena a ela imposta.

A pesquisa realizada deu-se por meio de aplicação de questionário previamente elaborado e inspirado nos elementos de estudo da criminologia: da delinquente, do crime, da vítima e da reação social.

3.1 Metodologia

A Penitenciária Estadual Feminina de Porto Velho abriga atualmente 106 mulheres com idade que varia entre 18 e 60 anos. Desse universo, 96 mulheres responderam aos questionários nos dias 05 e 06 de março nos períodos da manhã e da tarde. Dentre as dez faltantes, seis estavam impossibilitadas de participar por razões de saúde e o restante omitiu-se da participação.

Conforme previamente estabelecido juntamente com a Diretoria do estabelecimento prisional, a aplicação dos questionários foi realizada na biblioteca do próprio presídio em grupos de 10 a 15 participantes por vez.

A maioria dos questionários foi respondida pelas próprias pesquisadas, com exceção daquelas que apresentaram alguma dificuldade na leitura e na escrita, bem como daquelas que compareceram à pesquisa juntamente com criança de colo. Nesses casos, o formulário fora lido e preenchido pela própria pesquisadora.

Algumas participantes retardaram a saída, o que se justificou ora pela dificuldade no preenchimento das respostas ora porque queriam conversar e relatar suas histórias. Algumas se emocionaram, falaram das dificuldades da condição de estarem presas, outras se mostraram inicialmente resistentes aos questionamentos, mas em todos os casos ao serem informadas de que não estariam obrigadas a tal expediente, finalizaram a atividade.

3.2 Caracterização do objeto de pesquisa

A pesquisa teve como objeto de estudo as mulheres encarceradas na Penitenciária Estadual Feminina de Porto Velho, localizada na região central da cidade, em funcionamento desde 1993. Antes dessa data as mulheres delinquentes eram encaminhadas ao Presídio Ênio Pinheiro e cumpriam pena num pavilhão feminino.

O presídio feminino tem capacidade para 79 mulheres e atualmente conta com 106 internas, sendo 21 delas provisórias e 85 condenadas. Possui celas coletivas e um alojamento berçário com 14 vagas, que é ocupado por 10 presas com filhos de idade inferior a seis meses.

Além do berçário, há no estabelecimento prisional uma biblioteca, sala de informática com 10 computadores, onde é oferecido curso básico de informática, e uma escola que propicia o ensino fundamental e médio no sistema supletivo.

Obteve-se informação de que há duas detentas que fazem curso superior à distância (formação em pedagogia) e que uma média 40 internas participam das aulas ministradas na escola.

Foi implantado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) – o projeto denominado *Asas de Papel* – objetivando o incentivo à leitura. A partir de tal projeto foi montada e equipada uma biblioteca com capacidade para aproximadamente 20 pessoas.

Também há oficinas onde são ministrados cursos diversos tais como confecção de bolsas e mochilas.

4 APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

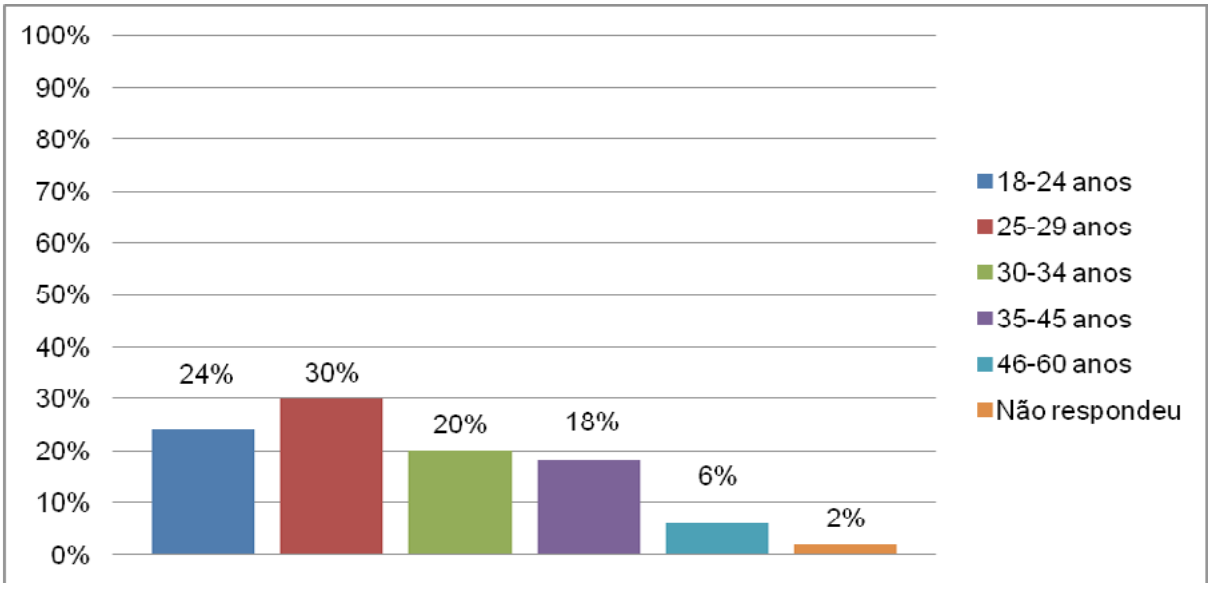
Segundo dados estatísticos disponíveis no site eletrônico do Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional, Rondônia contabilizava até o período de junho de 2012 748 mulheres custodiadas no sistema penitenciário do Estado. Tratando-se especificamente da Penitenciária Estadual Feminina de Porto Velho, atualmente tem-se 106 presas, das quais 96 participaram da presente pesquisa.

A aplicação do questionário propiciou dados interessantes conforme se passa a descrever:

1.1 População carcerária feminina segundo a idade

Em relação à idade o resultado indicado no Gráfico 1 mostra que a prática de crimes é mais frequente na população mais jovem, pois são as mulheres com idade entre 18 e 29 anos que contabilizaram maior índice para a prática delituosa (54%), ao passo que analisada essa mesma faixa etária a nível nacional, esse índice reduz-se para 42% (INFOPEN-2012).

Gráfico 1 – População carcerária feminina por faixa etária



Fonte: Elaborado pela autora

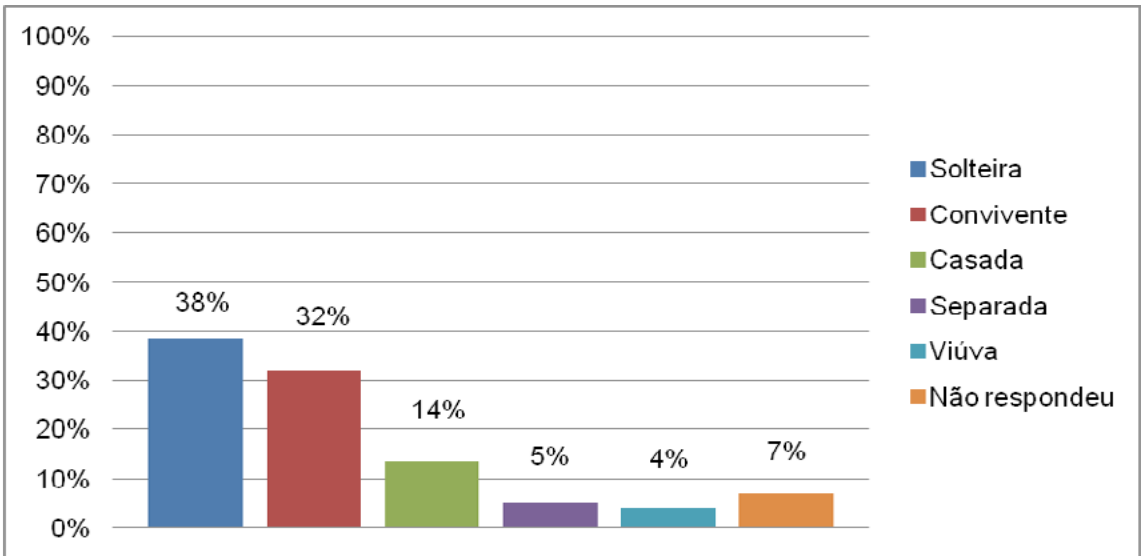
1.2 População carcerária segundo o estado de origem

Em relação à distribuição de presas na Penitenciária Estadual Feminina de Porto Velho, considerando o estado de origem, percebe-se que 55% das mulheres encarceradas são naturais do Estado de Rondônia, seguida de 9% do Estado do Amazonas, 5% do Estado do Acre, 3% são originárias do Maranhão e Paraná, 6% da população carcerária feminina são oriundas do Rio de Janeiro, Ceará e Bahia (2% para cada Estado), ao passo que 5% das mulheres que participaram da pesquisa afirmaram ter vindo dos Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Espírito Santo, Alagoas e Pará (1% para cada Estado). Somam-se a essa estatística 10% de mulheres que não sinalizaram seu Estado de nascimento.

1.3 População carcerária feminina segundo o estado civil

Analisando-se dados referentes à criminalidade feminina sob o aspecto do estado civil, têm-se em regra a maior incidência de prática de crimes por mulheres solteiras em detrimento das mulheres casadas, segundo dados do INFOPEN (2012). Entretanto, observando os resultados da pesquisa ora apresentada, no Gráfico 2, verifica-se que, enquanto os índices de mulheres solteiras aprisionadas alcançam o patamar de 38%, os índices de mulheres casadas (14%) somados às conviventes (32%) suplantam a cifra de 45%.

Gráfico 2 - População carcerária feminina por estado civil



Fonte: Elaborado pela autora

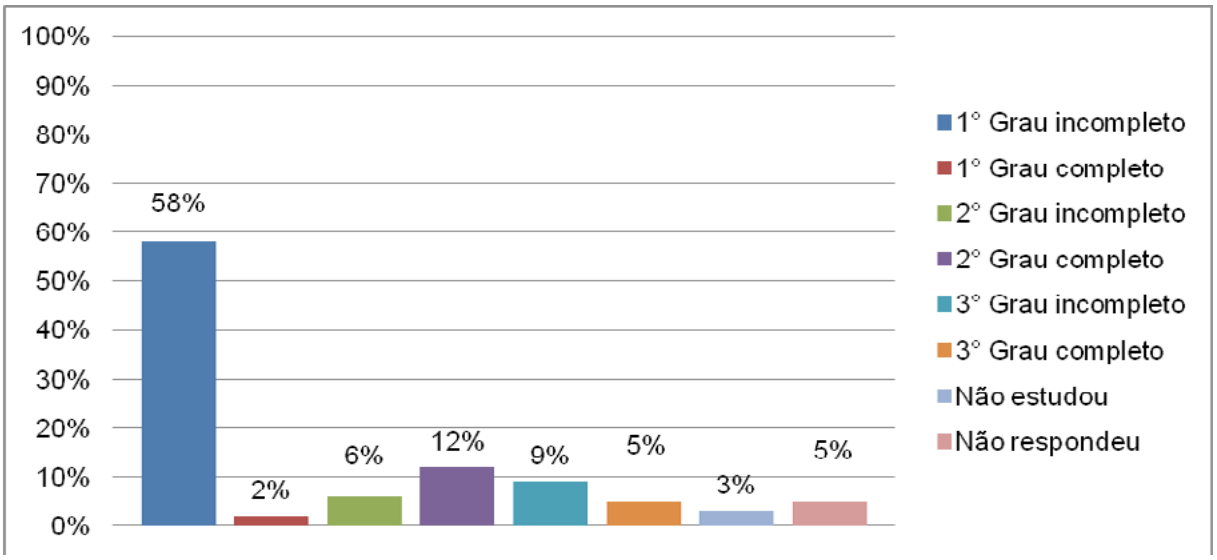
Esse dado se revela importante na medida em que é analisado conjuntamente com a questão que avalia o tipo de ilícito cometido de maior incidência (tráfico de drogas) e o motivo do crime. Conforme se analisará adiante, um dos motivos apontados pelas pesquisadas como impulsionadores para a prática de conduta delituosa é a influência do marido e/ou companheiro.

Nesse tópico entende-se, pois, que quando se trata de crime relacionado ao tráfico de drogas a pesquisa demonstra que as mulheres casadas ou conviventes – compreendidas conjuntamente – assumem a liderança das estatísticas.

1.4 População carcerária feminina segundo o nível de escolaridade

No que diz respeito à escolaridade constata-se que a maioria das mulheres não possui o primeiro grau completo (58%), conforme demonstrado no Gráfico 3. Ao comparar esse percentual com as estatísticas da Federação (INFOPEN, 2012), verifica-se que o perfil educacional das presas do sistema estadual de Porto Velho é pior que o nacional, que concentra um índice de 43% para esse mesmo parâmetro.

Gráfico 3 - População carcerária feminina por escolaridade



Fonte: Elaborado pela autora

Sobre esse aspecto duas considerações merecem registro: primeiramente a presente pesquisa registrou apenas 3% de casos de analfabetismo (contra 4,3% a nível nacional); e a segunda que 71% das mulheres que responderam ao questionário consignaram a informação de que estudam na prisão. Embora a pesquisa não tenha abordado questão específica para desvendar se houve casos de alfabetização durante o período de encarceramento, entende-se que essa é uma possibilidade.

1.5 A mulher antes de ser presa

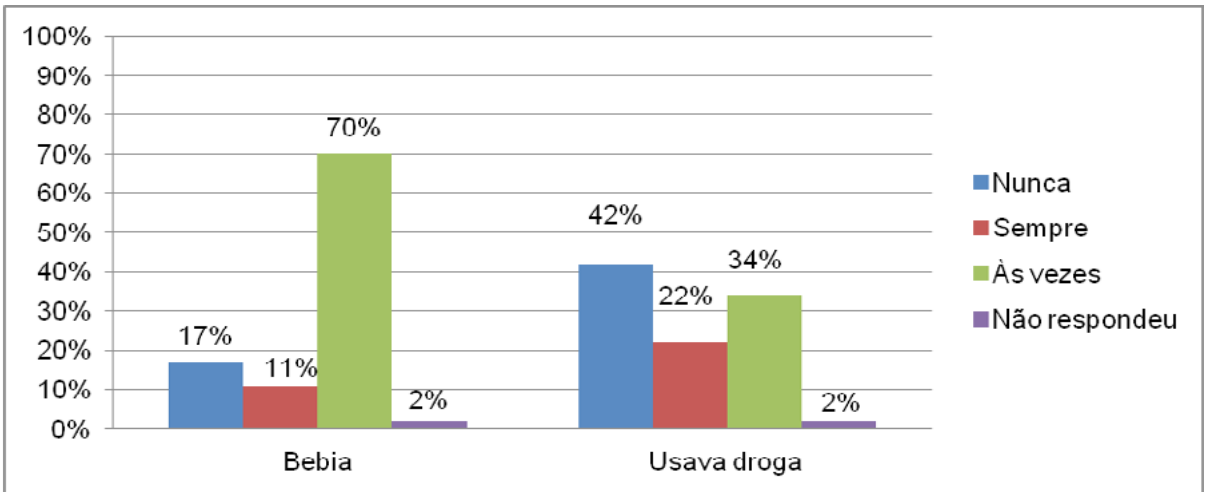
Quando questionada[51] sobre o que ela fazia antes de ser presa, dentre as opções apresentadas: 54% afirmaram trabalhar; 34% disseram serem donas de casa; e apenas 18% registraram se dedicar ao estudo.

1.6 A mulher e o uso de bebida alcoólica e droga

Com o intuito de verificar se a prática do crime poderia estar de qualquer modo associada ao uso de bebidas alcoólicas ou drogas, formulou-se separadamente duas questões sobre o tema: a primeira indagando se antes de ser presa a participante bebia ou fazia uso de drogas; e a segunda se no momento da prática do crime tinha feito uso de alguma dessas substâncias.

Chama a atenção o fato de que 11% e 70%, respectivamente, afirmaram que bebem *sempre* ou *eventualmente*; 56% fazem uso de drogas (22% sempre e 34% às vezes) e 29% tinham feito uso de alguma substância no momento da prática do crime (21% tinham usado droga e 8% havia ingerido bebida alcoólica), como apontam os Gráficos 4 e 5.

Gráfico 4 - População carcerária feminina – uso de bebida alcoólica e droga



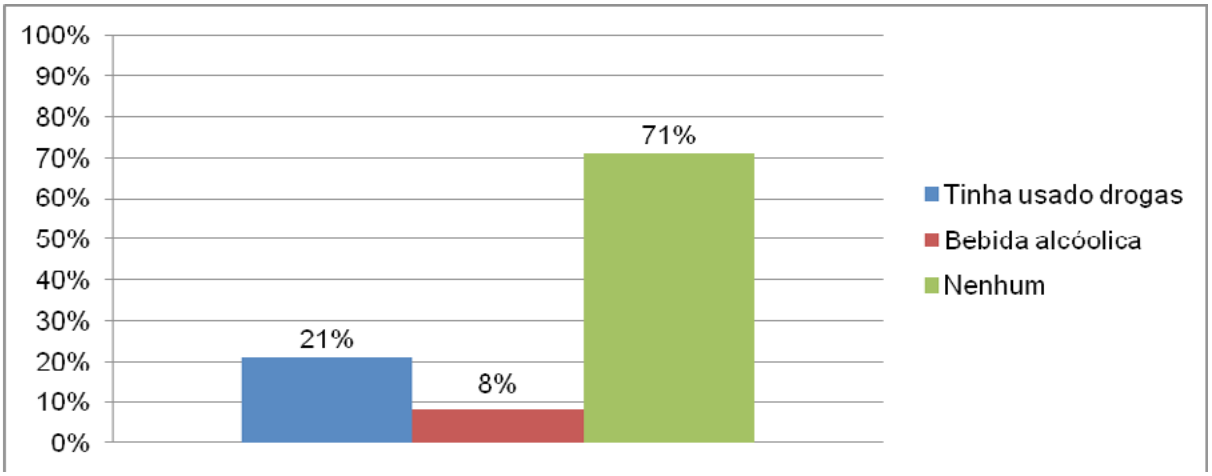
Fonte: Elaborado pela autora

Os dados estampados no Gráfico 5, quando singularmente considerados não explicam, por si só, o índice de criminalidade feminina, entretanto, pode-se considerar como um dado significativo, tanto do ponto de vista de o uso de drogas estar diretamente associado ao tipo de crime mais praticado por mulheres[52] (e vice-versa), como do ponto de vista da possível reincidência para o mesmo delito. Isso porque pensar na conduta de vender, guardar, transportar e demais ações do tipo penal para auferir alguma vantagem econômica é uma possibilidade.

51 Essa questão possibilitava mais de uma resposta, razão pela qual a somatória apresenta índice superior a 100%.

52 art. 33 da Lei de Drogas

Gráfico 5 - Uso de bebida alcoólica e droga no momento da prática do crime



Fonte: Elaborado pela autora

Entretanto, outra situação bem diversa e que não pode passar despercebida diz respeito à possibilidade de tais condutas estarem associadas à dependência da droga – o que por certo redundaria numa maior propensão para a recidiva.

1.7 O uso de medicamentos e/ou tratamentos psicológicos e psiquiátricos

Indagadas sobre o uso de medicamentos controlados, 79% das mulheres participantes da pesquisa assinalaram que nunca tiveram necessidade de tal prescrição. Em contrapartida, 20% afirmaram que fizeram uso de medicamentos especiais e 1% não respondeu a este questionamento.

Da mesma forma, quanto à necessidade de submeter-se a tratamento psicológico ou psiquiátrico o grupo se dividiu entre aquelas que em algum momento já se valeram de acompanhamento especial e outras que não necessitaram desse expediente, sendo 19% e 77%, respectivamente. Quatro por cento deixou de se manifestar sobre essa questão.

1.8 A mulher no contexto familiar

Em relação ao contexto familiar pensou-se, inicialmente, em pesquisar fatores indicativos de convivência com os pais, de violência física e psicológica, maus tratos, abandono e abuso sexual.

Nesse sentido, os resultados apontam que a maioria conviveu com o pai ou a mãe ou ainda com os dois, mas é significativa a diferença estabelecida entre aqueles que tiveram só a figura materna no período da infância, conforme demonstra a Tabela 3.

Tabela 3 - Responsável por sua formação familiar

Por quem foi criada	
Pai	46%
Mãe	79%
Padrasto/Madrasta	5%
Outros	15%

Fonte: Elaborado pela autora

Em relação aos comportamentos habituais dos responsáveis, verifica-se na Tabela 4 que a despeito de uma relativa participação nas atividades cotidianas é visível o índice de violência física ou psicológica praticadas por eles.

Tabela 4 - Comportamentos habituais dos responsáveis por sua formação

Comportamentos habituais dos responsáveis	Perc. (%)
Levar à escola/passeios/diversões	51%
Trancar/amarrar	4%
Violência física	12%
Surras	27%
Castigos físicos	24%
Abusos sexuais/carícias íntimas	7%
Humilhação/Xingamento	24%
Diálogo	39%

Fonte: Elaborado pela autora

Em que pese 24% das participantes assinalarem que sofreram algum tipo de humilhação/xingamento, 27% e 24% consignarem que foram submetidas a surras e castigos físicos respectivamente, ao serem questionadas se os pais foram amigos e cuidadores, as respostas indicaram que tanto o pai quanto a mãe possuíam tais características (51% e 63% nesta ordem).

Visando a ter um panorama sobre o relacionamento da mulher prisioneira com o pai – primeira figura de amor e, em regra, modelo introjetado de relacionamento – buscou-se questões diretas atinentes à convivência, possível existência de vícios, agressividade e comportamento voltado para a prática de crimes, conforme sintetiza a Tabela 5.

Tabela 5 – População carcerária feminina – informação sobre o pai

Tipo de Relacionamento com o pai	Sim	Não	Não respondeu
Conheceu seu pai	67%	29%	4%
Ele trabalhava	64%	4%	32%
Ele bebia	38%	25%	37%
Era usuário de droga	6%	54%	40%
Era violento/agressivo	11%	50%	39%
Era amigo/cuidador	51%	16%	33%
Já foi preso	10%	54%	36%

Fonte: Elaborado pela autora

Observando-se as respostas apresentadas pelas participantes, constata-se que foi expressivo o índice daquelas que não responderam às questões, entretanto, deve-se levar em consideração o fato de que 29% assinalaram não conheceram o pai e, assim, de fato não poderiam prestar qualquer informação.

Desta forma, excluindo-se das respostas o percentual daquelas mulheres sem informações a prestarem sobre seu genitor, verifica-se que os dados obtidos são suficientes e apontam o seguinte resultado: 64% dos pais trabalhavam; 38% bebiam; 54% não usavam droga; 50% não eram violentos ou agressivos; 51% eram amigos/cuidadores; e 54% nunca foram presos.

Decerto o universo de 29% das mulheres encarceradas que não conviveram com o pai tiveram outras figuras que cumpriram ou tentaram cumprir essa função e certamente exerceram influência na forma de ser, pensar e agir dessas mulheres, entretanto, a pesquisa não conseguiu obter essas informações.

Semelhantemente aos questionamentos realizados em relação à figura paterna, procedeu-se em relação à figura materna – primeira figura de identificação infantil. Os questionamentos foram voltados a identificar se houve convívio ou não com a figura materna, se a relação foi pautada em ações de cuidados e amizade ou se ao contrário, imperava a agressividade e violência. Indagou-se ainda sobre a existência de vícios e comportamentos voltados para a prática de crimes.

Nesse tópico, evidencia-se a abstenção na participação, o que pode indicar dificuldade ou resistência em tratar do assunto proposto ou simplesmente falta de interesse em responder às questões.

Tabela 6 - População carcerária feminina - informações sobre a mãe

O que diz sobre a mãe	Sim	Não	Não respondeu
Conheceu sua mãe	87%	9%	4%
Ela trabalhava	66%	12%	22%
Ela bebia	19%	52%	29%
Era usuária de droga	7%	63%	30%
Era violenta/agressiva	19%	51%	30%
Era amiga/cuidadora	63%	16%	21%
Já foi presa	7%	63%	30%

Fonte: Elaborado pela autora

Das respostas fornecidas, é de chamar a atenção o número de mulheres encarceradas que sinalizaram que suas mães bebiam (19%); algumas conviveram com o fato de suas genitoras serem usuárias de droga (7%); ou terem sido presas (7%); além do que o índice de violência e agressividade (19%) ser maior que o apresentado pelo pai (11%), como demonstrado na Tabela 6.

Visando a confirmar ou a refutar questões de violências e/ou abusos praticados pelos pais e suportados na atualidade pelo marido ou companheiro, abordaram-se questões semelhantes àquelas já apresentadas. Tal enfoque se justifica ante a essencialidade de verificação de hipótese de caracterização de comportamento tendente a repetir, de forma consciente ou inconsciente, padrões de condutas vivenciadas.

Uma vez configurada no presente a repetição de escolhas e comportamentos aprendidos ou assimilados do passado, pode estar caracterizado o que Sigmund Freud denominou de compulsão a repetição.

Em breve síntese, tal fenômeno consiste no fato de repetir experiências e escolhas que trouxeram grande prazer ou ansiedade e que, indubitavelmente, geraram uma energia psíquica indelevelmente armazenada no inconsciente.

Exemplificando: não é incomum pessoas que foram vítimas de maus tratos ou de violências repetirem esse padrão de comportamento, movidos por uma predisposição inconsciente. Também não é incomum pessoas que tiveram pais ausentes, se ausentarem na criação de seus filhos. Ainda no campo dos exemplos, é possível que mulheres que tiveram pais alcoólatras ou agressivos escolham parceiros com essas mesmas características.

Com essa linha de raciocínio, buscaram-se dados no passado (relacionamento com o pai e a mãe) que justificassem ou não condutas no presente (convivência atual) e a prática de crimes.

Tabela 7 – Informações sobre o marido/companheiro

O que diz sobre o marido/companheiro	Sim	Não	Não respondeu
Recebe visitas	24%	56%	20%
Ele trabalhava	27%	26%	47%
Ele bebe	27%	26%	47%
É usuário de droga	23%	36%	41%
É violento/agressivo	11%	42%	47%
Já foi preso	43%	16%	41%
Cuida da casa e filhos	16%	35%	49%

Fonte: Elaborado pela autora

Na tabela acima se constata elevado o índice de abstenção quando o assunto se refere ao marido ou companheiro. Deve-se recordar que apenas 32% das mulheres participantes da pesquisa são conviventes e 14% casadas, o que perfaz um total de 46%. As demais são solteiras (38%), separadas (5%) e viúvas (4%).

Os índices revelam que a maioria dos maridos ou companheiros (56%) não visita a mulher que se encontra custodiada; 43% já foram presos; 35% não cuidam da casa ou dos filhos; e, percebe-se ainda um número expressivo[53] que faz uso de bebida alcoólica (27%); e outro tanto é usuário de drogas (23%).

Sobre o acompanhamento e visita do marido ou companheiro à mulher aprisionada foram formuladas três perguntas em grupos distintos. Nessa primeira questão específica apenas 24% das participantes disseram que recebem visitas (Tabela 7); numa questão sobre visita íntima 29% assinalaram que reveem seus parceiros (Gráfico 7), e, por último, numa questão geral, o baixo índice de acompanhamento deles à situação prisional delas é confirmada quando apenas 19% das pesquisadas assinalaram que são visitas pelo marido ou companheiro (Tabela 8).

Consoante dados apresentados no Gráfico 6, a mulher delinquente é, em regra, abandonada pelo marido ou companheiro e, por vezes, pela própria família (33% das participantes confessaram que não recebem visita alguma e que perderam o contato com a família e 17% assinalaram que as visitas são esporádicas).

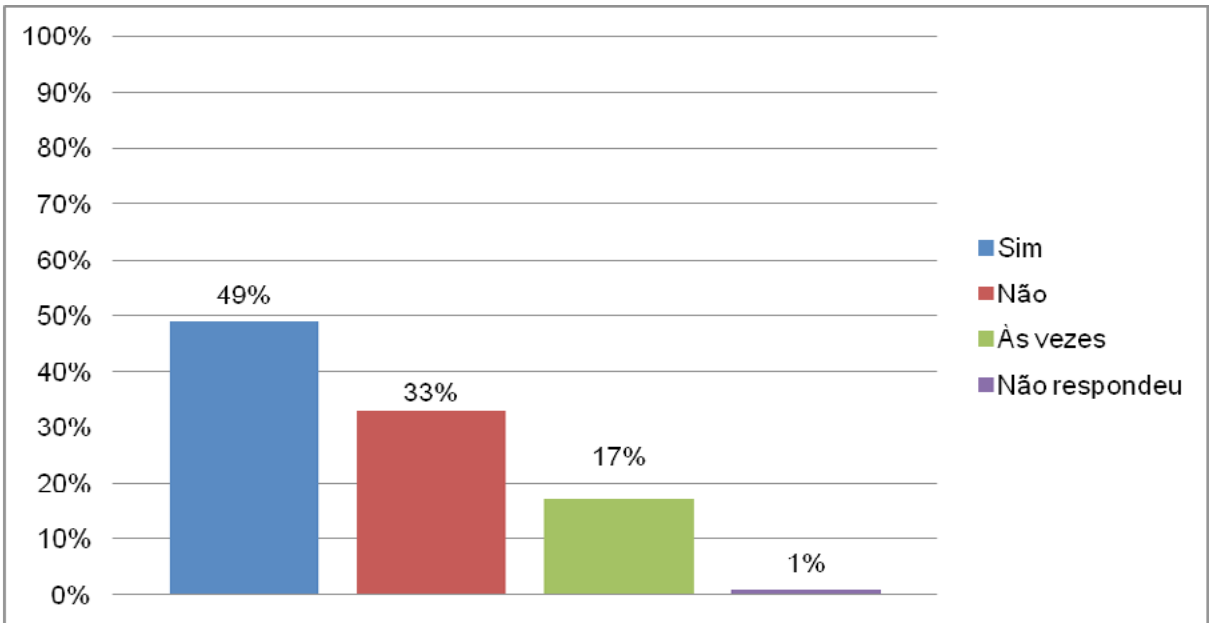
Depreende-se que a mulher delinquente da presente pesquisa expressa alguma forma de contato – desde a relação com os pais, e, posteriormente com as escolhas de relacionamento – com o universo das drogas, bebidas e situação prisional. Foram abandonadas pelo pai e agora vivenciam novamente o abandono pelo marido ou companheiro.

53 Embora esteja se referindo a índices de 27% e 23%, fala-se em expressivo porque se considera que no contexto geral (tomando-se por base que 47% e 41% não responderam), representam quase a metade do universo das mulheres que responderam às questões.

Decerto que as situações individualmente consideradas não justificam o ingresso e a permanência na prática delituosa. Cada indivíduo carrega em si uma história, uma percepção de mundo, de vida, de ética e moral. Mas é certo que os padrões de comportamento tendem, e somente tendem, a se cristalizar na medida em que não são devidamente compreendidos, elaborados e resignificados.

Significa dizer que a mulher pode ou não praticar crimes como fruto do determinismo psíquico. Se olharmos para a segunda hipótese, é caso de se continuar na labuta de desvendar os motivos que a levam a tal conduta; por outro lado, se prevalecer a primeira hipótese, enquanto tais comportamentos não forem devidamente resignificados, a tendência será a repetição nas escolhas tanto em relação às pessoas como em relação ao padrão de comportamento.

Gráfico 6 - População carcerária feminina – quanto às visitas



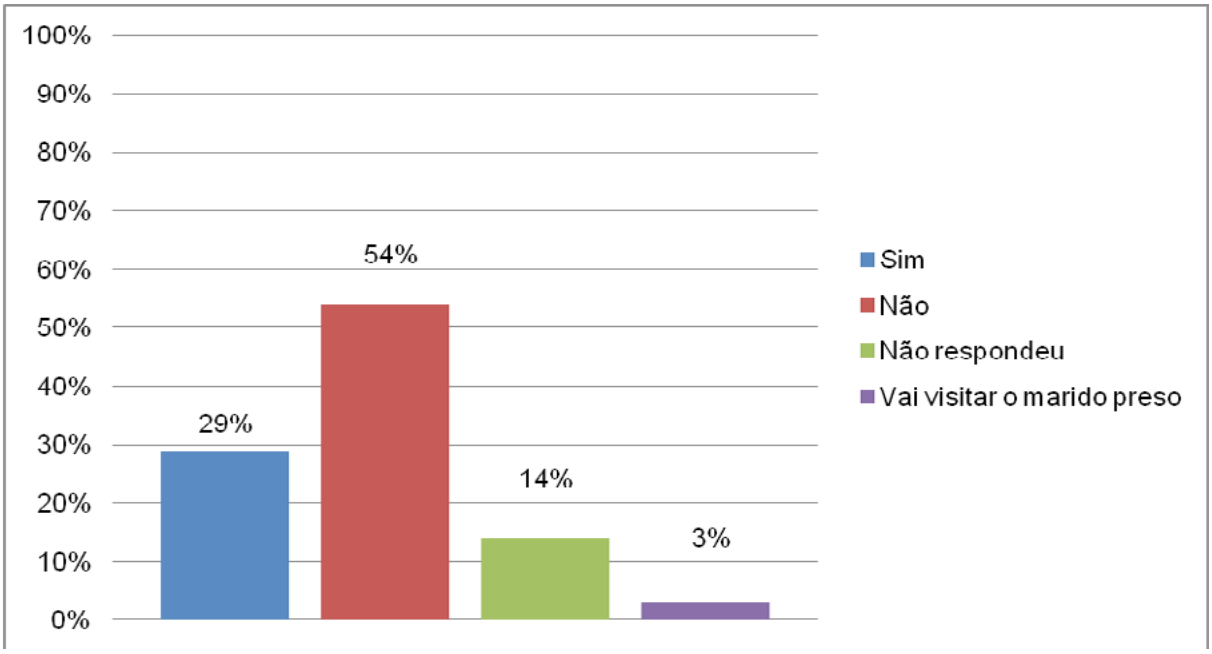
Fonte: Elaborado pela autora

Tabela 8 - População carcerária feminina – quanto à visita de familiares

Recebe visitas	
Pais	32%
Filhos	37%
Marido/companheiro	19%
Outros	11%
Não recebe	33%

Fonte: Elaborado pela autora

Gráfico 7 - População carcerária feminina – quanto às visitas íntimas



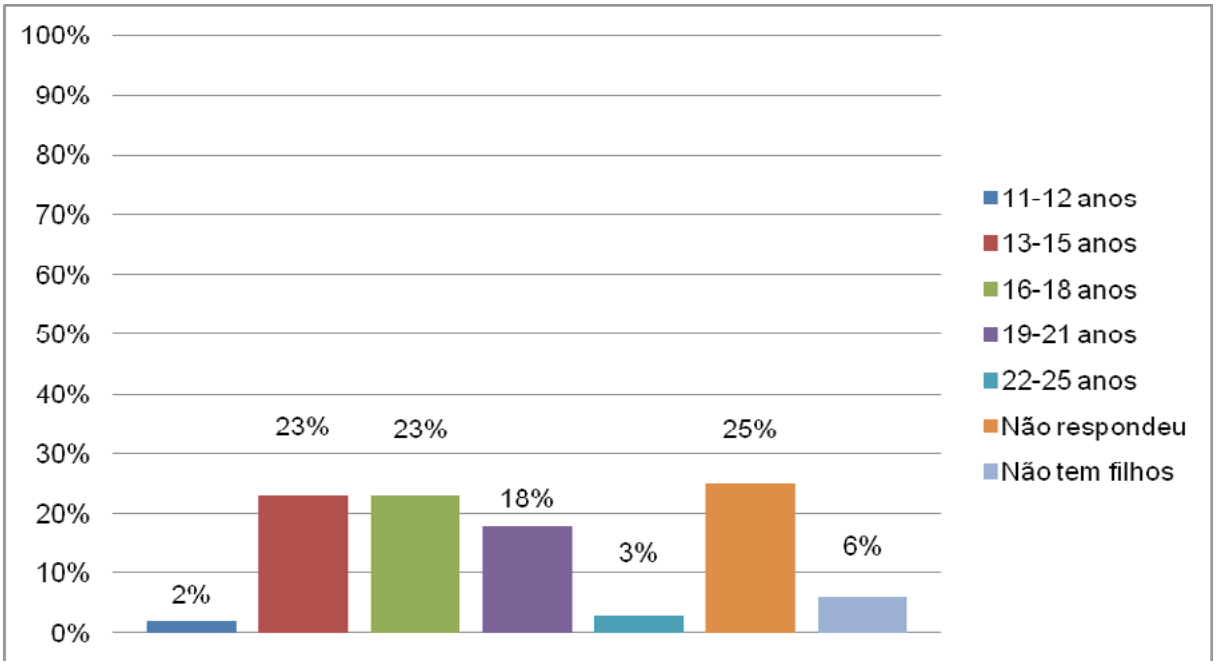
Fonte: Elaborado pela autora

Ainda em relação ao contexto familiar 93% das mulheres participantes da pesquisa afirmaram que tem irmão, 5% indicaram serem filhas únicas e 2% não responderam. Desse universo, 27% tem algum irmão preso e 25% assinalaram possuirem irmão usuário de drogas. [54]

Sobre a maternidade chama a atenção, no Gráfico 8, a existência de mulheres que foram mães aos 11 e 12 anos (2%); outras afirmaram que tiveram filhos com idade entre 13 e 15 anos (23%). Mulheres que tiveram filhos entre 16 a 18 e entre 19 a 21 correspondem a 23% e 18% respectivamente.

54 Sessenta e dois por cento não possui irmão custodiado e sete por cento não respondeu a esta questão. Quanto ao uso de drogas, 63% afirmaram que não há caso de drogas entre os irmãos e 8% omitiram-se na resposta.

Gráfico 8 - População carcerária feminina e maternidade



Fonte: Elaborado pela autora

O número de filhos, assim como também a idade em que eles têm é bem variável, conforme se depreende dos dados obtidos (Tabelas 9 e 10 respectivamente).

Tabela 9 - População carcerária feminina - número de filhos

Quantidade de filhos	
1	21%
2	23%
3	26%
4	2%
5	1%
6	1%
7	4%
8	1%
Não respondeu	21%

Fonte: Elaborado pela autora

Percebe-se que, em regra, são mulheres jovens com filhos menores sob os cuidados de pessoas da família, mas longe da mãe e, na maioria dos casos, distante também do pai. Os filhos vivenciam a situação de ter a mãe apriosionada e algumas ainda sendo usuárias de drogas. Certamente a experiência vivenciada por essas mulheres estão sob os olhares de diferentes seguimentos da sociedade, mas é inegável que de todos eles o que deve causar maior estranhesa é o olhar de um filho!

Tabela 10 – População carcerária feminina - idade dos filhos

Idade dos filhos	
Menor ou igual a seis meses	11%
De 1 a 4 anos	15%
De 5 a 12 anos	78%
De 13 a 18 anos	49%
Acima de 18 anos	32%

Fonte: Elaborado pela autora

Aproveita-se a passagem para citar os dizeres de uma das prisioneiras em relação a seus filhos: "*Na verdade tenho 7 filhos, 4 eu dei porque eu usava muitas drogas, mas sempre eu sei notícias deles e estão todos bem*". (não identificada)

1.9 A mulher e o crime

Superada a questão pessoal e familiar, adentra-se nas questões referentes ao crime, à vítima, ao cumprimento da pena, à motivação para o ilícito e, por fim, questões sobre a perspectiva que a mulher aprisionada tem para o futuro.

Quanto ao crime buscou-se desvendar se a mulher valeu-se do uso de instrumentos tais como arma de fogo, faca ou outro objeto; se foi praticado mediante violência física; se praticou sozinha ou com a ajuda de outrem; e se o crime foi planejado.

Todas as questões tomam significado quando analisamos primeiramente o tipo de crime mais praticado, isso porque, a partir do momento em que fica delineado qual o ilícito de maior incidência, é possível conjugá-lo a determinadas especificidades dos demais questionamentos.

Primeiramente a pesquisa demonstrou que a maioria das mulheres (69%) estão presas pelo delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 que consiste em:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
> I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.
§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.
§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.
§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

As demais mulheres delituosas dividem-se quanto ao cometimento de crimes contra a vida (10%), de crimes contra o patrimônio (8%) e de formação de quadrilha (1%). Dez por cento das participantes não prestaram informações (10%) nesse tópico, consoante dados abaixo.

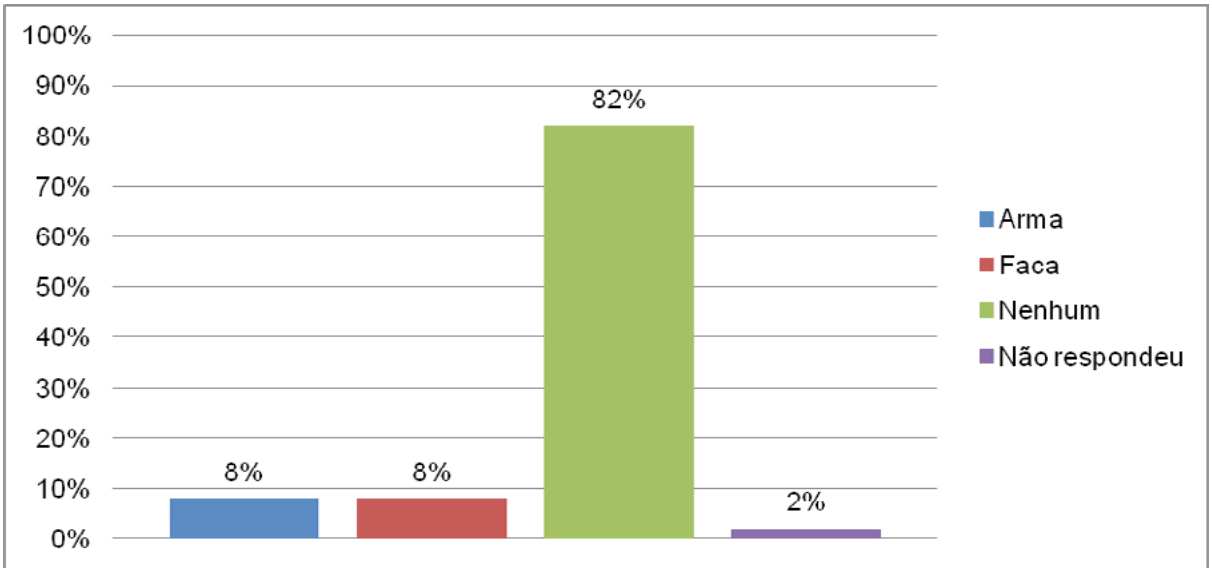
Tabela 11 - População carcerária feminina – crime praticado

Por qual crime está presa	
Artigo 33 da Lei n° 11.343/2006	69%
Artigo 121 do Código Penal	10%
Artigo 155 do Código Penal	2%
Artigo 157 do Código Penal	6%
Artigo 228 do Código Penal	1%
Não respondeu	12%

Fonte: Elaborado pela autora

Considerando que é maior a incidência do crime de tráfico de drogas, justifica-se, em tese, o alto índice de respostas negativas quanto às questões referentes ao uso de instrumento para a prática de crimes (82%) e o uso de violência física (86%), conforme mostram os Gráficos 9 e 10, respectivamente.

Gráfico 9 - População carcerária - instrumento utilizado para a prática do crime

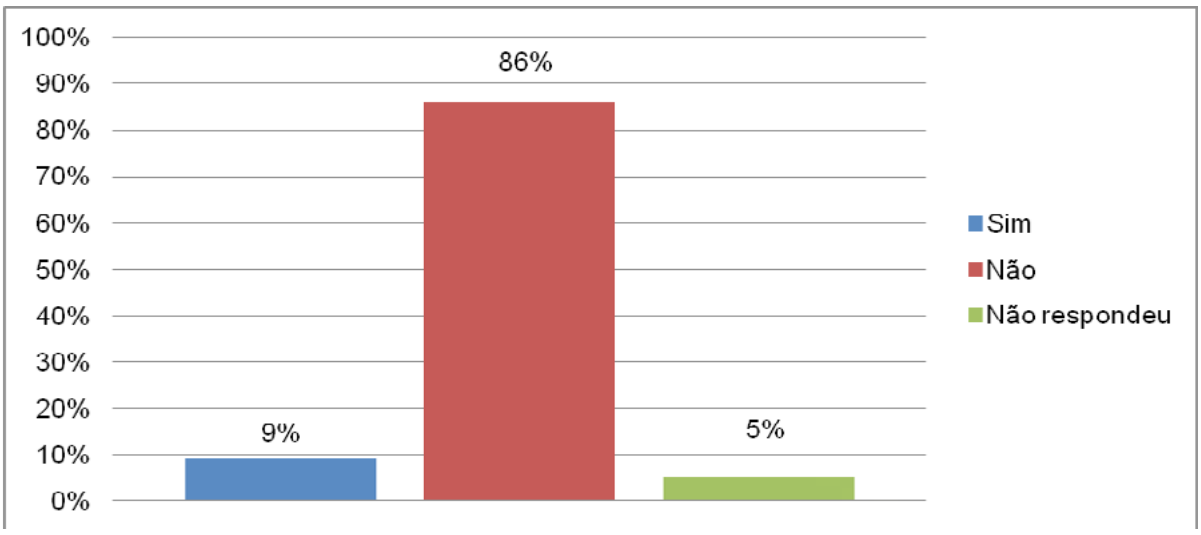


Fonte: Elaborado pela autora

Anote-se que em se tratando de crimes contra a vida ou contra o patrimônio, a mulher pode valer-se do uso de armas de fogo, bem como da violência física, conforme se pode constatar da correspondência entre os índices apresentados para esses crimes e para o uso desses expedientes.

Em relação ao crime, ainda é possível consignar que a maioria das mulheres entrevistadas não o planejou (76%), e somente 16% assinalaram ter traçado as diretrizes para a sua prática. Trinta e quatro por cento já cometeram outros crimes antes, e quarenta e quatro por cento já vivenciaram a experiência do encarceramento (Tabela 12).

Gráfico 10 - Uso de violência física para a prática do crime



Fonte: Elaborado pela autora

Quando questionadas se praticaram o crime sozinha ou com a ajuda de outra pessoa, 67% consignaram que o crime fora praticado sem a colaboração de outrem, como demonstrado na Tabela 12.

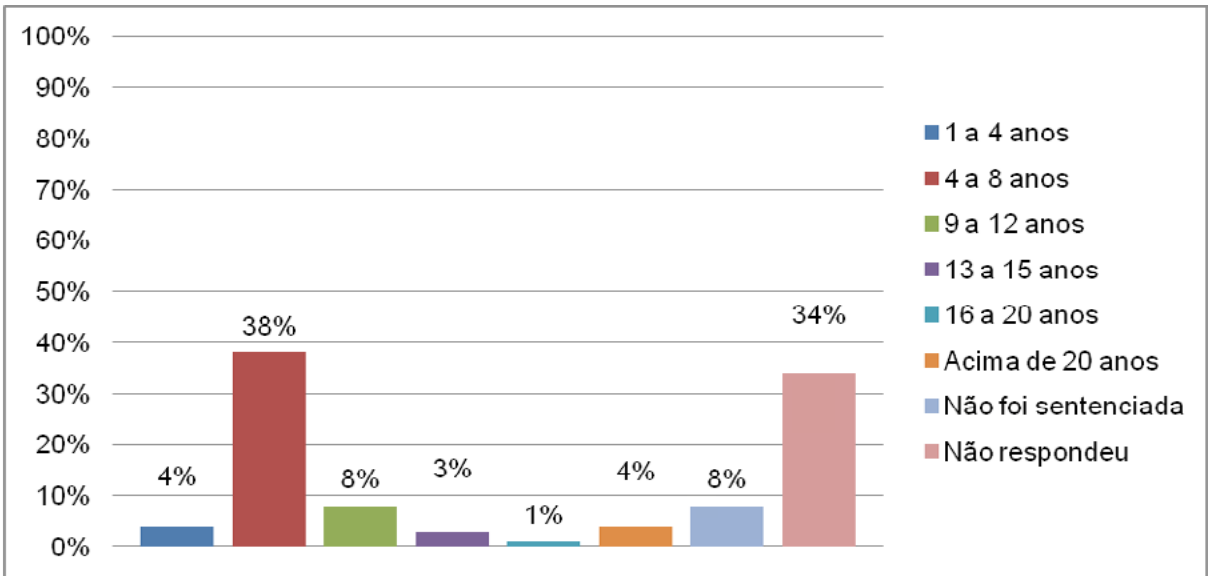
Tabela 12 - População carcerária feminina – sobre o crime

	Sim	Não	Não respondeu
Planejou o crime	16%	76%	8%
Já cometeu outros crimes antes	34%	58%	8%
Já foi presa antes	44%	54%	2%
Praticou o crime sozinha	67%	28%	5%

Fonte: Elaborado pela autora

Em relação ao tempo de condenação há maior incidência de mulheres cuja pena a ser cumprida está entre 4 a 8 anos (38%), mas há também mulheres com condenação superior a 20 anos (4%) como mostra o Gráfico 11.

Gráfico 11 – População carcerária feminina – tempo de condenação



Fonte: Elaborado pela autora

1.10 A mulher delinquente e a vítima

Nos estudos acerca da criminologia, uma das questões suscitadas era saber se, em se tratando de crimes praticados por mulheres, haveria alguma especificidade em relação às vítimas.

A análise quanto a este elemento deve ser feito de forma diferenciada, porque, a depender do crime praticado, haverá um tipo de vítima específico.

Tratando-se de crimes de trafico de drogas – que correspondem a 69% dos crimes praticados – as participantes não indicaram uma vítima específica (68%). De outro lado, quando se trata de crimes contra a vida ou contra o patrimônio, as vítimas não se distinguem, ou seja, a mulher não escolhe um tipo de vítima específico (Tabela 13).

Tabela 13 – População carcerária feminina – tipo de vítima

Contra quem praticou o crime	
Homem	10%
Mulher	12%
Criança/adolescente	5%
Idoso	1%
Outros	68%
Não respondeu	4%

Fonte: Elaborado pela autora

A pesquisa possibilitou saber que 18% das vítimas não reagiram diante da conduta ilícita, ao passo que 7% tentaram, de algum modo, rechaçar a ação criminosa. Ainda sobre a reação da vítima, 74% das participantes não responderam a esta questão – feito já devidamente justificado.

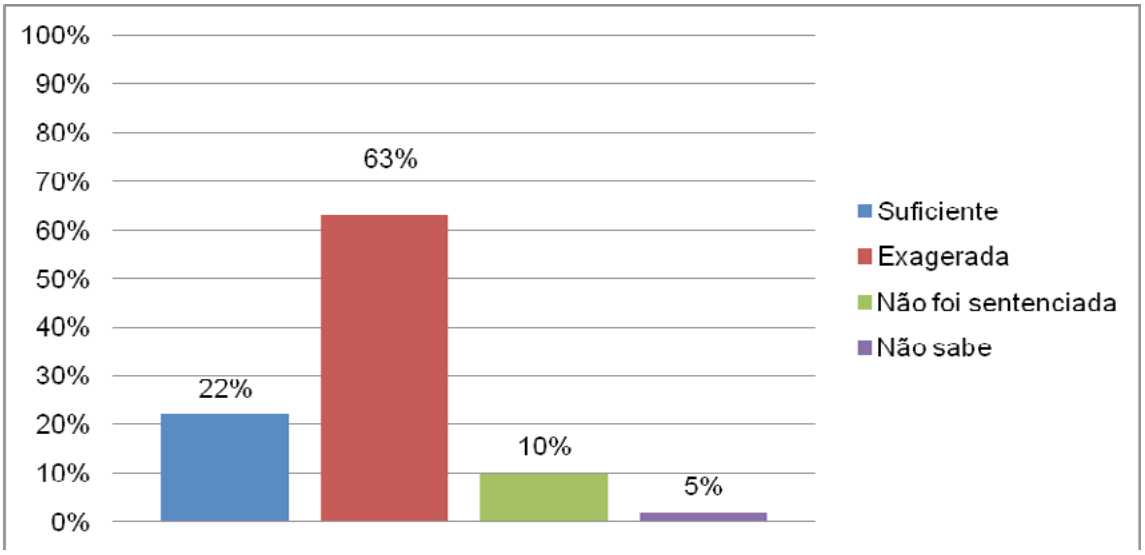
A mulher e a reação social

Resta agora refletir sobre os dados obtidos na pesquisa sobre a reação social.

A respeito do regime de cumprimento da pena, 92% das mulheres afirmaram que cumprem a reprimenda no regime fechado, 4% assinalaram que estão no sistema semiaberto, 3% registraram que não sabem qual o regime lhes serão aplicados porque ainda não foram sentenciadas e 1% não respondeu a esta indagação.

Reconhecida a prática do crime pela qual as mulheres foram condenadas, a maioria insurgiu-se contra a quantidade de pena imposta, considerando-a exagerada (63%). Entretanto reconhecem que a pena servirá para não pratiquem novos crimes (84%), assim como também admitem que o período de encarceramento tem sido de ensinamentos e reflexões sobre a conduta praticada (80%), conforme Gráfico 12 e Tabela 14.

Gráfico 12 - População carcerária feminina – pena imposta



Fonte: Elaborado pela autora

Tabela 14 - População carcerária feminina – sobre o cumprimento da pena

O que você pode dizer sobre o cumprimento da pena	Sim	Não	Não respondeu
A pena imposta servirá para que não pratique outros crimes	84%	8%	8%
Estar presa proporcionou algum ensinamento, reflexão sobre a prática de crime	80%	12%	8%

Fonte: Elaborado pela autora

Alguns escritos em forma de depoimentos foram deixados pelas mulheres participantes, dos quais são mencionados:

"Não vale a pena cometer nenhum tipo de crime. A vida nesse lugar é horrível. Não precisamos morrer para conhecer o inferno. Aqui é o próprio."

"... e a minha mãe está comigo sendo que ela não tem nada a ver com isso. Não é justo ela pagar pelos meus erros."

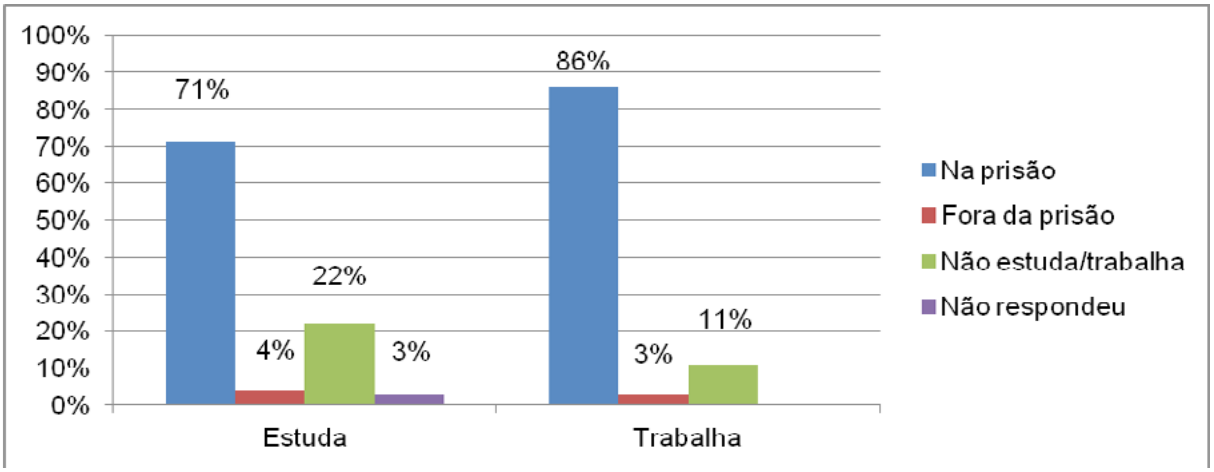
"...se alguma autoridade estiver lendo essas palavras gostaria que quando for condenar alguém procurasse fazer sempre uma investigação profunda sobre o fato. Pois estou aqui pagando o que fiz e o que não fiz, tive muitas perdas..."

"A vida aqui vai servir para praticar mais crimes".

"Estar presa sem o apoio da sociedade está me fazendo uma pessoa pior do que antes".

Ressalte-se que ao ler este último comentário, analisou-se as outras respostas da participante e foi possível verificar que a despeito de seu desabafo, ela está aproveitando o tempo para estudar e trabalhar na prisão.

Gráfico 13 - População carcerária feminina – quanto ao estudo e trabalho



Fonte: Elaborado pela autora

Durante o cumprimento da pena, é salutar que se propicie às mulheres presas condições para que trabalhem e estudem – e esta é uma forma de se alcançar o fim almejado pela imposição da sanção penal, qual seja a ressocialização. Visando a perceber o alcance prático desse comando legal, indagou-se às participantes se durante o tempo de encarceramento têm desenvolvido algum tipo de trabalho ou estudo e os resultados foram significativos: 71% das mulheres afirmaram que trabalham na prisão, enquanto 86% dedicam-se ao estudo (Gráfico 13).

Pesquisou-se ainda sobre o tratamento na prisão, tanto em situações excepcionais como gravidez e amamentação, como em situações de maus tratos, ameaças, tortura, ou respeito a sua condição prisional e obteve-se os seguintes índices descritos na Tabela 15.

Tabela 15 - Situações excepcionais ocorridas durante a prisão

Durante a prisão	Sim	Não	Não respondeu
Engravidou	15%	57%	28%
Teve filhos	18%	52%	30%
Amamentou	24%	52%	24%
Sofreu maus tratos	11%	61%	28%
Foi tratada com respeito	50%	25%	25%
Foi espancada/torturada	6%	61%	33%
Foi ameaçada	14%	57%	29%

Fonte: Elaborado pela autora

Durante a aplicação dos questionários compareceram dez mulheres com filhos com idade inferior a seis meses. Algumas engravidaram durante o período quando já estavam encarceradas, enquanto outras já estavam gestantes quando foram segregadas da sociedade. Elas são acomodadas com seus filhos em uma cela-alojamento e recebem alimentação diferenciada.

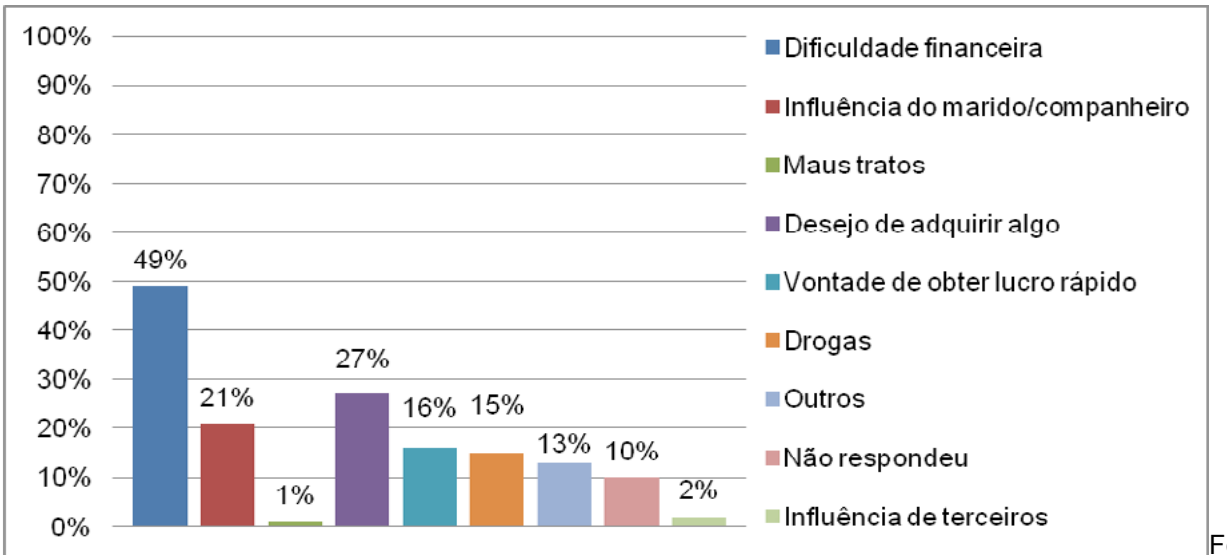
Aquelas que sinalizaram maus tratos (11%) ou qualquer ato de violência física (6%) registraram que tais condutas ocorreram, em regra, no momento da prisão. Outras contaram que as ameaças vieram por parte de outras presas (14%).

1.11 A motivação para a prática de crime

O que leva uma mulher a praticar crimes? Essa indagação permeou toda a pesquisa teórica desenvolvida ao longo deste trabalho. Ingressou-se numa penitenciária, aplicou-se um questionário e indagou-se: qual foi o motivo de ter praticado o crime?

Dentre as oito opções apresentadas algumas mulheres não encontraram resposta que traduzisse a sua motivação (13%); outras se negaram a refletir sobre a questão e preferiram não responder (10%); um percentual considerável admitiram que foram sugestionadas à pratica delituosa e, dessa forma, deixaram-se induzir pelo marido/ companheiro ou por terceiros (21% e 2%).

Gráfico 14 - Motivação para a prática do crime



Fonte: Elaborado pela autora

Mas não é só; o desejo pela obtenção de bem material motivou 43% das mulheres presas; as drogas foram justificativa para 15% dessas mulheres, e a dificuldade financeira foi a explicação para 49% das participantes da pesquisa.

Em questão discursiva que indagava qual o motivo para o aumento da criminalidade feminina, 30% das participantes disseram não saber a razão pela qual a mulher tem praticado mais crimes; 21% afirmaram que tal fato se deve à falta de oportunidade; e 22% assinalaram que a mulher tem sido influenciada pelo marido. Outras justificaram que a mulher está mais corajosa que outrora (1%); e que querem fazer tudo o que o homem faz (4%); querem também mais independência, por isso praticam crimes (5%). Há ainda aquelas

que aduzem que a mulher está se envolvendo em crimes porque precisam de dinheiro para manter o vício (6%). Por motivo de necessidade foi a justificativa de 8%; influência de terceiros (3%); falta de disposição para trabalhar (1%); falta de compreensão da família (2%); falta de Deus (3%). Cinco por cento afirmou que atualmente a mulher assume mais responsabilidade sozinha, é abandonada pelo marido, precisa criar e sustentar os filhos e nem sempre consegue fazer isso sem entrar para o mundo do crime.

Os motivos apontados pelas mulheres da Penitenciária Estadual Feminina de Porto Velho para a prática de crimes podem ser condensados em quatro grupos: 1) necessidade de conservação, ou seja, a mulher justifica a conduta ilícita considerando que tal prática possibilitará obtenção de recursos necessários à subsistência sua e de seus familiares; 2) ambição: este aspecto relaciona-se a obstinação para conseguir determinado propósito, sejam bens materiais ou imateriais, tais como sentimento de poder, independência e coragem; 3) influência de terceiros; e, 4) interação da prática do crime com a dependência química e vice-versa.

Pode-se dizer que todos esses motivos assinalados pelas próprias mulheres encarceradas fazem parte do fenômeno do crime tal como ele se revela. Mas quais são os motivos desses motivos?

Noutras palavras, por que elas – e outras não – sucumbem diante de uma situação de necessidade, ambição ou quando sugestionadas a praticarem crimes? Praticam crimes em decorrência do uso de drogas ou usam drogas para praticarem crimes?

A resposta a essas indagações perpassa por uma análise individualizada da história de cada uma dessas mulheres[55], entretanto, os resultados obtidos permitem presumir ou levantar hipóteses. A resposta, todavia, carece de maior aprofundamento.

Por exemplo, é possível, numa análise geral verificar que algumas dessas mulheres revelam experiências de um lar desajustado em que o abuso de álcool, drogas, violência física, psicológica, abandono e prática de crimes foram presentes.

55 Isto porque cada pessoa é resultado de sua história, de suas percepções de vida e de mundo. Duas pessoas submetidas exatamente às mesmas condições e tratamentos resultará em seres humanos diferentes porque apreenderá cada experiência de uma forma. Nesse ponto ousa-se citar uma passagem extraída da obra de Fábio Konder Comparato que ao buscar a definição para a pessoa humana, depois de citar as fases percorridas para essa definição mencionou que a quinta e última fase ocorreu no século XX, com a filosofia da vida e o pensamento existencialista. Diz o autor: "Reagindo contra a crescente despersonalização do homem no mundo contemporâneo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irreprodutível da personalidade individual (...) A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoa (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou a morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis (2005, p. 27).

Numa proporção maior ou menor é certo que em lares com essa configuração há a possibilidade de que se desenvolvam adultos com maior dificuldade de sentir e relacionar-se. É provável que suas necessidades emocionais, não satisfeitas durante a infância, motivem a busca por relacionamentos que supram tais carências e evite o abandono. Fala-se em possibilidade e probabilidade porque a ciência do comportamento humano, diferentemente da ciência jurídica, não trabalha com a subsunção.

Nem todo fato "x" leva a um comportamento ou a um resultado "y", mas é possível que um ambiente familiar permeado por variáveis negativas explique o porquê de determinadas mulheres insistirem em relacionamentos que lhes são tão prejudiciais e que lhes impõem condições extremadas como a da prática de crimes. Haverá uma tendência a repetir o mesmo ambiente vivenciado em outros tempos.

Em situações de abandono e maus tratos não é incomum o desenvolvimento de uma a autoestima criticamente baixa.

Algumas pessoas manifestam essa tendência, outras, entretanto, tentam camuflar a partir da manifestação de comportamentos mais autoritários, agressivos, controladores. Há uma necessidade de autoafirmação constante. A pseudoliberdade conquistada pela independência financeira que se pretende alcançar pela prática de crimes pode ser uma forma de mascarar uma autoestima sinalizadora de que algo no passado não deu certo.

E por que não deu certo?

O indivíduo carece de confirmação de sentimentos de amor e cuidado, para ao longo do tempo se certificar, em seu inconsciente, que é uma pessoa boa e por isso merecedora. Quando faltam tais sentimentos a leitura inconsciente revela que não recebeu amor e cuidado, e por isso se tornou numa pessoa ruim, carecedora de merecimento. Levará isso adiante, se aproximará de pessoas que confirmem esse status e agirá em conformidade com ele.

Nesse sentido, ratifica-se a tese de Freud quanto ao determinismo psíquico. Mas se é assim, ou seja, se nossas condutas são determinadas por aqueles pensamentos e sentimentos que ficaram gravados no inconsciente, estaríamos condenados a viver a mercê de nosso passado? E como fica o livre arbítrio diante dos fatos presentes?

O próprio Sigmund Freud oferece a resposta para essa inquietude. Freud concebia que é possível resignificar aquilo que temos registrado em nosso inconsciente, até mesmo as experiências mais traumáticas e a fórmula – que é simples, mas não é fácil – pode ser expressa na seguinte equação: Recordar, Repetir e Elaborar.

Significa: 1) reconhecer os afetos (sentimentos de amor, ódio, abandono, ansiedade, medo, etc.) que se relacionam aos motivos (dificuldades, sugestionabilidade,

ambição, etc.) propulsores à adoção de determinado comportamento; 2) trazer à tona tais afetos associando-os aos comportamentos que se presentificam; e, 3) resignificar, ou seja, escolher de forma consciente o comportamento a ser adorado doravante.

Os conflitos do inconsciente estão e estarão sempre presentes e podem ou não motivar a mulher a adotar comportamentos que se relacionem a esses conflitos. O resultado das atividades do inconsciente pode levar uma pessoa a desenvolver propensão para o crime ou não, propensão para os distúrbios de comportamento ou não, distúrbios alimentares ou não, doenças psicossomáticas ou não. Como dito anteriormente, não se trata de uma operação de subsunção.

Observa-se que as teorias do aparelho psíquico de Sigmund Freud por si só não explicam o fenômeno da criminalidade feminina, isto porque as mulheres de outrora também padeciam de carências emocionais e viviam em lares desajustados e os índices de criminalidade era outro.

Entretanto o próprio Freud e também Émile Durkheim alertaram para o fato de que o comportamento feminino agressivo não é determinado por uma relação de atividade e submissão em relação ao homem e aos atos da vida, mas é influenciado pelos costumes sociais.

O que significa dizer que além dos conteúdos do inconsciente, os costumes de uma época também ditam o comportamento.

De fato, a mulher contemporânea assumiu definitivamente uma postura diante da ordem social e econômica muito mais ativa que outrora. Está muito mais suscetível às intempéries da modernidade, aos conflitos e às situações de estresse. É mais ativa, mais determinada, mais ambiciosa, menos submissa. Faz mais uso de bebidas alcoólicas, compartilha com os homens os índices indicativos de uso de drogas. É crível, pois que se envolva muito mais em condutas ilícitas do que nos tempos passados.

Refletindo-se um pouco mais sobre o assunto, associa-se a tudo isso a essência da Teoria de Garofalo (1885) especificamente quando sinaliza que nem mesmo sentimento como cólera, paixão, agressividade, ou ainda situações de alcoolismo e de influências climáticas, são capazes de, por si sós, explicar a prática delituosa senão estiverem associadas à ausência de sentimentos e instintos de piedade e probidade. A presença ou ausência de altruísmo e o respeito ao que pertence a outrem é que estabelecerão a diferença primordial entre aquele que comete crime e aquele deixa de fazê-lo.

1.12 A mulher delinquente e a perspectiva para o futuro

Por fim, foram feitas algumas questões que exigiam respostas discursivas. Perguntou-se sobre as perspectivas para o futuro e ainda se a participante gostaria de compartilhar algum fato sobre o crime ou o tempo em que está encarcerada.

Das respostas apresentadas, algumas merecem ser compartilhadas:

"... está sendo a pior fase da minha vida... apesar de tudo isso aprendi a ser um ser humano melhor."

"Eu peguei meu marido me traindo e matei a amante. Mas hoje me arrependo muito, pois o valor da minha liberdade ninguém pode pagar. Eu já estou presa há 4 anos, mas tenho fé em Deus que tudo vai mudar, mas essa culpa eu vou levar para o resto da minha vida."

"... eu vendia droga para sustentar meu marido que estava preso. Há pouco tempo ele saiu e me abandonou."

"Aqui é o inferno, somos tratados como bichos, só gera mais revolta. Não tem oportunidade de ressocializar. Acho que tem que começar de dentro do presídio e nos preparar aqui."

"O tempo que estou aqui presa fui obrigada a assumir vários celulares, pois se a gente não assume, sofre ameaça de outras presas."

"Sou soro positivo e gostaria de ficar com meus filhos."

Quanto aos planos para o futuro, nem todas as participantes registraram o que pretendem, mas daquelas que compartilharam seus sonhos tem-se: 10% apontam que querem sair da prisão e cuidar dos filhos; 15% pretendem terminar os estudos; 22% afirmaram que almejam trabalhar honestamente; 2% sonham em sair do mundo das drogas; e 4% planejam mudar de vida; 6% querem ajudar a família; 1% afirmou: "quero ser alguém... quem sabe uma juíza".

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do aspecto conceitual que envolve a criminalidade e perpassando por questionamentos específicos em relação à conduta delituosa feminina, foi possível extrair que, de fato a prática de crimes envolve uma série de questionamentos e teorias que buscam explicar tal fenômeno. É certo que o eixo da investigação pretendida consiste em desvendar o comportamento humano, isso porque parte-se da premissa da existência de

uma motivação ou uma propensão anterior à prática do ilícito.

Nesse sentido, adentrar no tema criminologia, em especial sob o enfoque fenomenológico, é, sem dúvida, uma experiência singular. Percebe-se que a inquietude que despertou o interesse por explicações referentes à conduta ilícita é tão antiga quanto a sua própria prática, e nenhuma dá conta de responder, taxativamente, de forma irrefutável, aquilo que se pretende desvendar. De grande fascínio foi verificar as sucessões de teorias e explicações acerca do homem e da mulher delinquente, que ora eram tidas como verdades absolutas ora suplantadas por sínteses que validavam suas antíteses.

Igual relevo se apercebe ao constatar a evolução do tratamento jurídico conferido àquele que pratica crimes. É fato que a situação prisional atual causa perplexidade àqueles que militam ou não nessa área, entretanto, é inegável que há tempos o arcabouço normativo, não somente interno como também externo, tem se ocupado de garantir ao homem e à mulher que cumprem pena, um tratamento diferenciado daquele oferecido outrora. Vivemos a era da pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e de aplicação de multa, diferentemente de épocas não muito longínquas quando o delinquente ou desobediente aos comandos do Estado ou da Igreja eram punidos no próprio corpo. É fato, também, que o Poder Executivo, por meio de suas políticas públicas, não caminha na mesma velocidade ou necessidade que reclama o ordenamento jurídico e, assim, o que comumente se percebe é uma incongruência ou um desencontro entre os direitos legalmente assegurados e previstos e os concretamente efetivados.

Nesse sentido, registra-se que a Penitenciária Estadual Feminina de Porto Velho hoje acomoda mais presas do que o número de vagas, e carece de estrutura física mais adequada. Entretanto, não pode passar despercebido o fato de que, atento aos comandos legais pertinentes ao tema, aquele estabelecimento prisional oferece tratamento diferenciado às mulheres que estão acompanhadas de seus filhos, bem como a possibilidade de concluírem seus estudos. Pensa-se que haveria de possibilitar, também, atendimento psicoterapêutico em grupo (por histórico familiar, por delito cometido ou ainda por dependência química) a essas mulheres, ou mesmo individualizado, em convênio com a Universidade Federal de Rondônia, por exemplo. Poderia ainda, em parceria com essa instituição, possibilitar atendimentos com outros profissionais, tanto em relação a cursos profissionalizantes como orientações e palestras. Também seria interessante proporcionar orientação e acompanhamento psicológico aos seus filhos, bem como um trabalho psicológico direcionado às suas vítimas.

Ficou muito claro que os dados coletados não são suficientes por si sós, para estabelecer generalizações a respeito do perfil psicossocial da mulher delinquente nas variáveis suscitadas, mas tão somente para obter um panorama geral dos aspectos pesquisados tais quais se revelaram naquele momento.

Dos resultados obtidos conclui-se que o crime é mais comumente praticado por mulheres mais jovens, com idade entre 18 e 34 anos, sem desconsiderar que a incidência criminosa também se dissemine entre as mulheres com idade superior a 35 anos, alcançando, inclusive, aquelas com idade de 60 anos. As mulheres criminosas são em regra filhas de Rondônia. No tocante à escolaridade os resultados sinalizam que a maioria das mulheres não completou seus estudos primários, fato que também destoa do panorama nacional, entretanto, a pesquisa possibilitou perceber que essa maioria está aproveitando o tempo para estudar na prisão. Expressivo número dessas mulheres encarceradas na Penitenciária Estadual Feminina de Porto Velho, antes da prisão trabalhava, fazia uso de bebida alcoólica e usava drogas, porém nunca fez uso de medicamentos controlados ou valeu-se de tratamentos psicológicos e psiquiátricos.

Referente ao contexto familiar chegou-se ao resultado de que a incidência de mulheres que não tiveram contato com a figura paterna é maior (54%), e outro tanto sequer conheceu o pai (29%). Há um número considerável que assinalou ter sofrido algum tipo de violência moral e física. Em relação ao índice de violência sexual, verifica-se que 7% registraram essa ocorrência. É perceptível também que a maioria alegou ter tido o acompanhamento de seus genitores nas rotinas escolares e nos passeios (51%) e que o pai e a mãe eram amigos (51% e 63%). Entretanto, os dados revelam que algumas conviveram num ambiente em que o pai e a mãe ingeriam bebida alcoólica (38% e 19%); já foram presos (10% e 7%); usavam drogas (6% e 7%) e a mãe era mais violenta que o pai. A maioria das mulheres encarceradas tem irmão e aproximadamente um terço deles já foi preso e/ou é usuário de drogas.

Em relação ao estado civil, viu-se que há predominância de mulheres casadas (13,5%) ou conviventes (32%); a maioria dos maridos ou companheiros ingere bebida alcoólica (27%) e já foi preso (43%). Um percentual considerável faz uso de substância entorpecente (23%). A maioria das mulheres encarceradas não recebe visitas de seus pares (54%); eles não dispensam cuidados a casa ou aos filhos (35%) e não mantém relacionamento íntimo nessa fase (54%).

No que diz respeito à maternidade, os resultados obtidos sinalizam que as mulheres detentas na Penitenciária Estadual Feminina têm em média dois ou três filhos (49%), foram mães jovens – entre 11 e 23 anos (48%) - e seus filhos possuem idade inferior a 12 anos. Essas crianças vivenciam a ausência da mãe e do pai, e apenas algumas delas, esporadicamente, veem a mãe (37%).

Chamou à atenção o fato de que algumas mulheres compareceram com seus filhos nos braços para responder à pesquisa e, sobre este particular, constatou-se que a Penitenciária Estadual cumpre a determinação legal, provendo cela e tratamento especial às mulheres que estão na companhia de seus filhos.

Depreende-se que a mulher delinquente pesquisada traz um histórico de desajuste familiar marcado pelo abandono, em especial da figura paterna, bem como pelo contado com fatores de violência, consumo de bebida alcoólica e uso de substâncias entorpecentes. Possuem baixa escolaridade e foram mães muito jovens. Isso leva a inferir que não receberam orientação oportuna sobre esse assunto, e algumas, mesmo presas, não atentam para a questão do planejamento familiar. Foram abandonadas e abandonam seus filhos em razão, também, do uso de bebidas, de drogas e do cometimento de crimes.

Chegou-se ao resultado de que o crime de maior incidência é o tráfico de entorpecentes (artigo 33 da Lei de Drogas), de modo que a interpretação dos demais resultados relacionados ao crime deve ser feita considerando as especificidades desse tipo penal que, em regra, não requer o uso de instrumentos para a sua prática, nem tampouco o uso de violência física. Os dados revelaram, também, que a mulher delinquente, majoritariamente, não planejou o crime e o praticou sem ajuda de terceiros. Ao se analisar o tipo de crime mais praticado conjuntamente com o estado civil da mulher delinquente e a motivação para a prática do crime, é possível concluir que a prática de tráfico de entorpecentes é um crime comumente praticado por mulheres casadas, e tem como motivação a influência de seu marido ou companheiro.

Há tempos afastou-se a ideia da existência de delitos tipicamente femininos, entretanto, a configuração atual da prática delituosa por mulheres sinaliza que, ao tempo em que a mulher tem lutado por sua independência, inserção e projeção nas relações econômicas e sociais, coloca-se num papel de subserviência quanto à prática de crimes. Não atua em decorrência de seu poder de autodeterminação no sentido exato do termo, mas influenciada por relacionamentos e ambientes sugestivos à prática delituosa.

A análise encontra outra configuração quando se trata de verificar os dados referentes a outros tipos penais (a somatória representa 19%). Nesse passo constata-se que quando a mulher delinquente daquela Penitenciária comete crimes contra a vida ou contra o patrimônio, vale-se de uso de faca ou de arma de fogo, bem como também de violência física.

Em relação ao terceiro elemento da criminologia, qual seja, a vítima, concluiu-se que a análise das questões referentes também deve ser dividida, isso porque aquelas que praticam crime de tráfico de entorpecentes não têm vítimas específicas, ao passo que em relação aos demais crimes, em especial os crimes contra a vida e contra o patrimônio, a mulher delinquente não escolhe, *a priori*, contra quem recairá sua conduta delituosa, porém, a depender do caso concreto, haverá uma vítima predeterminada. Percebe-se, pois, que não há um tipo de vítima característico quando se trata de crimes praticados por mulheres.

Relativamente à pena aplicada, chega-se à conclusão de que grande parcela das mulheres custodiadas considera desproporcional a reprimenda imposta consoante ao

ilícito praticado. Entretanto, há aquelas que consideram a reprimenda suficiente e justa. Os resultados revelam que considerável número dessas mulheres tem ocupado seu tempo desenvolvendo atividades de estudo ou trabalho. Consideram que após passarem pela experiência do encarceramento não delinquirão novamente, e pretendem resgatar tudo aquilo que foi momentaneamente perdido.

Finalizando, resta destacar o ponto que norteou o presente trabalho. Trata-se da conclusão quanto ao crime e sua motivação. Os resultados obtidos permitem concluir que a mulher contemporânea de fato comete mais crimes que as mulheres de outros tempos e que tais crimes não se resumem aos delitos de infanticídio, aborto e crime passional, mas ao contrário, divide com o universo masculino os índices de crimes contra o patrimônio e de tráfico de drogas, por exemplo. Quanto à motivação para a prática delituosa, conclui-se que a mulher prisioneira aponta, majoritariamente, a dificuldade financeira, a influência do marido, do companheiro ou de terceiro e a ambição (desejo de posses e de lucro rápido). Pensa-se que tais motivos são plenamente conscientes por essas mulheres, entretanto, há, por traz de cada um desses motivos, razões inconscientes decorrentes de situações anteriormente vivenciadas, não compreendidas e não elaboradas, que se manifestam no tempo presente. Mas não é só. Associado a esses fatores inconscientes, potencialmente desencadeadores de comportamentos desajustados, soma-se o fato de que a mulher está mais visível, ingressou ativa e definitivamente na ordem social e econômica, está consideravelmente mais sujeita às vicissitudes da vida moderna do que em qualquer outra época (violência, estresse, consumo de bebidas alcoólicas e de substâncias entorpecentes). É, pois, expectável que se envolva mais em condutas delituosas. Por fim, conclui-se que, mesmo existindo tais fatores potencialmente desencadeadores, a presença ou a ausência de sentimentos mínimos de altruísmo e probidade é o marco diferencial entre aquelas que praticam crimes e aquelas que deles se afastam.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986.

ALMEIDA, Rosemary de Oliveira. **Mulheres que matam**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico**. São Paulo: Rideel, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 231.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora CID, 2002.

BIBLIA, Português. **Bíblia Sagrada**. Trad. João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO. Norberto. **A era dos direitos**. 9ª ed., São Paulo, Campus, 2004.

BOCK, Ana M. Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes T. **Psicologias**: uma introdução ao estudo de psicologia. São Paulo: Saraiva, 5ª ed. 1993.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940 e retificado no lDiário Oficial da União de 3 jan. 1941. Vademecum Acadêmico de Direito. Rideel. Anne Joyce Angher, organização. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Lei n° 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 13 jul. 1984. Vademecum Acadêmico de Direito. Rideel. Anne Joyce Angher, organização. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível no site: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 24 fev. 2013.

_____. Decreto n° 40, de 15 de fevereiro de 1991. **Promulga a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 24 fev. 2013.

_____. Lei 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os artigos 148, 215, 216, 226. , 227, 231 e acrescenta o artigo 231-A ao Decreto Lei n° 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. Lei n° 11.942, de 28 de maio de 2009. Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 29 mai. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal**, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 10 ago. 2009.

BRENNER, Charles. **Noções básicas de psicanálise**: Introdução à Psicologia Psicanalítica, 5ª ed. Rio de Janeiro: Imago, 1987.

BRITO, Lemos. **Os sistemas penitenciários do Brasil**. Ed. Imprensa Nacional, 1925.

_____. **As origens da prisão feminina.** Relatório do Sistema Penitenciário, 1953.

CAMPBELL, J. Robert. **Dicionário de Psiquiatria**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

CARVALHO, Hilário Veiga de, 1906. **Compendio de criminologia**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de Wster Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. Rio de Janeiro. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Raízes da Sociedade Criminógena**. 2ª ed. Lumen Juris, 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Bahia: Juspodivm, 2011.

DSM-IV – **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

DURKHEIM, Émile. **Le Suicide. Estude de sociologie**, 1897.

_____. **O Suicídio**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FADIMAN, James, 1939. **Teorias da personalidade**. Trad. Camila Pedral Sampaio, Sybil Safdie. – São Paulo: Harbra, 1986.

FARIAS JUNIOR, João. **Manual de Criminologia**. 3ª ed. João Farias Júnior. Curitiba: Juruá. 2001.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2012.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Tradução de Luiz Lemos D'Oliveira. Campinas: Russell Editores, 3ª edição, 2009.

FREUD, Sigmund. **Edição Standart Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Imago, 1987, 1ª reimpressão, 1988.

_____. (1901-1905). **Um caso de Histeria**. Três ensaios sobre sexualidade e outros trabalhos. Vol. VII.

_____. (1911-1913). **O caso de Schreber – artigos sobre técnica e outros trabalhos.** Vol. XII.

_____. (1914-1916). **A história do movimento psicanalítico artigos sobre metapsicologia e outros trabalhos**. Vol. XIV.

_____. (1932-1936). **Novas Conferências Introdutórias sobre Psicanálise**. Vol. XXII.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GAROFALO, R. **Criminologia**. Série Mestrado Jurídico. Campinas: Péritas, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II. 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

INFOPEN. Sistema Nacional de Informações Penitenciárias. **Informações do Departamento Penitenciário dez/2011**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Sistema Nacional de Informações Penitenciárias. **Informações do Departamento Penitenciário 2012**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

INNES, Brian. **Mentes Criminosas**: como o estudo do perfil psicológico ajuda a resolver crimes. Lisboa: Editorial Estampa, 2004.

JAKITAS, Renato. Roubo e furtos praticados por mulheres crescem 400%. In: **Veja** [Periódico semanal]. Abr. 2012. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/roubos-e-furtos-praticados-por-mulheres-crescem-400>. Acesso em: Fev 2013.

LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da Psicanálise**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, G. **La Donna delinquente, La postituta e La dona normale**, trad. L Meille, Alcan, 1896.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. 2010, p. 60-61.

Ministério da Justiça. Resolução 4, de 15 de julho de 2009. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Resolução 14, de 11 de novembro de 1994. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. **Grupo de Trabalho Interministerial Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino**. Relatório Final. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.portal.mj.gov.br/>. Acesso em: 18 fev. 2013.

_____. Resolução 4, de 29 de junho de 2010. Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima a pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Resolução n° 4, de 29 de julho de 2011. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP)**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Portaria n° 154, de 13 de abril de 2012. **Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Portaria nº 154, de 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Portaria n° 885 de 22 de maio de 2012. **Institui Grupo de Trabalho com a finalidade de elaborar políticas intersetoriais e integradas destinadas às mulheres em situação de privação de liberdade, restrição de direitos e às egressas**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Portaria n.º 885, de 22 de maio de 2012. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

MIRA Y LOPEZ, Emilio. **Manual de Psicologia Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Impactus, 2008.

MISCIASCI, Elizabeth. **Um novo perfil da criminalidade feminina, retratado pelo aumento, evolução e a prática delituosa**. 2009. Disponível em: <http://www.eunanet.net/beth/revistazap/topicos/aumentocrime1.htm>. Acesso em 08 fev. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes** (Reglas de Bangkok). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em 26 fev. 2013.

_____. **Regras das Nações Unidas para Tratamento das Mulheres Delinquentes – Regra de Bangkok**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em 26 fev. 2013.

NOVELINO. Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Edmundo, 1951. **Vitimologia e direito penal**: o crime precipitado pela vítima. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERRUCI, Maud Fragoso de Albuquerque. **Mulheres encarceradas.** São Paulo: Global, 1983.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 3 ed. Saraiva, 2013.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PISANI, Elaine Maria; BISI, Guy Paulo; RIZZON, Luiz Antônio; NICOLETTO, Ugo. **Psicologia Geral**. 9ª ed. Porto Alegre: Vozes, 1990.

PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO - PFDC/MPF. **Declaração dos Princípios Básicos da Justiça relativas às Vítimas da Criminalidade e de Abuso do Poder**. 29 nov.1985. Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/xvi-enpfdc/legislacao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

SANTOS, Nildo Nery. **1.000 perguntas Criminologia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre. Porto Alegre. 2002.

SCHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

SOARES. Orlando. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SOARES, Bárbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras**: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. **Psiquiatria Forense.** Porto Alegre: Armed, 2004.

TARDE, G**. La criminlalité comparée.** Alcan, 1898.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral – 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

APÊNDICE – A

GRUPO I – PESSOAL

A - O que você pode dizer a respeito de si mesma:
1. Qual a sua idade _____ **2.** Onde nasceu? ( ) Rondônia ( ) Outro Estado: _____ **3.** Estado Civil: ( ) solteira ( ) casada ( ) convivente ( ) separada ( ) viúva **4.** Qual o seu grau de escolaridade? ( ) nunca frequentou escola ( ) 1° grau incompleto Qual a série em que parou: ( ) 1° grau completo ( ) 2° grau incompleto Qual a série em que parou: ( ) 2° grau completo ( ) 3° grau incompleto ( ) 3° grau completo ( ) pós graduação
5. Já trabalhou em alguma atividade remunerada? ( ) Sim Qual? ( ) Não
6. O que você fazia antes de ser presa? ( ) Estudava? O que?_____ ( ) Trabalhava? Em que? _____ ( ) Era dona de casa
7. Antes de ser presa, você bebia? ( )nunca ( ) às vezes ( ) sempre
8. Antes de ser presa, você fazia uso de drogas? ( ) nunca ( ) às vezes ( ) sempre
9. Faz uso de algum medicamente controlado? ( ) sim ( ) Não Qual?_____
10. Já fez algum tratamento psicológico ou psiquiátrico ( ) sim ( ) Não Qual?_____ Quando?

GRUPO II – FAMILIAR

11. Por quem você foi criada?

( ) pai ( ) mãe ( ) padrasto ( ) madrasta ( ) outros parentes ( ) abrigos/ instituição

B. Quais comportamentos dos seus responsáveis foram habituais em sua criação?			
			Quem?
12. Levar à escola/passeios/diversões	Sim	Não	
13 Amarrar/trancar	Sim	Não	
14. Violência física	Sim	Não	
15. Surras	Sim	Não	
16. Castigos físicos	Sim	Não	
17. Abusos sexuais/carícias íntimas	Sim	Não	

18. Humilhação/xingamento	Sim	Não	
19. Diálogo	Sim	Não	

C. O que você pode dizer sobre seu pai?			
20. Conheceu seu pai?	Sim	Não	
21. Ele Trabalhava	Sim	Não	
22. Ele bebia?	Sim	Não	
23. Era usuário de drogas?	Sim	Não	
24. Era violento/agressivo?	Sim	Não	
25. Era amigo/cuidador	Sim	Não	
26. Já foi preso?	Sim	Não	

D. O que você pode dizer sobre sua mãe:			
27. Conheceu sua mãe?	Sim	Não	
28. Ela trabalhava fora?	Sim	Não	
29. Ela Bebia?	Sim	Não	
30. Ela era usuária de drogas?	Sim	Não	
31. Ela era violenta? Agressiva?	Sim	Não	
32. Era amiga/cuidadora?	Sim	Não	
33. Já foi presa?	Sim	Não	

E. O que você pode dizer sobre seu(s) irmão (s):
34. Tem irmãos? ( ) Sim Quantos? _____ ( ) Não
35. Algum irmão preso ( ) sim ( ) não Se sim, qual o crime? 36. Algum irmão usuário de drogas ( )sim ( ) não

F. O que você pode dizer sobre seu marido/companheiro ou ex-marido/ex-companheiro:			
37. Recebe visitas do marido/companheiro?	Sim	Não	
38 Ele trabalha?	Sim	Não	
39. Ele bebe?	Sim	Não	
40. Ele Usa drogas?	Sim	Não	
41. Ele é violento/Agressivo?	Sim	Não	
42. Ele já foi preso?	Sim	Não	
43. Ele está cuidado da casa e dos filhos?	Sim	Não	

44. Com que idade foi mãe a primeira vez?	
45. O que você pode dizer sobre os filhos:	
Número	Idade
01	
02	
03	
04	
05	

GRUPO III- DO CRIME
46. Por qual crime está presa?
47. Qual o instrumento utilizado para a prática do crime? ( ) arma de fogo ( ) faca ou outro objeto ( ) nenhum
48. Usou de violência física para a prática do crime? ( ) sim ( ) não
49. Praticou o crime: ( ) sozinha ( ) mediante ajuda de outra pessoa
50. Você planejou o crime? ( ) sim ( ) não
51. No momento da prática do crime você: ( ) tinha usado drogas ( ) bebida alcoólica ( ) nenhuma substância
52. Qual o tempo de condenação?
53. Já cometeu outros crimes antes? ( ) sim ( ) não Qual(is)? Quando?
54. Já foi presa anteriormente? Por quanto tempo?

G. O que você pode dizer sobre a vítima
56. Contra quem praticou o crime: ( ) mulher ( ) homem ( ) criança/adolescente ( ) idoso ( ) outros
57. Como escolheu a vítima?
58. A vítima reagiu? ( ) sim ( ) não

GRUPO IV – DO CUMPRIMENTO DA PENA
H. O que você pode dizer sobre o cumprimento da pena:
59. Você cumpre pena em qual regime? ( ) fechado ( ) semiaberto ( ) aberto
60. O que você acha da pena que lhe foi imposta? ( ) suficiente ( ) exagerada
61. Acha que a pena que está cumprindo servirá para que não pratique outros crimes? ( ) sim ( ) Não
62. O fato de estar presa trouxe algum ensinamento, reflexão sobre a prática de crimes: ( ) sim ( ) Não Qual (is):_____
63. Você trabalha: ( ) na prisão ( ) fora da prisão ( ) não trabalho
64. Você estuda: ( ) na prisão ( ) fora da prisão ( ) não estudo
66. Recebe visitas: ( ) sim ( ) não ( ) às vezes 67. De quem? ( ) pais ( ) filhos ( )marido/companheiro/namorado ( ) outros familiares
68. Recebe visita íntima? ( ) sim ( ) não

I . Durante a prisão você:			
69. Engravidou	Sim	Não	
70. Teve filho	Sim	Não	
71. Amamentou	Sim	Não	
72. Sofreu maus tratos	Sim	Não	
73. Foi tratada com respeito	Sim	Não	
74. Foi espancada/torturada	Sim	Não	
75. Foi ameaçada	Sim	Não	

J. Na sua opinião qual foi o motivo de ter praticado o crime
76. ( ) Dificuldade financeira
77. ( ) Influência do marido/companheiro
78. ( ) Influência dos pais
79. ( ) Maus tratos dos pais
80. ( ) Desejo de adquirir algo que não poderia comprar
81. ( ) Vontade de obter lucro rápido
82. ( ) Uso de drogas
83. ( ) Outros
84. A mulher tem praticado mais crimes do que antigamente. Por que acha que isso tem acontecido?

GRUPO V – FUTURO

85. O que perdeu com a prática do crime?

86. O que planeja para o futuro?

87. Há algum fato que queira contar sobre o crime praticado ou sobre o tempo em que está presa?