

ANTONIO GABRIEL RODRIGUES SIMÕES

**JUDICIÁRIO E POLÍTICA CRIMINAL: a jurisdição brasileira no
campo penal**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA
2022

ANTONIO GABRIEL RODRIGUES SIMÕES

JUDICIÁRIO E POLÍTICA CRIMINAL: a jurisdição brasileira no campo penal

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Me. Karla Souza Oliveira.

ANÁPOLIS – 2022

ANTONIO GABRIEL RODRIGUES SIMÕES

**JUDICIÁRIO E POLÍTICA CRIMINAL: a jurisdição brasileira no
campo penal**

Anápolis, ____ de _____ de 2022.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos amigos, parentes, minha orientadora e aos meus pais que sempre me apoiaram e deram-me condições para fazer este curso.

A Deus que me deu forças e motivação nas horas difíceis de cansaço e desânimo, mostrando-se sempre como a base da minha vida.

RESUMO

A presente pesquisa analisa, discute e explica sobre a relação existente entre o judiciário e a política criminal, salientando o papel da jurisdição brasileira no campo penal. O objeto de estudo em síntese foi o cenário da execução penal, bem como seus impactos sociais, possuindo como alicerce a legislação vigente que versa sobre tal matéria. Dessa forma, foram apontados e exemplificados os sistemas processuais e as características da justiça criminal, apresentando seus déficits e como se dá a aplicação da lei penal no Brasil. Ao longo da pesquisa foram apontadas teorias no que remontam a história do Direito Penal, elencando obras que idealizam modelos de sistemas na seara criminal. Foram exploradas as inovações nas leis no âmbito criminal como por exemplo a criação do Pacote Anticrime. Ademais, um dos pontos tratados foi a ressocialização do preso e as problemáticas que giram entorno do assunto. O estudo buscou também identificar como acontece a constitucionalização do Direito Penal.

Palavras-chave: Execução Penal. Constitucionalização. Política Criminal. Direito Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – A JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA	03
1.1 Estrutura do sistema de justiça brasileiro	03
1.1.1 A execução penal brasileira	06
1.1.2 Natureza jurídica da execução penal	06
1.2 Déficit da justiça criminal brasileira	07
1.3 Cultura do encarceramento	08
1.3.1 A vida após o encarceramento	11
CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL	13
2.1 Da responsabilidade do Estado	13
2.2 Panorama jurídico	14
2.2.1 O garantismo penal	15
2.3 Direito penal do inimigo	16
2.4 Direito penal do equilíbrio	18
2.5 Im(punidade) no sistema de justiça criminal brasileiro	20
2.6 Pacote Anticrime	21
CAPÍTULO III – JURISDIÇÃO E O SISTEMA INVESTIGATÓRIO	23
3.1 Sistemas Processuais Penais	23
3.2 Sistema Processual Inquisitório	24
3.3 Sistema processual acusatório	25
3.4 Sistema processual misto	25
3.5 Inquérito policial	26
3.5.1 Atribuição, valor probatório e encerramento	26
3.6 Beccaria e a obra Dos Delitos e das Penas	28
3.7 Da ressocialização do preso	30
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS	34

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como intenção discutir e explicar sobre a relação existente entre o judiciário e a política criminal, salientando o papel da jurisdição brasileira no campo penal.

A metodologia a ser utilizada na elaboração da monografia será o de compilação ou o bibliográfico, que consiste na exposição do pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. Desenvolver-se-á uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se como apoio e base contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a livros periódicos.

Salienta-se ainda que todos os procedimentos utilizados serão caracterizados pela precisão de ideias, clareza e concisão dos argumentos

O sistema de justiça criminal é ineficiente, caro, seletivo e violento. O direito penal brasileiro tem revelado nítida preferência pela pena de prisão, em detrimento de outras formas menos gravosas de responder à criminalidade. A intensa expansão da população carcerária no Brasil não tem reduzido a violência e tampouco a sensação de insegurança, mas tem produzido gravíssimas violações aos direitos fundamentais do preso.

A jurisdição constitucional deve ser capaz de limitar o poder punitivo do Estado e garantir que a investigação criminal, a ação penal e a execução das penas se desenvolvam em ambiente de respeito aos direitos fundamentais, e garantir que a plena republicanização da aplicação da lei penal, desconstituindo as zonas ilegítimas

da imunidade e os privilégios injustificados caracterizam o sistema de justiça criminal brasileiro

A constitucionalização do direito penal no Brasil exige o desenvolvimento de diferentes estratégias de reinstitucionalização do sistema de justiça criminal. As mudanças institucionais exigidas pela Constituição não ocorrem de forma simplesmente revolucionária, com a substituição completa do sistema, mas por alterações institucionais estruturais do sistema justiça criminal.

CAPÍTULO I – A JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

O presente trabalho tem por objetivo investigar o sistema de justiça criminal no Brasil, integrado pelos subsistemas policial, de justiça criminal e de execução penal.

1.1 Estrutura do sistema de justiça brasileiro

O sistema de segurança pública no Brasil organiza-se baseado em órgãos do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal. A Constituição Federal de 1988 traz as diretrizes gerais para o sistema, descrevendo o papel dos órgãos policiais e dos entes federativos em sua organização. No art. 144, a CF a segurança pública é definida como dever do Estado e responsabilidade de todos. Define, ainda, que os órgãos responsáveis por sua manutenção são a Polícia Federal as Polícias Rodoviária e Ferroviária Federais; as Polícias Civis; as Polícias Militares; e os Corpos de Bombeiros Militares. (BRASIL, 1997)

Tratando-se da segurança pública no âmbito do governo federal a competência é do Ministério da Justiça, vinculando-se com a Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), Departamento de Polícia Federal, e Departamento de Polícia Rodoviária Federal. Existem também conselhos ligados ao Ministério da Justiça, como o Conselho Nacional de Segurança Pública.

Cabe à Secretaria Nacional de Segurança Pública, criada no ano de 1997, promover a integração dos órgãos de segurança pública; planejar, acompanhar e avaliar as ações do governo federal na área; bem como estimular a modernização e

o reaparelhamento dos órgãos de segurança pública; estimular e propor aos órgãos estaduais e municipais a elaboração de planos integrados de segurança; e implementar e manter o Sistema. (BRASIL, 1997)

A Senasp é responsável por gerenciar o programa Sistema Único de Segurança Pública (Susp), bem como a administração dos recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública, por meio do qual são apoiados projetos de estados e municípios. O papel das Polícias Civil e Militar são definidos pela Constituição Federal, que se subordinam ao Poder Executivo estadual. (BRASIL, 1988)

A organização da Polícia Civil pode ser distribuída em departamentos e institutos, o que corrobora para uma especialização entre os policiais e das próprias delegacias, que se dedicam a certas áreas como: homicídios e proteção à pessoa; narcóticos; atendimento à mulher; crime organizado, além de departamento de polícia da capital e departamento de polícia do interior; e departamento de inteligência, entre outros. (FERREIRA; FONTOURA, 2008)

Existem diferenças de um estado para o outro no que diz respeito a carreira da Polícia Civil, distinguindo-se a carreira de delegado de polícia e de agente, bem como de carreiras ligadas à perícia. Para ingressar em qualquer uma das carreiras é necessário concurso público sendo requisito para o cargo de delegado o curso superior Direito. (FERREIRA; FONTOURA, 2008)

A organização da Polícia Militar (PM) também varia entre os Estados, mas geralmente é formada por batalhões e companhias. Existem atualmente doze graus hierárquicos, de soldado a coronel – igualmente a organização do Exército, não havendo o grau de general, inexistente na polícia. O comandante-geral da polícia no estado deve ter a patente de coronel. Os integrantes das polícias são definidos, pela Constituição, militares dos estados, constituindo força auxiliar do Exército. (FERREIRA; FONTOURA, 2008)

O trabalho da PM de modo geral é o policiamento ostensivo, que pode ser: ostensivo geral, urbano e rural; de trânsito; florestal e de mananciais; rodoviário e ferroviário, nas vias estaduais; portuário; fluvial e lacustre; de radiopatrulha terrestre e

aérea; e de segurança externa dos estabelecimentos penais, entre outros. (BRASIL,1988)

O art. 144 da Constituição Federal dispõe que “os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. ”Através de projetos sociais e comunitários as guardas municipais desempenham um importante papel no combate à violência e criminalidade. (BRASIL,1988)

Os órgãos de Justiça criminal no Brasil organizam-se nos níveis federal e estadual: juízes federais, Tribunais Regionais Federais, Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União, no primeiro caso, e juízes estaduais, Tribunais de Justiça, Ministérios Públicos e Defensorias Públicas Estaduais, no último.No âmbito federal o Poder Judiciário é composto pelas justiças especializadas – Justiça do Trabalho, eleitoral e militar – e Justiça comum, constituída pelos juízes federais e pelos Tribunais Regionais Federais.(BRASIL,1988)

As competências da Justiça comum federal são definidas pela Constituição Federal, em seus artigos 108 e 109. Entre elas, no que diz respeito às competências criminais, salienta-se o julgamento: i) dos crimes políticos e das infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União; ii) dos *habeas corpus* em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; iii) dos crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves; e iv) dos crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro. (BRASIL,1988)

No que diz respeito aos Tribunais de Justiça Estaduais, no âmbito da justiça criminal, a atuação ocorre por meio de varas criminais, Juizados Especiais Criminais e tribunais do júri. O número e a distribuição das varas criminais, das varas não-especializadas que são responsáveis pelas causas relacionadas a crimes, das varas de execução penal e dos juizados especiais e tribunais do júri são determinados pela lei de organização judiciária de cada estado, complementada pelo regimento interno do Tribunal de Justiça Estadual. (BRASIL,1988)

1.1.1 A execução penal brasileira

No art. 5.º da Constituição Federal, existem princípios que podem ser conectados à execução penal: a) dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF), porque regente de todo o ordenamento jurídico, dizendo respeito, na área penal, ao dever de o Estado garantir a cada indivíduo a sua autoestima e a sua respeitabilidade como ser humano, em qualquer situação ou condição; b) devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF), pois somente há uma condenação e seu cumprimento de maneira justa, caso todos os princípios penais e processuais penais sejam respeitados, fazendo emergir o devido processo legal. Suas fronteiras não são traçadas somente no âmbito do processo penal, como faria crer uma leitura rasa da expressão que o designa, mas vai além, atingindo natureza substantiva. c) legalidade ou reserva legal (art. 5.º, XXXIX, CF), pois não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem lei anterior que a comine. (NUCCI, 2021)

A execução penal pode ser conceituada como a fase processual na qual é a satisfeita a pretensão executória e busca a concretização das finalidades da sanção penal. Não se faz mais necessária a citação, uma vez que o condenado já está ciente da ação penal movida contra ele, assim como foi citado da sentença condenatória, momento esse em que pôde exercer seu direito de dupla jurisdição. Ademais a pretensão punitiva do Estado é cogente e indisponível. (NUCCI, 2021)

1.1.2 Natureza jurídica da execução penal

Tratando da natureza jurídica da execução penal, é a atividade jurisdicional, dedicada a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, em associação à atividade administrativa, fornecedora dos meios materiais para tanto. Nesse viés, Ada Pellegrini Grinover (1987, p.07) define que:

A execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Ressaltando a inviabilidade de se distanciar o processo de execução penal

da atuação do Poder Judiciário, está, também, a perspectiva de Sidnei Agostinho Beneti. Afirmando que a natureza jurídica é essencialmente jurisdicional está a posição de Renato Marcão. (GRINOVER, 1987)

1.2 Déficits da justiça criminal brasileira

O atual cenário da justiça criminal do Brasil se mostra deficitário e desalinhado às garantias fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, apresentando assim uma considerável falha a ser superada. A imensa maioria dos investigados, acusados e presos é formada por jovens negros e pardos, com pouca escolaridade e sem qualificação profissional. Tendo os seus direitos fundamentais violados pelo Estado, havendo um poder de polícia mal aparelhado e pouco valorizado o que contribui para a deficiência do sistema penal. (BORGES, 2018)

Apesar do modo que o Ministério Público e o Judiciário foram organizados institucionalmente após a Constituição Federal de 1988, a falta de valorização e fragilidade da defensoria pública, contribuíram para a normalização de um sistema processual injusto e desigual. (BORGES, 2018)

Com a gritante discriminação que está presente no sistema punitivo do Brasil, é importante destacar que no parágrafo único do art. 3.º da Lei de Execução Penal registra-se que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”. Considerando também que, atualmente, é considerada racismo, também, a discriminação por orientação sexual, conforme julgamento do Supremo Tribunal Federal. (NUCCI, 2021)

A proibição da distinção entre seres humanos, vedando-se toda e qualquer forma de discriminação, é matéria constitucional e foi abordada no art. 3.º, IV, da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O repúdio ao racismo é expresso (arts. 4.º, VIII, e 5.º, XLII, CF). (BRASIL, 1988)

Durante a ação policial um conjunto de direitos e proibições acabam sendo

violados. Partindo apenas dos direitos civis assegurados na CF, os suspeitos, os indiciados ou uma pessoa qualquer podem ser alvos de vários tipos de excessos que são cometidos por agentes policiais e que violem sua integridade física e moral: tortura, violação da imagem, abertura de correspondência e grampo telefônico sem autorização judicial, desrespeito à inviolabilidade do domicílio, detenção de civis sem mandado judicial ou flagrante delito, a demora na comunicação de prisões ao juiz e familiares, não informação ao detido sobre seus direitos, vedação à assistência da família e de advogados ao detido etc. (FERREIRA; FONTOURA, 2008)

Em relação ao respeito dos direitos civis previstos na Constituição Federal, é possível descrever os seguintes tipos de violações dentro de estabelecimentos penais: tortura; tratamento desumano ou degradante; violação de correspondência; exclusão de apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de direito; restrições à assistência da família; ausência de assistência legal; violação da integridade física e moral; não separação de estabelecimentos penais segundo delito, idade e sexo; presidiárias cujos filhos não permaneçam consigo em período de amamentação, entre outros. (BARROSO, 2018)

Relacionado à humanização do preso no atual sistema penal, Guilherme Souza Nucci (2021, p.15) afirma:

É evidente que um dos principais objetivos da pena é permitir a ressocialização e a reintegração do condenado em sociedade. Um dos seus direitos básicos, não atingidos pela pena, é o contato com familiares, algo positivo para a sua reeducação. No entanto, embora o ideal seja garantir que o sentenciado fique preso em local próximo à residência de seus familiares, tal medida não chega a configurar-se um direito, pois, acima disso, encontra-se o interesse estatal – e da sociedade – na garantia da segurança pública.

Não se justifica a omissão do Poder Judiciário com uma parcela da sociedade “menos favorecida”, que sofrem massiva violação de direitos fundamentais. Em contraste com essa situação em que certos grupos não possuem seus direitos resguardados, existe um grupo seletivo de privilegiados que possuem uma injustificada impunidade. A grande quantidade de pessoas que são detentoras de foro privilegiado, faz com que haja desvios na aplicação da lei, favorecendo pessoas e grupos específicos. (NUCCI, 2021)

Relacionado a esse assunto o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que o atual sistema que ampliou o foro por prerrogativa de função “é feito para não funcionar”. Por sua vez Guilherme O’ Donnel afirma que “Na América Latina há uma longa tradição de ignorar a lei ou, quando ela é acatada, de distorcê-la em favor de poderosos e da repressão ou contenção dos fracos...” A justiça criminal num verdadeiro Estado Democrático de Direito tem o dever de absolver todo acusado em relação ao qual a acusação não tenha sido capaz de demonstrar a culpa além de qualquer dúvida razoável. (BARROSO,2018)

1.3 Cultura do encarceramento

A restrição de direito tem que ser feita com muita responsabilidade e cuidado, já que, a prisão é uma experiência traumática para qualquer indivíduo condenado, pois o mesmo perde sua autonomia, o seu direito de ir e vir, a sua rotina, sendo essa medida extremamente invasiva. (BITENCOURT, 1993)

Os presídios do Brasil se encontram numa situação de precariedade, faltando o mínimo de higiene, respeito às necessidades humanas mais básicas e também conta com a superlotação, já que, não conseguem nem sequer acomodar todas as pessoas que foram condenadas. (BITENCOURT, 1993)

A Política do encarceramento já foi duramente criticada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, até então Presidente do Supremo Tribunal Federal, em um evento realizado no Tribunal de Justiça de São Paulo no dia 6 de fevereiro de 2015, ele disse “Temos nossa parcela de responsabilidade, com as decisões dos juízes de execução” Continuou sua fala citando dados que comprovam isso, sendo o Brasil com uma população carcerária de 600 mil presos, e 40% deles provisórios, totalizando 240 mil presos em 2015, em que não tiveram seus casos julgados, mas estão presos. (LEWANDOWSKI,2015)

O preso provisório atualmente sai em média 3 a 4 meses após o flagrante, quando tem a primeira audiência, fazendo com que alimente ainda mais a criminalidade, uma vez que no sistema penitenciário, o acusado tem um contato com o crime, deste modo, havendo um número menor de prisões, será também menor o

número de pessoas entrando nesse mundo de crime. (COSTA, 2015)

Com os anos de muita ineficiência, é difícil qualquer contestação ao contrário que a instituição carcerária é falida e ineficaz. A maior parte do nosso sistema carcerário é composto de pessoas pretas e pobres, e isso só enfatiza o quadro social reinante nesse país, o qual sabemos quais indivíduos vão ser excluídos da nossa sociedade. (COSTA, 2015)

A sociedade se esquece que um dia esse detento vai voltar para a sociedade, o que ele encontra ao sair e a realidade do desemprego, do descrédito e desconfiança, restando-lhe a alternativa de voltar para o mundo do crime, onde o único acolhimento que recebe são de pessoas desse meio. (OLIVEIRA, 2005)

Neste sentido, explica Oliveira (2005, *online*):

Ao clamar pelo encarceramento e por nada mais, a sociedade se esquece de que o homem preso voltará ao convívio social, cedo ou tarde. Portanto, prepará-lo para sua reinserção, se não encarado como um dever social e humanitário, deveria ser visto, pelo menos, pela ótica da autopreservação.

Ademais nesse contexto em que se perpetua a negação de direitos aos hipossuficientes no campo penal, continua atual a advertência de Marcelo Neves, de que os “subintregados” estão excluídos do exercício dos direitos fundamentais declarados, mas não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. (NEVES, 1996)

A tragédia humana que existe no atual sistema penitenciário além de ser resultado de uma política criminal fracassada que deve ser resolvida pelos presidentes eleitos, também configuram problemas essencialmente jurídicos que são gerados pela deficiente eficácia das normas constitucionais no campo penal. É exatamente nesse ponto que a jurisdição constitucional deve atuar de forma intensa, de maneira que o direito penal possa se expressar por meio de um processo legítimo e comine na aplicação e execução de penais proporcionais, respeitando a dignidade dos condenados. (BORGES, 2018)

Um meio de nivelar a jurisdição brasileira ao patamar necessário no campo penal, é tentar desvencilhar do dilema contemporâneo de classificar as alternativas progressistas em utópicas ou triviais. A intenção é estabelecer caminhos e estratégias que possibilitem redefinições relevantes nesse setor – no âmbito do qual a ineficácia institucional tem provocado um aprofundamento da inconsistência da política criminal – sem, entretanto, utilizar da jurisdição constitucional como um meio de impor teorias particulares. (BORGES, 2018)

Percebe-se no que concerne ao direito penal brasileiro, a preferência pela pena de prisão – com raras exceções tem se notado um considerável aumento de encarceramento em quase todo o mundo -, ao invés de considerar a aplicação de penas menos gravosas. Apesar da crescente expansão da população carcerária brasileira, a violência não sofreu alguma significativa diminuição. (BORGES, 2018)

Não é de responsabilidade exclusiva da jurisdição constitucional brasileira promover uma revolução institucional no direito penal brasileiro. Isso está muito além das capacidades dos juízes e Tribunais constitucionais. Mas cabe à jurisdição constitucional impedir que o sistema criminal se desenvolva sem consonância com a Constituição. (BORGES, 2018)

1.3.1 A vida após o encarceramento

No interior do cárcere, os reeducandos são submetidos à violência local desde a sua inserção no sistema prisional, e é justamente essa a primeira etapa do processo de "prisionalização". As redes de relações compostas por amigos, familiares e trabalhos realizados pelo indivíduo são afastados do preso. Os acontecimentos do mundo externo não são mais acompanhados, assim como os afazeres da vida cotidiana. Para Goffman, o afastamento do convívio social é a primeira "mortificação do eu" imposta pelas instituições totais ao interno. (GOFFMAN, 1987)

Ao chegar ao presídio, o apenado responde a diversas perguntas básicas a respeito de informações pessoais, como por exemplo: idade, sexo e registro geral. Posteriormente, é emitido um número de matrícula. O indivíduo é codificado, e a sua dignidade é retirada. O preso é submetido a um processo de socialização, no qual

possui a presença dos costumes e regras da penitenciária. Nesse momento, ele é destituído dos seus pertences e toda relação com o ambiente externo é substituída rigorosamente por elementos institucionais. (GOFFMAN, 1987)

Deste modo, Mariana Leonesy da Silveira Barreto (2006, p.590) explica:

Para o recluso, o clima assim coercitivo, decidir fazer isso ou aquilo, mesmo que seja dar um passo para a frente ou para trás, transforma-se num pesadelo [...] Lesionado, de maneira profunda, no senso de autodeterminação, hesitante sempre entre fazer e não fazer, o recluso habitua-se a esperar que tomem decisões por ele, e isso lhe caracteriza a personalidade.

As alterações que ocorrem na vida das pessoas que foram submetidas à vida prisional ocorrem de formas variadas, e acontece também a deformação da identidade do sujeito. Acontece com frequência agressões físicas aos internos, não só por parte da equipe dirigente como também por outros detentos. Dessa forma o ambiente carcerário é, um local de patrulhamento intenso, onde os detentos assimilam a necessidade de estar sempre em constante alerta para um possível ataque. (FOUCAULT, 1987)

A falta de capacidade do recluso em se adaptar ao mundo, justifica o questionamento sobre a finalidade dos estabelecimentos prisionais, dado que o mundo do cárcere se contrasta inteiramente com o mundo liberto. Como disposto no artigo 10 da Lei de Execução Penal, a assistência ao preso e ao internado tem como objetivo prevenir o crime e orientar a volta do recluso à sociedade. Entretanto, essas finalidades se tornam um paradoxo, uma vez que, no modelo punitivo atual, é comum que os reclusos se tornem mais violentos. (BARRETO, 2016)

CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Esse capítulo trata da constitucionalização do direito penal. Em seguida aborda a responsabilidade civil do Estado, bem como o panorama jurídico acerca do tema. Por fim, apresenta a impunidade do sistema de justiça criminal brasileiro.

2.1 Da responsabilidade do Estado

A responsabilidade civil do Poder Público baseia-se na procura da isonomia, uma vez que todos devem se beneficiar com a ação estatal. Por outro lado, há a necessidade de carregar o ônus que advém das ações da Administração pública do Estado. Todavia, a responsabilidade objetiva estatal reconhece a condição jurídica de desigualdade existente entre o particular e o Estado.

O artigo 37, da Constituição Federal, em seu parágrafo 6º, prevê:

Art. 37§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem à terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988, *online*)

O artigo demonstra a adoção da responsabilidade objetiva da Administração pública na modalidade risco administrativo pelos danos causados pelos seus agentes. Tal modalidade abrange todas as pessoas jurídicas de direito público bem como todas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. (BRASIL, 1988)

Cabe salientar que, nas situações em que o Estado está na condição de garante, havendo o dever de assegurar a integridade de pessoas ou coisas que a ele estão relacionadas, a responsabilidade é objetiva. Dessa maneira, mesmo que o dano causado não tenha ligação direta com a atuação do Estado, ele responderá por uma omissão específica, salvo se incidir alguma hipótese de excludente.

O STF e o STJ entendem que tratando-se de caso de morte por suicídio de detento, a responsabilidade do Estado é objetiva, uma vez que estão sob cuidado do Estado, fundamentando-se na Constituição Federal que descreve como dever estatal que a execução da pena se dê de forma humanizada, respeitando as garantias fundamentais do reeducando, zelando pela incolumidade física e moral. (RE 841.526)

A respeito do julgado supracitado, há a fundamentação na titularidade exclusiva do direito de punir que o Estado possui. Portanto, advém desse poder, a obrigação de zelar pela integridade física e moral do indivíduo. Tratando da responsabilidade do Estado, também é possível que seja suscitado um questionamento na necessidade da existência do nexo causal entre o dano sofrido e a omissão do Poder público. (RE 841.526)

Logo, em seu voto, o ministro Luiz Fux reconheceu a responsabilidade do Estado pela morte do preso, embasando se na Constituição Federal, que preceitua que na inobservância do seu dever de proteção previsto em seu artigo 5º, inciso XLIX, é configurada a responsabilidade estatal. (RE 841.526)

2.2 Panorama jurídico

No que diz respeito a constitucionalização do direito penal, faz-se necessário o estudo e análise do panorama jurídico acerca do tema, de forma a apresentar teorias penais que se relacionam com fundamentos constitucionais. Teorias como o garantismo penal, direito penal do inimigo e o direito penal do equilíbrio, fazem surgir uma reflexão sobre a aplicação da lei penal e quais princípios seriam melhores aplicáveis ao direito penal.

2.2.1 O garantismo penal

Em sua obra *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli (2009), conceitua e apresenta metodologias do garantismo penal. Ademais, nota-se que o estudo concernente à seara penal pode ser utilizado como subsídio para a teoria geral do garantismo, podendo ser aplicado em diversos ramos do direito.

O garantismo penal originou-se no período denominado “anos de chumbo”, marcado por manifestações e grupos de pressão que objetivavam resultados políticos através de atos violentos. Anteriormente, foi fundado um movimento chamado Magistratura Democrática, o qual era composto por magistrados que se declaravam como sendo de esquerda. Luís Ferrajoli, o “pai” do garantismo penal era um dos componentes desse movimento. (FERRAJOLI, 2002)

O principal objetivo do sistema garantista, é o estabelecimento de limites no que diz respeito a aplicação da pena de forma que o sistema de justiça criminal seja racional e legítimo. Cabe salientar os axiomas jurídicos do garantismo de Ferrajoli: princípios da legalidade estrita, retributividade, necessidade, lesividade, materialidade e culpabilidade, da jurisidicionalidade, acusatório, carga da prova, contraditório. (FERRAJOLI, 2002)

A respeito dos axiomas garantistas, Ferrajoli os descreve como proposições prescritivas e não como proposições descritivas, uma vez que:

[...] Não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. (FERRAJOLI, 2002, p.74)

Ferrajoli faz a contraposição entre direito e poder, de forma que busca converter parte do judiciário em uma forma de contrapoder revolucionário. Como põe Gilberto Callado de Oliveira, não há uma contraposição entre o direito e poder, mas sim um equilíbrio, bem como, o conflito existente entre o réu e o Estado, deverá se ater somente ao processo. (FERRAJOLI, 2002)

A análise do fenômeno criminal sob a ótica garantista se torna na verdade uma análise social. No garantismo, há a conexão da dogmática “legitimadora” e “racionalizadora” com uma visão que considera o sistema de justiça “burguês” como uma forma de controle social, mantendo uma supremacia de determinada classe social. (SOUZA, 2018)

A teoria de Luigi Ferrajoli, concentra-se também encontrar uma nova forma de observação do fenômeno, haja vista que apresenta a existência de aspectos formais e substanciais, e a necessidade em considerar isso na construção das constituições bem como outros ordenamentos jurídicos. Ao considerar o Estado de Direito como poder submetido a uma legalidade substancial, Ferrajoli busca superar o positivismo jurídico de Kelsen e estabelecer um positivismo crítico.

Tratando-se do aspecto formal do direito, Ferrajoli afirma que este está contido no procedimento prévio, de forma que funciona como base de legitimidade para criação de nova norma estatal. Assim, para que uma norma seja considerada válida e dotada de legitimidade, são necessários prévios procedimentos formais, delimitados pelo judiciário. (FERRAJOLI, 2002)

2.3 Direito penal do inimigo

A teoria do Direito Penal do Inimigo teve sua origem em uma palestra realizada pelo jurista e filósofo Gunther Jakobs. Esta teoria busca uma forma de conter os indivíduos que infringissem as normas impostas á sociedade, apresentando medidas e regras punitivas aplicáveis a tais situações, baseando-se numa política de não inserção no meio social.

Jakobs conceituava o direito penal do inimigo como:

São regras jurídico-penais que, como suas correlatas, as regras do Direito Penal do Cidadão, somente são concebíveis enquanto tipos ideais” e, prossegue afirmando que o “Direito Penal do Inimigo é, essencialmente, violência silenciosa; o Direito Penal do Cidadão é, sobretudo, comunicação sobre a vigência da norma.” Dessa maneira, “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só contexto jurídico penal. (JAKOBS;

MELIÁ *apud* BINATO JÚNIOR, 2005, p. 21).

Baseando-se filosoficamente em Thomas Hobbes e Immanuel Kant, Jakobs, elabora seu próprio conceito de inimigo. Em Hobbes, Jakobs afirma em seu postulado que o inimigo é aquele que escolhesse a ruptura do contrato social vigente entre a sociedade civil na qual ele era inserido, regredindo assim, ao “estado de natureza” que é denominado como “estado de guerra ou barbárie”.

No que diz respeito a teoria de Kant, há a anuência de penas severas a quem rompesse com as regras sociais, oferecendo uma ameaça ao convívio em sociedade e em consequência de tal conduta perderia a qualidade de pessoa. Diante disso, Jakobs entende o que seria o enquadramento da pena. Nesse ponto surgem controvérsias interpretativas, como é preceituado por Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira (LUMEN JURIS, 2009).

Neste viés, Jakobs (2009, p. XXII) dispõe:

Não receber o tratamento de pessoa (social e jurídica, portanto) significa dizer apenas que determinados comportamentos, em razão de sua peculiar natureza, poderiam revelar o completo abandono de uma sociedade com a qual, não só não se compartilha valor algum, mas também da qual não se respeitam as condições fundamentais de sua existência. É para essa situação que, segundo o autor, se justificaria o incremento das proteções penais e processuais penais. [...] De todo modo, a expressão inimigo [sic] parece-nos inadequada, particularmente no âmbito de uma teoria essencialmente jurídica como ocorre no sistema penal. Aliás, pode-se estimar que a força beligerante [sic] de seu sentido mais usual é responsável pela maioria das objeções que suscitou. Daí a associação do não-cidadão [sic] à guerra, ao totalitarismo e outras intolerâncias.

A imposição da pena no sistema de dupla imputação para os cidadãos advém de fatos passados cometidos por eles, por sua vez, ao inimigo é imposto uma pena quando se há uma possível violação do Direito, dessa maneira, pune-se pelo perigo de concretização de um delito. Jakobs realiza uma diferenciação entre inimigos e cidadãos, demonstrando que através da conduta praticada pelos indivíduos acarretará um enquadramento penal, com a finalidade de combater um perigo. Jakobs destaca:

O Direito Penal conhece, portanto, dois pólos [sic] ou tendências de suas regulações: a primeira é o trato como cidadão, o qual se espera até que este último exteriorize seu fato, para então, reagir de modo a validar a forma normativa da sociedade; a segunda é o trato como inimigo, que é remotamente interceptado no campo preliminar e combatido por sua periculosidade. (JAKOBS, 2009, p. 14)

A teoria Jakobiana, traz em sua configuração a pretensão punitiva em relação ao autor, não tratando da sua conduta, mas sim pelo que ele representa para a sociedade. Portanto, existe um Direito Penal que compõe direitos distintos, baseando-se em dupla imputação, adaptando o enquadramento legal à espécie de autor do delito. (BRITO, 2015)

Conclui-se que a Teoria do Direito Penal do inimigo, tinha por objetivo discutir a aplicação do Direito penal, de forma clara e contendo divergências se dividindo entre a busca em punir os inimigos da sociedade, aqueles considerados violadores das normas sociais, que feriam de alguma forma a estrutura estatal, estes sendo punidos com maior veemência e por outro lado abordando um outro grupo que por mais que também sofressem com as punições teriam seus direitos fundamentais garantidos e a possibilidade de reinserção social.

2.4 Direito penal do equilíbrio

Assim como as outras teorias apresentadas acerca do direito penal, o estudo da teoria do direito penal do equilíbrio faz-se importante para que seja realizada uma comparação entre tais teorias e assimilar de que forma elas se aplicam e podem ser relacionadas com o direito penal brasileiro. O direito penal do equilíbrio contém uma visão minimalista do Direito penal, apresentando dois pontos contrastantes. (GRECO, 2009)

Os pontos extremos que o Direito Penal do inimigo apresenta diz respeito ao abolicionismo penal, que tem por objetivo a extinção do direito penal no mundo fático, e de outro lado, o exacerbamento e rigor da lei e ordem, que busca um Direito Penal máximo. Em sua obra, Rogério Greco traz os conceitos, princípios e teorias no que concerne ao Direito Penal do Equilíbrio. (GRECO, 2009)

Nesse viés, existem princípios fundamentais pertinentes ao Direito Penal do Equilíbrio, sendo eles: a intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação das penas, culpabilidade e legalidade. Sendo abordado também o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um elemento central do estudo. (GRECO, 2009)

O princípio da dignidade da pessoa humana “serve como um princípio reitor de muitos outros, tal como ocorre com o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da proporcionalidade entre outros., que neles buscam seu fundamento de validade” (GRECO, 2009)

Outro princípio importante que também é abordado trata-se da limitação da pena, que diz respeito a limitação negativa que resguardada pela Constituição Federal que se fundamenta na no princípio da dignidade humana. De acordo com o artigo 5º, inciso XLVII: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. ” (BRASIL, 1988)

Enfim, após de elencar os princípios fundamentais de seu estudo, Rogério Greco discorre sobre a seletividade do direito penal, analisando que o Estado deve se ater as condutas praticadas que infringem a lei e não aplicar a sanção penal de forma seletiva de modo que se restrinja a uma classe social. Greco, faz também uma referência ao passado do direito penal. Quando uma pessoa de baixa renda era condenada a pagar uma pena pecuniária e não possuía condições financeiras para tal, havia a conversão da pena e o indivíduo passava a cumprir uma pena privativa de liberdade.

A respeito da seletividade do direito penal Maria Lúcia Karan afirma que:

O sistema penal não se destina a punir todas as pessoas que cometem crimes. Não passando a imposição da pena de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade, e encontrando esta reação punitiva seu suporte e sua força ideológica na necessidade do desejo de criação de bodes expiatórios, não seria funcional fazê-la recair sobre todos os responsáveis por condutas criminalizadas, sendo, ao

contrário, imperativa a individualização de apenas algumas deles, para que, emprestem sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, possibilitando a simultânea e conveniente ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura da dominação do poder. (GRECO *apud* KARAN, p. 138, 2009)

Diante de tudo que foi exposto, percebe-se o antagonismo e o equívoco no que diz respeito aos discursos abolicionistas e ao que prega a aplicação de um direito máximo. Rogério Greco, na conclusão de sua obra *O Direito do Equilíbrio* afirma que tal estudo busca uma posição intermediária entre os extremos discursos supracitados e aduz também que por mais razoável que seja a aplicação do Direito penal do Equilíbrio, não deve o direito penal buscar a resolução de todos os problemas que afligem a sociedade. (GRECO, 2009)

Dessa maneira, o Direito Penal do Equilíbrio se mostra como uma teoria coerente e adotável ao direito penal brasileiro uma vez que se faz necessário o respeito as garantias fundamentais e o zelo pela dignidade da pessoa humana. O sistema penal atua carece de uma posição de equilíbrio e de uma justiça criminal não seletiva, contribuindo assim para um ordenamento jurídico mais eficaz.

2.5 Im(punidade) no sistema de justiça criminal brasileiro

No contexto atual do sistema justiça criminal brasileiro, percebe-se a falta da efetiva e correta aplicação da lei, de modo que as garantias fundamentais se mostram comprometidas. A aplicação da lei de modo que privilegie a pena de prisão como sanção definitiva e que intensifique as sanções criminais é um fator que contribui para existência de impunidades e para o caos dos sistemas penitenciários brasileiros. (BORGES, 2018)

Como demonstrado através de um estudo desenvolvido pelo G1, o sistema carcerário brasileiro sofre com a superlotação e falta de infraestrutura. “Há hoje 704.395 presos para uma capacidade total de 415.960, um déficit de 288.435 vagas. Se forem contabilizados os presos em regime aberto e os que estão em carceragens da Polícia Civil, o número passa de 750 mil.” (CARVALHO *et al*, 2019, *online*)

Um estudo do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) indica que

37% das pessoas presas provisoriamente enquanto correm seus processos na Justiça não são condenadas à pena de prisão ao final do processo. Diante disso, fica demonstrado a ineficácia e a injustiça no que diz respeito a execução da pena no sistema de justiça brasileiro.

No âmbito da execução penal, um dos fatores que também corroboram para o atual cenário trata-se de uma cultura de encarceramento que é socialmente defendida, Sérgio Adorno diz que “Há no Brasil a sensação forte de que, independentemente de classe, riqueza ou poder, os crimes cresceram e se tornaram mais violentos, porém há impunidade. Nesses momentos as pessoas acham que a solução são leis mais severas e mais tempo de prisão”. (BRITO, 2015)

2.6 Pacote Anticrime

O pacote anticrime alterou, dentre outras leis, o Código Penal e o Código de processo penal. Entre essas modificações pode-se citar o juiz de garantias, que foi criado com o objetivo de garantir a imparcialidade do juiz que é incumbido de condenar ou não o réu. O juiz de garantias atuaria na fase de investigação, não fazendo parte da fase processual. Entretanto, em 2020 o ministro do STF Luiz Fux decidiu suspender a implementação do juiz de garantias.

Há previsão nos artigos que foram suspensos, o impedimento do magistrado que atuou na fase de investigação atue no processo. Dessa maneira, se aprovado, haveria a atuação de dois juízes para cada persecução penal. O juiz de garantias atuaria quando houvesse necessidade de intervir na investigação, não sendo inquisidor ou investigador. Após o recebimento da denúncia ou queixa, o juiz do processo passaria a atuar. Ainda se aguarda a declaração ou não de constitucionalidade do Juiz das Garantias por parte do STF. (MINTO, 2020)

Outra alteração trazida foi a respeito da legítima defesa, havendo uma ampliação das excludentes de ilicitude. Dessa maneira, foi incluído pela lei que “considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”.

Assim, o policial que fere ou mata um sequestrador que está fazendo um indivíduo de refém, está em regra, agindo em legítima defesa. (BRASIL, 2019)

O acordo de não persecução penal foi outra novidade implementada pela lei anticrime. Trata-se da possibilidade de a proposição por parte do Ministério Público de acordos para não ajuizar a ação penal contra quem cometeu crimes sem violência ou grave ameaça. De acordo com a lei, réus primários podem se beneficiar com o acordo apenas quando o crime previr pena inferior a quatro anos.

O acordo necessita sempre da homologação realizada pela justiça e não pode beneficiar reincidentes ou aquele que já se assinou algum acordo nos últimos cinco anos. Além disso, fica sujeito a quem assinar o acordo a devolver o produto do crime às vítimas, prestação de serviço comunitário entre outras condições. O acordo também depende da confissão do crime não se aplicando aos casos de competência dos juizados especiais criminais e está previsto no artigo 28- A do CPP.

A respeito do tempo máximo de cumprimento de pena, houve uma alteração com o chamado pacote anticrime. O limite máximo de pena privativa de liberdade foi aumentado para 40 anos. Dessa maneira o artigo 75 do Código Penal mudou:

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (BRASIL, 2019, *online*)

Diante de supracitadas algumas das importantes alterações feitas pela lei anticrime, assimila-se o impacto no campo do direito penal e processual penal bem como em todo ordenamento jurídico, uma vez que altera o Código Penal, o Código de processo penal e a lei de Execução penal entre outras diversas leis.

CAPÍTULO III – JURISDIÇÃO E O SISTEMA INVESTIGATÓRIO

O presente capítulo trata de como é estruturado o sistema criminal brasileiro, bem como analisa e expõe teorias no que diz respeito aos impactos sociais ligados a aplicação do direito penal.

3.1 Sistemas Processuais Penais

O sistema acusatório prevaleceu até meados do século XII, sofrendo uma substituição gradativa, pelo modelo inquisitório que se estabeleceu plenamente até o final do século XVIII, até que com a ocorrência de movimentos políticos e sociais houve uma transformação. No atual sistema brasileiro, a doutrina, majoritariamente, entende que, o sistema brasileiro contemporâneo é misto. (LOPES JÚNIOR, 2019)

Sobre qual sistema é adotado pela justiça brasileira Aury Lopes Júnior entende que:

[...] Afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância. [...] (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 44)

A estruturação do processo penal sofreu mudanças com o decorrer do tempo, de acordo com a ideologia que é seguida, seja ela punitiva ou libertária. Como preceitua Goldschmidt a estrutura do processo penal de um determinado país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua

Constituição. (LOPES JÚNIOR,2019)

3.2 Sistema Processual Inquisitório

O sistema inquisitório, permaneceu até o século XII, anteriormente era adotado o sistema acusatório que se manteve até o século XII, sem acusador legítimo e idôneo. As mudanças ocorreram de forma gradual, de maneira que houve a substituição pelo sistema inquisitório. No que tange à prova, imperava um sistema de valoração, de forma que a sentença não produzia coisa julgada, e o cárcere do acusado no decorrer do processo era uma regra geral. (LOPES JÚNIOR,2019)

No decorrer do século XIII foi criado o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para combater a heresia e qualquer ato que fosse entendido como contrário ou que gerava dúvida acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. No início, eram elencados os fiéis considerados totalmente íntegros para que, após serem submetidos a um juramento, se comprometessem a informar manifestações avessas aos dogmas da religião. (LOPES JÚNIOR,2019)

Na definição de Jacinto Coutinho:

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se ‘não acordarmos –, mantém-se hígido”. (COUTINHO, 2015, *online*)

O sistema inquisitório se estendeu até os finais do século XVIII, início do XI, época em que se deu a Revolução Francesa, bem como os movimentos filosóficos que repercutiram no processo penal, esmaecendo assim as características do modelo inquisitivo. Coincide com a instituição de Júris Populares, e começa a devagar transição para o sistema misto, que se estende até os dias atuais. O sistema inquisitório foi desacreditado principalmente por pregar que um mesmo indivíduo pode simultaneamente investigar, acusar, defender e julgar. (LOPES JÚNIOR,2019)

Elenca-se como principais características do sistema inquisitivo: ausência de separação das funções de acusar e julgar; violação do princípio ne *procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação); juiz parcial; inexistência de contraditório pleno e desigualdade de armas e oportunidades. (LOPES JÚNIOR, 2019)

3.3 Sistema processual acusatório

Com a origem que remonta ao Direito grego, processo penal acusatório é caracterizado pela nítida distinção entre juiz e partes, que assim deve se prevalecer durante todo o processo, para que a imparcialidade seja garantida e efetivação do contraditório. Pode se notar a diferença entre o sistema inquisitorial e o acusatório no que diz respeito à posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor. (TÁVORA, 2013)

É importante salientar, contudo, que não é adotado no Brasil o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, uma vez que o magistrado, não é um mero espectador inerte na persecução, possuindo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, lhe sendo permitido conceder habeas corpus de ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e alterar medidas cautelares. (TÁVORA, 2013)

Não há previsão expressa na legislação de que o sistema adotado no Brasil é o acusatório. Entretanto, a partir de uma interpretação ao artigo 129, I da Constituição Federal, pode-se concluir que o atual sistema processual penal se pauta pelo princípio acusatório: “ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. (LOPES JÚNIOR, 2019)

3.4 Sistema processual misto

O Sistema misto, teve como origem o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. Há entendimento doutrinário a respeito do sistema misto, afirmando que os sistemas puros consistiam em modelos

históricos que são incompatíveis com os atuais. Ademais, essa divisão existente no processo penal, faria com que fosse possível a prevalência da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, concebendo assim o caráter “misto”. (LOPES JÚNIOR, 2019)

Estruturando-se toda a persecução no sistema misto, têm-se: investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária; instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor; julgamento: só este último, contudo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa; recurso: normalmente há o "recurso de cassação", no qual se impugnam apenas as questões de direito, mas também é possível o "recurso de apelação", no qual são impugnadas as questões de fato e de direito. (TÁVORA, 2013).

3.5 Inquérito policial

Faz-se necessário para o entendimento da persecução penal como um todo, analisar e desmiuçar os aspectos e como e realizado o inquérito policial, que pode ser conceituado como um procedimento preparatório da ação penal, que possui caráter administrativo, instaurado pela autoridade policial que tem como fim, inicialmente, apurar o cometimento de uma infração penal e sua autoria. Nesse sentido, vide o que é previsto no artigo 2º, § 1º, da Lei 12.830/2013, no que tange à finalidade do inquérito: “a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”. (NUCCI, 2022)

Seu objetivo primordial é construir uma base quanto à construção da convicção do representante do Ministério Público, e garantir também a colheita de provas imprescindíveis, que podem desaparecer, após o ato criminoso ser cometido. O inquérito é, também, uma forma de distanciar dúvidas e guiar o rumo da investigação, uma vez que se o Estado dispuser de elementos robustos para agir em face de alguém na esfera criminal, torna-se mais difícil a existência de equívocos no que diz respeito a apontar a autoria do crime. (NUCCI, 2022)

3.5.1 Atribuição, valor probatório e encerramento

Em consonância com o do art. 4º do CPP, a “polícia judiciária será exercida

pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá como finalidade a apuração das infrações penais e da sua autoria”. Nesse viés, existe posicionamento doutrinário que entende que o termo “competência” é usado erroneamente, melhor seria se fosse utilizado o termo “atribuição”. Atribuindo-se ao termo competência o poder incumbido a alguém para conhecer de determinados assuntos, não se confundindo com competência jurisdicional. (CAPEZ, 2022)

Ressalvadas algumas exceções, a atribuição para conduzir o inquérito policial é conferida aos delegados de carreira, de acordo com as regras de organização policial dos Estados. Pode ser estabelecida a atribuição quer pelo lugar em que se foi consumada a infração, quer pela sua natureza. Situada no interior, a autoridade policial fica impedida de praticar quaisquer atos que extrapolam os limites da sua circunscrição, havendo essa necessidade, deve solicitar, por precatória ou por rogatória, a cooperação da autoridade local que possua atribuições para tanto. (CAPEZ, 2022)

Diferindo da Capital, haja vista que, o Código de Processo Penal estabelece em seu artigo 22 que:

No Distrito Federal e nas comarcas em que houver mais de uma circunscrição policial, a autoridade com exercício em uma delas poderá, nos inquéritos a que esteja procedendo, ordenar diligências em circunscrição de outra, independentemente de precatórias ou requisições, e bem assim providenciará, até que compareça a autoridade competente, sobre qualquer fato que ocorra em sua presença, noutra circunscrição. (BRASIL, 1941, *online*)

A atribuição para a lavratura do auto de prisão em flagrante é da autoridade do lugar em que se efetivou a prisão (CPP, arts. 290 e 308), devendo os atos subsequentes ser praticados pela autoridade do local em que o crime se consumou. (CAPEZ, 2022)

O inquérito policial tem por finalidade trazer informações para o Ministério Público ou ao ofendido, de acordo com a natureza do delito, os elementos necessários para a propositura da ação penal. Dessa forma, possui valor probatório, embora relativo, uma vez que as informações obtidas não colhidas com o amparo do

contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito. (CAPEZ, 2022)

Dessa maneira, utilizando a confissão extrajudicial a título de exemplo, essa terá validade como elemento de convicção do magistrado, somente se corroborada por outros elementos obtidos no decorrer da instrução processual. Tal entendimento resultou em letra expressa do art. 155 do CPP, o qual preceitua que: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Assim, o dispositivo em questão estabelece um limite ao princípio do livre convencimento do juiz, que deve ser exercido segundo os parâmetros determinados pelo CPP. (CAPEZ, 2022)

Finalizada as investigações, a autoridade policial deve realizar um relatório detalhado do que foi apurado no inquérito policial (CPP, art. 10, § 1º), não podendo empregar qualquer tipo de juízo de valor, opiniões ou julgamentos, sendo necessário, ainda, a autoridade justificar, em despacho fundamentado, os motivos que cominaram na classificação legal do fato, bem como indicar as testemunhas que não foram ouvidas. (CAPEZ, 2022)

Encerrado o inquérito e feito o relatório, os autos serão encaminhados ao juiz competente, juntamente com os objetos e instrumentos do crime que interessarem à prova, oficiando a autoridade e ao Instituto de Identificação e Estatística, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos e os dados relativos à infração e ao indiciado. (CAPEZ,2022)

3.6 Beccaria e a obra Dos Delitos e das Penas

O livro Dos Delitos e das Penas, apresenta a Filosofia aplicada à legislação penal da época. Rompendo a tradição clássica, invoca a razão. Tornando-se o precursor do protesto público contra a tortura, os julgamentos secretos, o juramento imposto ao acusado, a pena infamante, a delação, a desigualdade diante da sanção e a atrocidade do suplício. (BECCARIA, 1999)

Ao afirmar que "as mesmas penas devem ser aplicadas aos poderosos e aos mais humildes cidadãos, desde que hajam cometido os mesmos crimes", Beccaria proclamou, pela primeira vez, o princípio da igualdade perante a lei. Apontou a disparidade entre a pena e o delito, considerou a pena de morte como algo sem sentido. (BECCARIA, 1999)

No capítulo segundo de sua obra, o qual trata sobre o Direito de punir, Cesare Beccaria preceitua:

Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos. (BECCARIA, 1999, p.28)

Nesse viés, Beccaria aponta a necessidade de não associar à palavra Justiça a ideia de algo concreto e real. Uma vez que ela é apenas uma maneira de conceber dos homens, influenciando a felicidade de cada um. Afirma ainda que não se refere à justiça que emana de Deus e que por justiça ele entende como "o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que, do contrário, se dissolveriam no antigo estado de insociabilidade." (BECCARIA, 1999)

Para o autor, a pena imposta pelo Estado tem uma finalidade. Porém, o impacto na reputação do acusado, ainda que seja inocentemente condenado, irá permanecer por toda sua vida. Dessa forma, é defendida a ideia de que é melhor um acusado solto do que um inocente preso. Alguém não pode ser considerado culpado sem uma sentença com trânsito em julgado que comprove a autoria do delito. (BECCARIA, 1999)

Na Constituição Federal, é vedado a tortura, tratando-se desse assunto, Beccaria entendia a tortura como uma barbárie e explica que era um meio absurdo de se obter provas. Não deve haver impunidade quanto à prática de um delito, porém, nenhum indiciado pode ser torturado a fim de confessar um crime que não cometeu. Segundo o autor:

Quereis prevenir o crime? Fazeis leis simples e claras; fazei-as amar; e esteja a nação inteira pronta a amar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las (BECCARIA, 1999, p. 191 – 192).

Em sua obra, Beccaria narra de forma crítica os abusos do poder estatal no direito penal, sustentando que o poder do Estado é o direito dos poderosos, tendo em vista a situação de hipossuficiência dos indivíduos em relação ao Estado. Para que a pena cumpra sua finalidade é necessário que a pena seja clara, objetiva e equivalente ao delito. (BECCARIA, 1999)

3.7 Da ressocialização do preso

Dado o atual cenário brasileiro quanto à forma que se dá a execução penal e como é estruturado o sistema carcerário no país, há de se preocupar se no que diz respeito à reintegração do detento à sociedade. Atendo-se ao caráter ressocializador da pena que está elencado no Art. 10 da Lei de Execução Penal – LEP. (SOARES, 2016)

Ademais, o presídio, seria o local destinado ao isolamento do indivíduo para que haja o afastamento da comunidade e em tese haja uma reflexão sobre o ato ilícito praticado. Servindo também como um modo de prevenir possíveis futuras práticas delituosas. Porém, não seria a função principal do isolamento prisional o de tornar o preso um ser excluído efetivamente da sociedade. (SOARES, 2016)

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou internado em consonância ao que está contido no art. 1º da LEP, uma vez que é adotada a teoria mista ou eclética, cuja qual define que a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar. (MARCÃO, 2022)

A execução penal, no Estado Democrático e de Direito, deve observar estritamente os limites da lei e do necessário ao cumprimento da pena e da medida de segurança. Tudo o que excede aos limites contraria direitos.

Nos termos do art. 41 da LEP, são direitos do preso:

- I — alimentação suficiente e vestuário;
- II — atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III — previdência social;
- IV — constituição de pecúlio;
- V — proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI — exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII — assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII — proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX — entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X — visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI — chamamento nominal;
- XII — igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII — audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV — representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito;
- XV — contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes
- XVI — atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena de responsabilidade da autoridade judiciária competente. (BRASIL, 1984, *online*)

Nota-se que o art. 41 estabelece um rol bem amplo, onde estão elencados o que se denomina como direitos do preso. Entretanto, tal lista é considerada apenas exemplificativa, pois não esgota, em sua totalidade, os direitos da pessoa humana, ainda que essa se encontre presa, e dessa forma submetida a um regime de restrições. (MARCÃO, 2022)

Nesse viés, objetivando a reinserção do reeducando na sociedade, há de se pensar na reabilitação deste para a vida social de forma a se buscar a redução de reincidência. Após a saída da vida no cárcere, o indivíduo que não possui formas de sustentar, tende em sua maioria reincidir. O fornecimento de alimentação, moradia, higiene e locomoção se faz eficaz para o combate da reincidência, assim que o indivíduo recebe a liberdade. (SOARES, 2016)

CONCLUSÃO

Restou demonstrado neste estudo, como é estruturado o sistema de justiça brasileiro, identificando o papel do Poder Judiciário em cada etapa do processo pela. Ficou demonstrado também como se dá a Execução Penal, bem como as mazelas do sistema prisional do país.

Inicialmente, o presente estudo abordou a cultura do encarceramento existente e a predileção na legislação vigente pela aplicação das penas privativas de liberdade. Nesse sentido, entende-se que um meio de nivelar a jurisdição brasileira ao patamar necessário no campo penal, é tentar desvencilhar do dilema contemporâneo de classificar as alternativas progressistas em utópicas ou triviais

Em seguida, foi possível alcançar um entendimento mais claro acerca da constitucionalização do direito penal e realizar um estudo sobre o garantismo penal. Ademais, a análise do fenômeno criminal sob a ótica garantista se torna na verdade uma análise social. No garantismo, há a conexão da dogmática “legitimadora” e “racionalizadora” com uma visão que considera o sistema de justiça “burguês” como uma forma de controle social, mantendo uma supremacia de determinada classe social.

Houve a análise de teorias e vertentes no âmbito criminal como por exemplo o Direito penal do equilíbrio que se mostrou ser uma perspectiva coerente de como deve acontecer a aplicação da norma penal. Por sua vez, entrando em contraste com o Direito Penal do inimigo que possui uma outra ótica, trazendo em sua configuração a pretensão punitiva em relação ao autor, não tratando da sua conduta, mas sim pelo que ele representa para a sociedade. Portanto, existe um Direito Penal que compões direitos distintos, baseando-se em dupla imputação, adaptando o enquadramento legal à espécie de autor do delito

E por fim, fora realizado um comparativo entre os sistemas processuais

penais, sendo eles o sistema inquisitório, acusatório e o misto. Assimilando-se que não é adotado no Brasil o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, uma vez que o magistrado, não é um mero espectador inerte na persecução, possuindo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, lhe sendo permitido conceder habeas corpus de ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e alterar medidas cautelares.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Mariana Leonesy da Silveira. Depois das grades: um reflexo da cultura prisional em indivíduos libertos. **Psicologia: ciência e profissão**, Brasília, v. 26, n. 4, p. 582-593, dez. 2006.

BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir**. Estudos de filosofia. 2. ed. Rio de Janeiro: Editorial Grijalbo, 1977.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Júnior. e Agnes Cretella I. - 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: Ed Revistas dos Tribunais LTDA, 1993.

BORGES, Ademar, **O papel do judiciário na concretização da política criminal: por um reposicionamento da jurisdição constitucional brasileira no campo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Decreto 2.315,1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2315impressao.htm: Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 02 out. 2022.

BRITO, Thammy Islamy Carlos, **O Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs**.

JUS.com. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44783/o-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jakobs>. Acesso em: 20 set. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2022.

CARVALHO, Bárbara. LEITE, Carolline. PRADO, Gabriel. RAMALHO, Guilherme. VELASCO, Clara. **Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil**. G1. 26 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2022.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. Empório do Direito**. 18 abr. 2015. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em: 05 set. 2022.

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

FERREIRA, Helder. FONTOURA, Natália de Oliveira. **Sistema de justiça criminal no Brasil: quadro institucional e um diagnóstico de sua atuação**. Imprensa: Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Editora BdeF, 2000.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4ª edição. Niterói: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

JAKOBS, Gunther. MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2ª Edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado., 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2022.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, **Relatório descritivo – Pesquisa do Perfil Organizacional das Guardas Municipais**. Brasília: Ministério da Justiça/Senasp,

nov. 2005. Disponível em: www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/senasp-1/gest_o-do-conhecimento_2003-06.pdf. Acesso em: 15 out. 2022.

MINTO, Rafael Martins. **Pacote Anticrime: análise das razões da suspensão do Juiz das Garantias**. Master Juris. 2020. Disponível em: <https://masterjuris.com.br/breve-analise-do-pacote-anticrime-e-das-razoes-da-suspensao-do-juiz-das-garantias>. Acesso em: 10 out. 2022.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder**. Revista de Informação Legislativa, 1996.
NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz. **Questão penitenciária: uma questão social**. Folha de São Paulo, 2005.

SOARES, Samuel Silva Basílio. A execução penal e a ressocialização do preso. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXVI, Nº. 000094, 21/12/2016. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/execucao-penal-e-ressocializacao-do-preso>. Acesso em: 10 out. 2022.

SOUZA, Leonardo Giardin, Garantismo penal: o cavalo de Troia do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. 2018. **Revista do Ministério Público Militar**. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2018/07/8-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.