



**FAECA DOM BOSCO
DE MONTE APRAZÍVEL**

**REVISTA JURÍDICA
O SABER
COMPLETAMENTE**

ISSN 2179-7714 - Volume 1 - Revista nº 8 - Janeiro/2018



REVISTA JURÍDICA - O SABER COMPLETAMENTE

Publicação anual do Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Monte Aprázivel e convidados.

Presidente da Mantenedora: Iracema Maria Ciconelli

Diretor: Vanderlei Pereira

Diretor Pedagógico: Prof^o. Dr. José Amâncio Gomes “in memorian”

Coordenador do Curso de Direito: Prof^o. Fernando Vidotti Favaron

Coordenador da Revista Jurídica: Prof^o. Msc. Sérgio Castrequini Fante

Assistente da Coordenação da Revista Jurídica: Prof^o. Esp. João Terra Junior

Conselho Editorial:

Presidente do Conselho Editorial: Prof^o. Dr. Rubens Alexandre da Silva

Prof^o. Msc. Sérgio Castrequini Fante

Prof^o. Esp. João Terra Junior

Prof^o. Dr. José Amâncio Gomes

Prof^o. Dr. Rubens Alexandre da Silva

Revisão:

Prof^o. Msc. Sérgio Castrequini Fante

Prof^o. Esp. João Terra Junior

Prof^a. Msc. Miriam Montoro Mugayar

ATENÇÃO: Todos os artigos publicados nesta revista foram cedidos por seus autores. A Revista Jurídica FAECA Dom Bosco de Monte Aprázivel não se responsabiliza pelos conceitos emitidos pelos artigos assinados, sendo de inteira responsabilidade de seus autores.

PREFÁCIO

“Per aspera ad astra”

Ao fazer uso do provérbio, para iniciar este prefácio, com o qual apresentamos a terceira publicação da Revista Jurídica “COMPLETAMENTE”, o faço para prestar minhas homenagens ao nosso eterno Presidente da Associação de Ensino Dom Bosco de Monte Aprazível, o saudoso Dr. Saraiva, o qual prefaciou a primeira edição da nossa Revista Jurídica. Portanto minha tarefa é árdua e inglória, pois suceder o Dr. Saraiva em qualquer atividade intelectual é sempre uma temeridade, dado sua insuplantável capacidade de se expressar.

O contínuo trabalho de estudos e pesquisas, em qualquer área do conhecimento humano, mormente, como é o nosso caso, na área das ciências jurídicas, nos leva sempre à necessidade de divulgar nossa produção, não apenas por vaidade, mas sim pelo fato e nos colocarmos sempre em situação de reflexão e debate com a sociedade, assim é através de nossa Revista Jurídica é que abrimos espaço para esse mister.

Assim é que, a Revista Jurídica COMPLETAMENTE, em sua terceira publicação reúne uma seleção de importantes artigos os quais são precedidos de um resumo com a finalidade de ingressar o leitor no contexto do artigo e da revista como um todo, razão pela qual não vemos, nesse prefácio, a necessidade de apresentar qual resumo dos temas selecionados.

Oportuno se faz, no entanto, agradecer a todos os autores dos temas tratados, sejam ele professores da Faculdade, alunos, professores de outros institutos, os quais gentilmente se colocaram a disposição dos responsáveis diretos pela edição da revista.

Cabe, ainda agradecer a todos os pesquisadores que enviaram seus trabalhos, mas por motivos de espaço e oportunidade não tiveram seus artigos publicados, os quais, com certeza estarão presentes nas próximas edições.

“No mundo sempre existem os sonhadores de costume, que nunca têm a força de vontade para a concretização de seus sonhos, pois esperam de todos tudo aquilo que desejam conquistar. Há também os apáticos, os indiferentes e os que já se consideram vencidos e não têm sequer a capacidade de sonhar, pois permanecem sempre sentados, às margens de suas estradas, vendo a vida passar. Todavia, há os que sonham e apresentam a capacidade e a imediata ação para transformar seus sonhos em realidade” (Saraiva)

Reproduzi o texto acima, de autoria do Dr Saraiva, pois, além de ser uma forma de prestar a devida homenagem ao ilustre advogado e escritor, ilustra muito bem a luta daqueles que não tem medido esforços para manter a realidade do sonho possível de termos atrelada ao nosso curso de direito e a FAECA Dom Bosco de Monte Aprazível uma revista jurídica de qualidade e consolidada ao apresentar para o público leitor a sua terceira edição.

Prof. Dr. José Amancio Gomes
Coordenador do curso de Direito.

“Republicado em homenagem”

SUMÁRIO

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FACE AOS DIREITOS INDIVIDUAIS.....	07
José Ricardo Pitelli Milani Júnior	
A DUVIDOSA CONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ARTIGO 277 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.....	19
Rodrigo de Lima Santos Vinicius Rodrigues de Freitas	
“HÁ TRÊS TIPOS DE MENTIRAS: MENTIRAS, MENTIRAS TERRÍVEIS E ESTATÍSTICAS”	35
Bruno Giovannini de Paulo Ana Cristina Lemos Roque	

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os artigos Jurídicos encaminhados para apreciação do Conselho Editorial e do Editor da Revista Jurídica deverão seguir as seguintes regras metodológicas:

- a) O trabalho científico deverá ser inédito, ou seja, não poderá ter tido parte ou totalidade de seu conteúdo publicado em livros, revistas, jornais, sítios da Internet, etc;
- b) Deverá ser escrito em Folha A4, com margem superior e esquerda de 3 cm e margens inferior e direita de 2 cm;
- c) Deverá ser escrito com letra Times New Roman número 12 e espaçamento entre linhas de 1,5;
- d) Deverá ter no mínimo 7 (sete) e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas. Serão aceitos artigos maiores, desde que devidamente justificada a necessidade do excesso;
- e) Os artigos deverão versar preferencialmente sobre algum fato relevante da área jurídica ou do Ensino Superior;
- f) O autor deverá apresentar um breve resumo para ser colocado no início do artigo e palavras chaves que identifiquem seu conteúdo;
- g) O artigo deverá estar obrigatoriamente acompanhado das referências bibliográficas que serviram de suporte para a pesquisa de seu autor;
- h) Deverá ainda apresentar um breve apanhado de sua vida profissional e acadêmica que será publicado junto ao artigo;
- i) Os assuntos, conceitos, discussões, dados apresentados, etc, serão de inteira responsabilidade do autor do artigo que assume total responsabilidade perante nossa legislação de Direitos Autorais e principalmente a legislação criminal.**
- j) O artigo poderá ser escrito por professores, alunos ou qualquer outra pessoa que queira colaborar com a revista. Serão aceitos artigos em co-autoria.**
- k) Os artigos deverão ser enviados para o e-mail rjdombosco@bol.com.br.**

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FACE AOS DIREITOS INDIVIDUAIS

José Ricardo Pitelli Milani Júnior¹

Resumo:

A Constituição Federal de 1988 garante em seu artigo 5 a inviolabilidade das comunicações privadas, no entanto, neste mesmo artigo no inciso XII à ressalva de que o sigilo das comunicações, dentre elas a telefônica é inviolável, salvo por ordem judicial, na forma que a lei estabelecer para investigar casos criminais ou de instrução processual penal. Deste modo, o objetivo deste trabalho é apresentar a interceptação telefônica face aos direitos individuais, apresentando um breve histórico do tema nas constituições brasileiras, conceitos relacionados ao direito à intimidade, o conflito entre os direitos fundamentais e a Lei nº 9.296, discutindo também a questão das provas lícitas e ilícitas que podem envolver um processo, o direito à intimidade e a dignidade humana que constituem os direitos fundamentais previstos na Constituição. Assim, a regra é observar o direito fundamental e a inviolabilidade do sigilo de comunicação, que tem como objetivo a garantia da preservação da individualidade do cidadão. Por fim, pode-se afirmar que o objetivo proposto foi alcançado e, foi possível concluir que a interceptação telefônica quando feita sob autorização do juiz e com provas consubstanciadas é uma importante ferramenta para elaboração de provas e elucidação de casos criminais.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Direitos individuais. Provas.

Abstract:

The Federal Constitution of 1988 guarantees in article 5 the inviolability of private communications, however, in this same article in item XII to the proviso that the confidentiality of communications, among them the telephone is inviolable, except by judicial order, in the form that the Law establish to investigate criminal cases or criminal procedural instruction. In this way, the objective of this work is to present telephone interception with respect to individual rights, presenting a brief history of the subject in Brazilian constitutions, concepts related to the right to privacy, conflict between fundamental rights and Law 9.296, also discussing the issue The lawful and unlawful evidence that may involve a case, the right to privacy and human dignity which constitute the fundamental rights provided for in the Constitution. Thus, the rule is to observe the fundamental right and inviolability of the secrecy of communication, which has the objective of guaranteeing the preservation of the individuality of the citizen. Finally, it can be affirmed that the proposed objective was reached and it was possible to conclude that telephone interception when made under the authorization of the judge and with substantiated evidence is an important tool for the elaboration of evidence and elucidation of criminal cases.

Keywords: Telephone interception. Individual rights. Evidences.

1 INTRODUÇÃO

O homem sempre teve a necessidade de se comunicar e, com o passar dos anos a forma de se comunicar e os meios de comunicação foram evoluindo, assim como a linguagem utilizada. O telefone,

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM (2016-2017); Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2011); Advogado.

por sua vez, constitui-se em um meio de comunicação muito importante e muito utilizado nos dias atuais.

Conforme dados publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil em julho de 2016 contava com uma população de 206,8 milhões distribuídos por todo seu território, sendo o estado de São Paulo o mais populoso, com 44,75 milhões de habitantes. (BRASIL, 2016)

Todo este número de pessoas demanda o uso de diversos tipos de serviço e consumo e, a comunicação através de telefone está entre esta necessidade.

Dados publicados pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) apontam que em dezembro de 2016, o Brasil contava com 244,1 milhões de celulares o que representa 118,04 celulares/100 habitantes. (ANATEL, 2016).

Observa-se com base nestes dados que existem mais aparelhos do que usuários, ou usuários com mais de um aparelho móvel em uso.

Quanto aos telefones fixos, este fechou o ano de 2016 com 41,8 milhões em serviço. (ANATEL, 2016).

Com tanta utilização deste meio de comunicação e a quantidade de informação transmitida através destes, os órgãos responsáveis por elucidações de casos criminais viu nesta ferramenta uma oportunidade de acelerar processos através das chamadas interceptações telefônicas que, em um primeiro momento viola os direitos fundamentais do ser humano quanto a sua intimidade, conforme artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

No entanto, este mesmo dispositivo não assegura a inviolabilidade absoluta conforme será abordado no decorrer deste trabalho.

Em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.296 que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Esta lei trata das interceptações telefônicas assunto foco deste artigo.

Dada a relevância deste assunto para a sociedade e o importante meio à disposição do Estado para investigações de maior complexidade, o objetivo desta pesquisa é abordar a interceptação telefônica face aos direitos individuais, apresentando um breve histórico do tema nas constituições brasileiras, conceitos relacionado ao direito à intimidade, o conflito entre os direitos fundamentais e a Lei nº 9.296.

2 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

2.1 Conceitos de interceptação telefônica

Para Capez (2009) a palavra interceptação é derivada de interceptar e significa interferir, interromper, colocar-se entre duas pessoas, tomando conhecimento do assunto que é tratado entre os interlocutores.

No ambiente jurídico, de acordo com Prado (2009, p. 23) interceptação é “o ato de interferir nas comunicações telefônicas, de modo a impedi-las ou de forma a ter acesso ao seu conteúdo”.

Assim, a interceptação telefônica nada mais é do que um terceiro captar uma conversa sem que os

interlocutores saibam.

Vale observar que interceptação telefônica, gravação clandestina e escuta telefônica, embora pareça ser tudo a mesma coisa, não é.

Existe diferenças entre estes termos e é necessária a distinção entre estes para a determinação da aplicação da Lei 9.296/96 que regulamenta a interceptação telefônica.

Cambi (2006, p. 100) resume tal conceituação:

Três são as hipóteses que devem ser examinadas: i) quando a conversa entre duas pessoas é gravada com o consentimento de ambas; ii) quando a conversa é gravada por uma das pessoas que participa do diálogo, mas sem o consentimento da outra; iii) quando a gravação se dá por um terceiro e as pessoas que participam da conversa não têm conhecimento de que estão sendo gravadas. Nesse último caso, está-se diante de uma interceptação telefônica. O que a caracteriza é a existência de um terceiro, estranho à conversa, que tem a intenção de captar a comunicação existente na passagem de um emitente para um destinatário.

De acordo com Avolio (2010) a interceptação é:

A interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las - com conseqüências penais - quer para delas apenas tomar conhecimento - nesse caso também com reflexos no processo. (AVOLIO, 2010, p. 91)

Enquanto que a escuta é “situação em que um dos interlocutores consente em ter as suas ligações interceptadas” (AVOLIO, 2010, p. 92).

A gravação por sua vez é o que acontece quando “durante uma conversa telefônica, um dos comunicadores resolve gravar a comunicação sem que o outro saiba”. (GOMES; CERVINI, 1997, p. 104-105).

Na doutrina jurídica é chamada de gravação clandestina e não está inclusa na Lei 9.296/96.

Os autores Gomes e Cervini (1997) ressaltam ainda que a gravação clandestina não serve como forma de incriminar ninguém.

2.1 Constituição Federal de 1988 e a Lei 9.296/96

Na Constituição de 1937 havia um artigo que tratava do segredo das cartas, do postal, do telegráfico e do telefônico, que de acordo com este, são invioláveis (art. 117, 1ª parte).

Porém em sua segunda parte (art. 122) embora continuasse preservando o direito à privacidade, fazia uma ressalva estabelecendo que “a inviolabilidade do domicílio e de correspondências, salvas as exceções expressas em lei”, no entanto, a Constituição de 1946 não previu essa exceção e voltou-se a consideração de ser inviolável o sigilo de correspondência.

No ano de 1962, foi criada uma Lei que tratava também das interceptações telefônicas o Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4.117/62.

O artigo 57, inciso II, alínea 'e' da Lei 4.117/62 abordou o tema violação de telecomunicações

prevendo a não constituição de violação de telecomunicações “o conhecimento dado ao juiz, competente, mediante requisição ou intimação deste” (BRASIL, 1962).

Com isso:

A escuta telefônica foi amplamente utilizada sob o regime autoritário, pelos organismos de informação e de repressão política: a questão de sua ilicitude não se constituiu, porém, senão rarissimamente, em tema de discussão judicial, fosse pela vigência exclusivamente nominal das garantias constitucionais, fosse porque, de regra, efetivada clandestinamente, poucas vezes a “degravação” das conversas telefônicas interceptadas tenha sido levada aos autos dos processos. (Min. PERTENCE, 1992 apud SOARES, 2010, p. 09)

No período acima citado, a escuta telefônica constituiu-se em uma ferramenta determinante para realizar inúmeras prisões, servindo também de meios para obter confissões perante os órgãos repressivos vinculados as forças armadas. (SOARES, 2010)

No entanto, a interceptação telefônica passou a gerar diversas discussões no Tribunal já que a Constituição de 1967 regulamentou em seu artigo 153 § 9º que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”. (BRASIL, 1967)

Com a promulgação da nova Constituição, a Constituição Federal de 1988, esta em seu artigo 5º, garantiu a inviolabilidade das comunicações privadas em geral ao regulamentar que:

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. (BRASIL, 1988)

Porém, este artigo é composto de vários incisos e, no inciso XII está assim regulamentado que:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, **por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.** (BRASIL, 1988)

No entanto, do ponto de vista de Gomes (1996) embora tenha sido prevista na Constituição Federal de 1988, a interceptação telefônica não poderia ser aplicada de forma imediata, era preciso uma lei que a regulamentasse.

Essa urgência de lei regulamentadora acentuou-se ainda mais quando o STF e o STJ passaram a considerar ilícitas todas essas interceptações realizadas com fundamento nessa norma genérica do Código Brasileiro de Telecomunicações. De acordo com o STF e o STJ, o art. 57, II, e, da Lei 4.117/1962 não foi recepcionado pela Constituição Vigente, sendo necessária, assim, a elaboração de lei regulamentadora das formas, limites e hipóteses de cabimento das interceptações. (GOMES, 2014, p. 20)

A seguir, apresenta-se um caso onde o Supremo Tribunal Federal, decidiu acerca da não recepção pela Constituição Federal de 1988, da Lei 4.117/62.

Prova Ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, nas hipóteses e na forma' por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS n.º 21.750, 24/11/93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. (STF, HC 69.912-RS)

Conforme citado anteriormente, a aprovação de uma Lei que regulamentasse a interceptação telefônica era urgente, uma vez que, em diversos casos, o magistrado não aceitava como prova mesmo sendo citado o direito à quebra da inviolabilidade na Constituição.

Assim, a interceptação telefônica deve observar o disposto na referida Lei e, irá depender de ordem de um juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. No parágrafo único do art. 1 da citada lei está: “o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”. (BRASIL, 1996)

Esta lei enumera os casos em que não são admitidas as interceptações, em especial quando não existem indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, ou ainda, quando a prova puder ser obtida através de outros meios legais sem precisar com isso invadir a privacidade das conversas telefônicas.

Art. 2º: Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III – o fato investigado constituir infração penal punida, no mínimo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive, com indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. (BRASIL, 1996)

Em resumo, não é em toda e qualquer situação, que a interceptação telefônica pode ser aplicada, somente naquelas em que a Lei permite e com autorização judicial.

Verifica-se, no entanto, que a Lei 9.296 não trata da gravação clandestina, escuta e captação ambiental.

No entanto, a lei 9.296/96 somente tratou das chamadas 'interceptações telefônicas', deixando, infelizmente, a descoberto, toda uma gama de situações que implicavam gravações de comunicações e conversas, as quais são correntes e podem servir amplamente no interesse da apuração de fatos muitas vezes de suma gravidade. (CABETTE, 2011, p. 29)

A lei nº 12.850/13 foi a responsável por regulamentar a captação ambiental de sinais eletrodo magnéticos, ópticos ou acústicos que não eram contemplados na Lei anterior.

2.2 Dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais assumem na Constituição Federal de 1988 importante papel uma vez que constituem o núcleo central da referida Constituição.

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar normas asseguradoras dessas pretensões. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 231)

Com isso verifica-se que os direitos fundamentais têm um papel de suma importância na proteção da dignidade humana e pode ser conhecido também por outras expressões como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008)

Importante ressaltar que os direitos fundamentais são considerados como cláusulas pétreas, ou seja, que não podem ser revogados ou suprimidos. Porém sem Constituição não há o que se falar de direitos fundamentais.

É válido citar também os direitos individuais que também são direitos fundamentais como aqueles concernentes as pessoas físicas.

Assim, os direitos individuais são “aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado” (SILVA, 2006, p. 191)

O direito à intimidade é previsto no art. 5, inciso 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)

Martins (2008) cita que como direito fundamental, o direito à intimidade possui algumas características como: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

Para o doutrinador Monteiro (2003) os direitos previstos na Constituição possuem as seguintes

características: são irrenunciáveis, intransmissíveis, ilimitados, absolutos, imprescritíveis, vitalícios e incondicionais.

Resumindo, estes direitos não podem ser mero objeto de transação nem tão pouco ser transmitido a outros, os limites só podem ser fixados por lei.

De acordo com Martins (2008) o direito à intimidade inclui também diversas facetas como: proteção ao domicílio, as correspondências, as interceptações telefônicas, escutas ambientais, gravação telefônicas e outras maneiras de ofender a intimidade da pessoa humana.

A intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetos, tais como relações comerciais, de trabalho e de estudo. (Moraes, 2002, p. 80)

Os direitos à intimidade e à vida privada, assim como os direitos da personalidade podem ser vistos como elementos da integridade moral de cada pessoa.

Ainda em se tratando do direito à intimidade Cambi (2006, p. 85) assim discorre:

Com efeito, quando a Constituição tutela a intimidade e a privacidade, um extenso conjunto de relações jurídicas fica abrangido, já que a esfera íntima refere-se ao âmbito pessoal de cada um, preservado do mundo exterior, onde se encontram as possibilidades para desenvolver a sua personalidade, enquanto a esfera privada é um conceito um pouco mais amplo, referindo-se ao setor da vida que se manifesta e é acessível a qualquer pessoa (filhos, amigos, parentes, cônjuges etc.).

Na esfera do direito civil, o direito à intimidade, como já citado é tido como inerente ao próprio homem, é o direito da personalidade que tem como objetivo resguardar a integridade e a dignidade humana.

Silva (1997, p. 210) assegura que “o direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade”.

No entanto, observa-se que existe um conflito entre os direitos, uma vez que muitas vezes o Direito precisa resolver questões onde existem conflito entre direitos diversos.

Conforme Bastos (2006 apud SILVEIRA, 2010) existem situações em que o Direito precisa analisar a prevalência de um direito sobre o outro e, o princípio constitucional da livre iniciativa pode chocar-se com a defesa do consumidor ou a preservação do meio ambiente, por exemplo, e, nestes casos a solução torna-se mais complexa.

O autor cita que no Direito Penal o conflito entre os direitos fundamentais é constante e, a própria decisão do juiz quando condena uma pessoa, fere outro princípio que é o direito à liberdade.

O núcleo da questão, no caso de conflito entre direitos, é se o Estado poderá invadir a seara dos direitos fundamentais para obter provas.

Para que exista esta 'invasão' precisa haver uma justificativa bem consubstanciada e, tenha se excluído todas as outras formas de obtenção de provas através dos diversos meios disponíveis.

2.3 Direito à prova

Ao conceituar prova Nucci (2009, p. 388) assim a define:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* - que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare*, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Já no ordenamento jurídico 'prova' apresenta diversos sentidos como enumera Bonfim (2009):

1. atividade desempenhada, em regra, pelas partes no processo penal, com o objetivo de demonstrar a verdade de suas alegações;
2. meios ou instrumentos empregados na demonstração de uma afirmação; e,
3. resultado da atividade probatória.

Para o jurista Tourinho Filho (2003, p. 476) prova pode ser definida como os meios utilizados para estabelecer uma verdade. “Entende-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.”

Santos (1983, p. 38) define prova como o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade e, defende que “se na crença da certeza dos fatos alegados em juízo está a sua prova no sentido subjetivo, nos meios admitidos ou impostos pela lei para chegar-se a essa convicção está a prova no sentido objetivo”.

“As provas demonstram a existência dos fatos, o que leva à certeza da existência ou não do direito no caso concreto”. (SILVEIRA, 2010)

Afinal, o objetivo da prova é o de demonstrar a verdade, real ou formal em relação a fatos que necessitem ser comprovados, ou seja, “no processo penal, levar o poder dever do Estado no combate às transgressões à ordem pública, aludidas no diploma penal, para fins de aplicação das sanções cabíveis.” (MARTINS, 2008, p. 39)

Vale ressaltar que a presença do juiz é indispensável para a validação de provas em um processo uma vez que a prova produzida nos procedimentos administrativos tem a finalidade de ser fundamento do oferecimento da denúncia por parte do *parquet*, que terá que provar as alegações em juízo. (SILVEIRA, 2010)

No entanto, a produção de provas, independentemente dos meios legais utilizados não podem afetar a moralidade, a dignidade e a legalidade, pois como já descrito, elas constituem-se de direitos protegidos pela Constituição Federal e, o Código de Processo Penal Brasileiro aborda dentre outros a liberdade de prova estando implícito o princípio da livre investigação das provas.

No processo penal, é tão absoluto o princípio (cfr., v.g., o cuidado do legislador ao estabelecer a regra do art. 197 CPP, sobre a confissão), que mais correto seria falar

nas exceções ao princípio, que são notavelmente escassas; já apontamos a impossibilidade de mover nova ação penal contra o réu absolvido, mesmo que outras provam apareçam depois. (PELLEGRINI, 2006 apud SILVEIRA, 2010)

No art. 157 do Código de Processo Penal Brasileiro está subentendido o princípio do convencimento racional do juiz, que garante que este deverá formar sua convicção com toda liberdade. O juiz não pode desprezar as regras legais existentes e as de máxima experiência. (SILVEIRA, 2010)

Quanto ao ônus da prova, este aplica-se a quem faz a alegação de acordo com o Código de Processo Penal brasileiro, art. 156 – “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. (BRASIL, 1941)

Importante ressaltar que o ônus da prova não é obrigação uma vez que quem faz a alegação não é compelida a provar o que alegou, no processo penal vigora o princípio da busca pela verdade.

Existe também o limite ao direito de prova uma vez que não existe direito absoluto.

Outra questão que não pode deixar de ser abordada é quanto a legitimidade da prova. É inadmissível a obtenção de provas por meio ilícito. Entende-se por prova ilícita aquela “prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional.” (SILVEIRA, 2010)

Cambi (2006) menciona quanto a prova ilícita que esta pode ser diferenciada quanto a natureza da norma violada, o momento da transgressão e suas possíveis consequências. O autor menciona ainda que existe diferença entre prova ilícita e prova ilegítima:

Provas ilícitas seriam aquelas que violariam normas de direito substancial (v.g., prova roubada ou subtraída com violência) e que a ilicitude ocorre no momento da colheita da prova. Já as provas ilegítimas seriam aquelas que infringiriam normas de direito processual e a transgressão se daria no momento da sua produção no processo (v.g., a quebra do sigilo fiscal sem motivação judicial). Essa diferenciação ganha relevância quando se apontam as consequências das provas ilícitas em relação às provas ilegítimas. (CAMBI, 2006, p. 65)

Portanto, se a prova é ilícita (ou ilegítima, não importa aqui a diferenciação), esta não deve ser utilizada em nenhum processo penal, com a exceção citada por Silva (2001, p. 22):

A interceptação telefônica é prova processualmente legítima; porém, se obtida com inobservância da Lei nº 9.296/96, não poderá ser utilizada, como regra, em um processo penal, por ser obtida através de meio ilícito. Por outro lado, nunca poderá haver a realização da reconstituição de um crime de estupro, que, em tese, seria outro crime contra os costumes, sendo tal prova materialmente ilícita, por violar norma de direito penal, além de imoral, por atentar contra a intimidade da pessoa.

Assim, a interceptação telefônica quando determinada por um juiz constitui-se de um meio de prova legal, citada na legislação. É preciso, no entanto, a observância a todos os requisitos pertinentes para

a elaboração da prova lícita, tornando-se a assim a interceptação em um meio hábil e legítimo de prova

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interceptação telefônica quando realizada de acordo com o previsto em lei tem se constituído em um importante meio de obtenção de provas em casos criminais.

Neste sentido este artigo procurou abordar o que diz a Constituição Federal de 1988, a crescente necessidade da regulamentação da interceptação por uma Lei, visto que juízes não estavam aceitando como provas em tribunais, uma vez que o embasamento era dado somente pelo Código Brasileiro de Telecomunicações e a CF/88.

Foi então criado em 1996 a Lei nº 9.296/96 para regulamentar a utilização de interceptações telefônicas. Ressalta-se que esta lei não citou a escuta telefônica e a gravação clandestina.

Discorreu-se muito sobre os direitos fundamentais, o direito à intimidade, à privacidade e a dignidade humana, citando características destes. Cita-se também que, embora os direitos sejam invioláveis, não há direito absoluto e, por assim o ser, em casos solicitados pela justiça esse pode ser quebrado dentro dos moldes da Lei.

Com relação as provas, é inadmissível a aceitação de provas ilícitas em processos penais e, caso ocorra, o processo deve ser refeito. Importante frisar que as provas devem ser acompanhadas pelo juiz responsável pelo caso e, provas utilizadas em procedimentos administrativos não podem ser tomadas para o processo penal.

Em suma, o objetivo proposto foi atingido e, conclui-se que a interceptação telefônica embora seja relativamente nova no Brasil, tem ajudado na elucidação de diversos casos.

REFERÊNCIAS

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Brasil fecha 2016 com queda de 13,7 milhões de linhas móveis.** 2016. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/283-movel-acessos-maio>. Acesso em: 16 jan. 2017.

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **O Brasil encerrou 2016 com um decréscimo de 1,84 milhões de linhas ativas na telefonia fixa.** 2016. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/index.php/destaque-1/271-destaque-stfc>. Acesso em: 16 jan. 2017.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. **Lei 4.117 de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4117-27-agosto-1962-353835-publicacaooriginal-22620-pl.html>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. **Lei 9.296 de 24 de julho de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm. Acesso em: 17 jan. 2017.

BRASIL. **Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 20 jan. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996**. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1º de julho de 2016**. 2016. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf. Acesso em: 15 jan. 2017.

MARTINS, Robson. **Interceptações telefônicas à luz da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075474.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e a interpretação dos tribunais superiores**. São Paulo: Impetus, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1983.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. Ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Oscar Marcelo Silveira de. **Interceptação telefônica face aos direitos individuais**. 2010. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8811. Acesso em: 27 jan. 2017.

SOARES, Maria Clara Jorge Ribeiro. **As interceptações telefônicas e sua aplicação em matéria penal**. 2010. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16789/16789.PDF>. Acesso em: 18 jan. 2017.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Segundo Habeas Corpus: HC 69912 RS**. 1993. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706691/segundo-habeas-corpus-hc-69912-rs>. Acesso em: 03 fev. 2017.

ADUVIDOSA CONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ARTIGO 277 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Rodrigo de Lima Santos¹

Vinicius Rodrigues de Freitas²

1. Introdução. 2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. Princípios Constitucionais Relacionados. 4. Dos Princípios Constitucionais E Sua Aplicação. 5. O Direito Constitucional Da Não Produção De Prova Contra Si Mesmo. 6. Da Presunção de Inocência. 7. Do § 3º Do Art. 277 Do Código de Trânsito Brasileiro. 8. Da Evolução Legislativa. 9. O Controle Da Constitucionalidade Através Da ADI 4103. 10. Do Parecer do Ministério Público Federal. 11. Argumentos de Constitucionalidade. 12. Conclusão.

RESUMO

O artigo trata da pelos atributos da constitucionalidade dos dispositivos constantes do Código de Trânsito Brasileiro que obrigam os condutores de veículo a submeterem-se a exames de bafômetros ou demais exames cujo objetivo é a aferição do estado de embriaguez do condutor ao volante. A ideia de pesquisar o tema se deu por diversos casos enfrentados na atuação profissional, além dos profusos estudos de direito constitucional, enquanto cursando mestrado. O método utilizado se deu através de pesquisas bibliográficas, acompanhamento e considerações acerca da ADI 4103, referencias a legislação específica acerca do tema, além da própria experiência no exercício da advocacia de trânsito. Como resultado, amparado nos Princípios Constitucionais de regência, em especial da dignidade humana e da vedação à produção de prova contra si, traçou-se reflexões acerca da constitucionalidade dos referidos dispositivos do Código de Trânsito, reconhecendo-se os desafios enfrentados pelo legislador, para criar norma que atenda aos preceitos constitucionais.

Palavras-Chave: Trânsito. Bafômetro. Obrigatoriedade. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The article deals with the attributes of the constitutionality of the devices contained in the Brazilian Traffic Code that oblige vehicle drivers to undergo ethyl-meter test or other exams whose objective is to gauge the state of drunkenness of the driver at the wheel. The idea of researching the subject was due to several cases faced in the professional performance, besides the profuse studies of constitutional law, while attending masters degree. The method used was through bibliographic research, follow-up and considerations about ADI 4103, references to specific legislation on the subject, as well as its own experience in the practice of traffic law. As a result, reflecting on the constitutionality of the aforementioned provisions of the Transit Code, reflecting on the challenges faced by the legislator, in light of the constitutional principles of regency, in particular human dignity and the prohibition of the production of evidence against him. create a standard that meets the constitutional precepts.

KEYWORDS: Traffic. Ethyl-meter test. Obligatoriness. Unconstitutionality.

¹Mestrando em Direito ITE, Especialista em Direito Tributário Unirp e IBET, Advogado.

²Mestrando em Direito ITE, Professor Universitário de Direito Empresarial no Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos, Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A positivação de direitos conquistados pelos cidadãos foi uma bandeira levantada com fervor durante todo o transcurso do século XX. O amadurecimento da democracia permitiu que diversas sociedades contemplassem a criação de constituições recheadas das mais variadas proteções.

Direitos que outrora eram sumariamente ignorados passaram a constar expressamente das cartas magnas que, dentre outras afirmações, traziam regras mínimas para a convivência harmônica e respeitosa entre os homens.

No Brasil não foi diferente. A Constituição da República de 1988 fez viger princípios que asseguram a qualquer cidadão, dentre outros, o direito ao devido processo legal e à presunção da inocência, direitos estes de relevância extrema para a garantia da liberdade e, por consequência, do próprio estado democrático.

Eventual violação das referidas garantias atingem não só aos cidadãos, mas também a sociedade como um todo, uma vez que a mera diminuição destes direitos pode abrir caminho para o abuso do poder e, conseqüentemente, para o cometimento de injustiças.

É sobre este enfoque que se pretende analisar a inclusão, pela Lei 11.705/2008, do § 3º no artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, atualmente com redação dada pela Lei 13.281/2016.

Isso porque, a imposição de penalidade ao condutor de veículo automotor que se recusa a se submeter ao teste do etilômetro, apresenta-se duvidosa, quando confrontada com o direito que qualquer cidadão brasileiro tem de não fazer prova contra si mesmo.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não obstante o fato de o princípio da dignidade ter surgido com viés muito mais voltado ao Rei, detentor do poder absoluto, a quem todos deviam agir com dignidade, do que em respeito aos direitos mínimos aplicáveis para cada cidadão, verdade é que a evolução deste conceito fez com que sua eficácia esteja, atualmente, relacionada exclusivamente com a garantia dos direitos mínimos existenciais do ser humano.

A completa mudança da interpretação da dignidade e de sua aplicação se deu, por grande peso, em razão da necessidade de proteger o cidadão, do próprio Estado, poderoso e capaz de causar prejuízos ao indivíduo sob o manto de supostos benefícios para a sociedade.

A doutrina contemporânea reafirma a atual interpretação do princípio da dignidade humana.

Sobre o conceito, importante o esclarecimento de ARAÚJO; SERRANO NUNES JR.:³

Os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Com efeito, essa natureza poliédrica, voltada à proteção da dignidade humana em suas diversas dimensões, rende homenagens a um quadro histórico, pautado por uma evolução do ordenamento jurídico, que, antepondo-se a agressões variadas à dignidade do ser humano (escravidão, tortura, imposições religiosas, miséria etc.), foi respondendo com a criação de novas instâncias de alforria do cidadão, com novos círculos de proteção que, a toda evidência, em uma relação de interação e de tensão dialética, vieram a ressignificar o próprio quadro das relações econômicas e sociais.

Quando se fala em dignidade humana, há que se considerar não tão somente o sentido restrito da expressão, mas sim todas as características subjetivas que dela decorrem, dentre as quais a de autopreservação.

A interpretação sistêmica deste conceito é objeto da análise de Luís Roberto Barroso:⁴

Realmente, não é fácil elaborar um conceito transnacional de dignidade humana, capaz de levar em conta da maneira adequada toda a variedade de circunstâncias religiosas, históricas e políticas que estão presentes nos diferentes países. Apesar disso, na medida em que a dignidade tem ganhado importância, tanto no âmbito interno quanto no discurso transnacional, se faz necessário estabelecer um conteúdo mínimo para o conceito, a fim de unificar seu uso e lhe conferir alguma objetividade. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim com 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi expressamente garantida no inciso III do artigo 1º da Constituição da República de 1988, tornando-se um fundamento do Estado brasileiro e um parâmetro irrenunciável de proteção ao cidadão.

Além de consagrá-lo na Carta Magna, o Brasil também o reafirmou perante outros Estados, quando, ao assinar o Pacto de São José da Costa Rica, comprometeu-se a dar efetividade ao fundamento, garantindo a cada brasileiro o direito de viver com a mesma dignidade que se espera que possua, de maneira integral, qualquer ser humano.

Sobre a importância do compromisso assumido através de tratados internacionais, lecionam ARAÚJO; SERRANO NUNES JR.⁵

³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JR., Vidal. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. pg 143.

⁴ BARROSO, Luís Roberto, A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, tradução Humberto Laport de Mello. – 4 reimpressão. – Belo Horizonte : Fórum, 2016. pg. 72.

⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JR., Vidal. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. pg. 161.

Tal concepção, que se nos afigura a única compatível com a natureza e a finalidade de tal espécie de direitos, indica que o princípio da dignidade humana e, portanto, o caráter humanista de nossa constituição foi mais uma vez reforçado, prestigiando a noção do estado democrático social de direito arquitetado pelo constituinte de 1988.

A dignidade instituída através do ordenamento jurídico pátrio é, assim, inafastável, motivo pelo qual vincula as mais variadas Instituições brasileiras ao seu cumprimento irrestrito e incondicional.

3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS

Historicamente, uma variedade de princípios foi criada com objetivo de orientar e organizar o Estado de Direito. Referidos princípios podem ser alvo de observação nas diversas Constituições existentes no mundo. Elas têm o condão de definir de forma estrutural fundamentos e bases para a construção de diversos sistemas.

Ainda no contexto histórico, diversos princípios tiveram influência exponencialmente por força da Revolução Francesa e Americana. Em nosso país, observou-se desde o século XIX, relevante resistência voltada para elaboração ou criação de uma Carta Constitucional, por força do comando de um rei, que adotava regras próprias para governar. Com o passar dos anos, vencidas as resistências e rendendo-se a uma tendência, criaram Constituições em número de sete, que foram responsáveis por mudanças de relevante valor histórico. A partir de então, uma diversidade de princípios foi implantada e consolidada, hoje representando sustentáculo do Estado Brasileiro.

O Estado de Direito se verifica em um estado onde a lei regula e direciona a vida social e também o próprio Estado. São estabelecidas na legislação todas as competências e funções do Estado. Nesse modelo, os cidadãos têm seus direitos preservados através de sistemas e mecanismos (princípios) que possibilitarão pleitear junto ao Estado, o cumprimento de seus objetivos fundantes.

Segundo Miguel Reale, são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”. E acresce: “Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.”

Assim, a palavra princípio definida no dicionário tem o significado de começo, início, algo que vem antes e também, consoante abordagem jurídica, o conjunto de regras, leis, definições e preceitos que orienta o comportamento humano. Trata-se de realidade universal ou mesmo aquilo que o ser humano acredita serem os mais nobres valores, jamais objeto de negociação.

4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO

Influenciados por valores históricos e criados por força de eventos vividos pela humanidade, os princípios constitucionais tinham papel modesto logo que inseridos nos textos constitucionais.

Embora existisse certo alinhamento doutrinário sobre a normatividade dos princípios, esta nem sempre se fazia presente. Gomes Canotilho⁶ salienta que a metodologia jurídica tradicional fazia a distinção entre normas e princípios, e não entre princípios e regras.

Já havia efetiva resistência em relação à aceitação dos princípios como normas jurídicas, fato reconhecido por Walter Claudius Rothenburg:⁷

Uma primeira abordagem negava o caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios. Por força de sua natureza “transcendente”, ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediate), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito. E porque a própria constituição seria, justamente, aquele momento limdeiro entre o social (a moral, o político e etc.) e o jurídico, ou seja, porque a própria constituição não representaria um corpo estritamente jurídico, aparecia ela como um repositório natural dos princípios assim considerados (desprovidos de natureza eminentemente jurídica)

Antes de assinalar aspectos que evidenciam a autonomia conceitual dos princípios jurídicos, indicada pela doutrina atual, cabe indicar características que eles têm em comum com as regras jurídicas, tais como: serem espécies de um mesmo gênero “normas jurídicas”, indicarem o que deve ser (apontam para um juízo de dever-ser) e “poderem ser formulados com ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição”⁸

O comando dos princípios constitucionais, seja na ótica de princípio ou sua característica também de regra jurídica, tem imposição por força normativa jurídica de gênero inegável nos tempos atuais. Assim, acreditamos que os princípios possuem as propriedades necessárias, inclusive, para solução de caso concreto com base exclusivamente no seu conteúdo semântico.

5 O DIREITO FUNDAMENTAL DA NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI MESMO

Referido direito tem como fundamento natural reconhecido proceder humano de não se incriminar, combater por sua liberdade até mesmo através do instituto da fuga, emendado de seus instintos

⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

⁷ROTHENBURG, Walter Claudius, Princípios constitucionais, Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, Segunda Tiragem 2.003, p. 13.

⁸ROTHENBURG, 2.003, p. 16

de conservação da espécie, preservação existencial e a própria liberdade. Sua contribuição em relação a assunção de culpa é tolerável, mas desde que voluntária, até porque é presumidamente inocente.

O direito ao silêncio, ao que se conhece, teve origens na Inglaterra e tinha função de coibir perseguições religiosas também pelo Estado, que tinha grande influência dos líderes religiosos. Nesta época, vigorava o sistema inquisitorial, cujo objetivo era, ao interrogar acusado, alcançar através do instituto da confissão, evidências e provas para condenação, praticando-se inclusive a tortura como meio para tanto. Consta que em 1640 o direito a não autoincriminação foi reconhecido na *common law*. Com a Declaração dos Direitos de Virginia ocorrida em 1774, positivou-se no artigo 8º que “*em todos os processos criminais o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo*”. Referido dispositivo foi incluído posteriormente na Constituição estadunidense. A transformação fundamental se deu ao conferir ao interrogatório também um meio de defesa, do modo a oportunizar ao réu, argumentar em sua proteção.

A Declaração dos Direitos do Homem em 1789 reconhece a presunção de inocência e posteriormente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, vigorando em 1978 e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1976, afirmaram em definitivo o direito a não autoincriminação.

No Brasil, o Princípio da Vedação a Autoincriminação, também conhecido como “*nemo tenetur se detegere*” tem como fundamento constitucional, inclusive com previsão expressa, no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição da Republica, além dos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário, inclusive com força e status de emenda constitucional.

Assim, não pode o cidadão ser compelido a praticar atos, inclusive probatórios, na esfera judicial ou administrativa, cujos resultados possam incriminá-lo.

Sobre a extensão do direito a não autoincriminação, leciona LUIZ FLÁVIO GOMES:⁹

O cerne do direito de não auto-incriminação reside (fundamentalmente) numa inatividade (o réu tem direito de não falar, se falar, direito de não falar a verdade, direito de não confessar, de não apresentar prova contra ele, de não participar ativamente da produção de uma prova incriminatória etc.). Isso explica porque o réu, quando ultrapassa esse campo da inatividade para ingressar numa atividade perturbadora da produção da prova, como é o caso da inovação do local dos fatos por exemplo (remoção de sangue do local, mudança do local do veículo etc.), já não mais se encontra amparado pelo princípio (garantia) da não auto-incriminação (podendo até ser responsabilizado criminalmente, pelo delito de

⁹GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 25 de junho de 2017

fraude processual, por exemplo). A única manifestação ativa do direito de não auto-incriminação consiste no direito de declarar o inverídico. Nesse caso, o limite está na afetação de direitos de terceiros. O réu pode declarar o inverídico, mas não pode prejudicar terceiros.

O Supremo Tribunal Federal¹⁰ recentemente se pronunciou sobre o tema, reconhecendo ao interessado, inclusive em procedimentos de índole administrativa, o direito a não autoincriminação:

(...) assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do *due process of law* (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, LIV e LV. (...) O exame da garantia constitucional do *due process of law* permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral (...).

Na mesma esteira, também se pronunciou a Corte Constitucional Brasileira¹¹, reconhecendo a acusado o direito de não fornecer material vocal para perícia, por força da vedação a autoincriminação senão vejamos:

O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.

6 DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Seria impossível a manutenção da paz social sem que se concedesse total aplicação ao princípio da presunção da inocência.

¹⁰Brasil. Supremo Tribunal Federal. RMS 28517, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 01/08/2011, DJe-149 DIVULG 03/08/2011.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.096, rel. min. Ellen Gracie, j. 18-11-2003, 2ª T, DJ de 12-12-2003.

Estampado na Constituição Federal brasileira no artigo 5º, inciso LVII, é norma constitucional de relevância social ímpar, uma vez que garante ao cidadão o direito de não ser condenado injustamente ou mesmo pré-julgado por seus atos.

Em primeira análise, o princípio concede a garantia necessária para que todo brasileiro possa conviver em paz e sem receio de que, por qualquer motivo, o Estado queira aplicar-lhe punições em desacordo com seu direito ao contraditório e ampla defesa.

Neste sentido, importante a explicação de Vicente Greco Filho¹², feita logo quando o texto constitucional passou a vigor:

A Constituição da República preocupou-se mais em estabelecer garantias para o processo penal do que para o processo civil, tanto que, em relação a este último, além das garantias gerais, os princípios constitucionais são inferidos, de regra, mediante a interpretação do sistema e não por meio de textos expressos. Talvez a solução constitucional se explique por dois motivos: o primeiro, em virtude da origem histórica das garantias individuais, basicamente instituídas como proteção contra o arbítrio penal; o segundo, em virtude de estar diretamente envolvida no processo penal a liberdade pessoal, em que o confronto estado – particular é imediato e concreto, aí aparecendo decididamente a necessidade de garantias (...)

Assim, é inegável a relação do princípio da presunção da inocência com o fundamento da dignidade da pessoa humana. Isso porque, qualquer tipo de infração imposta ao primeiro, ferirá, por via reflexa, este último, tornando a ofensa ainda mais grave e perigosa para o equilíbrio da estrutura democrática social.

O princípio da presunção da inocência relaciona-se, ainda, com outros de igual importância e também protegidos constitucionalmente. Partindo-se da premissa de que todos são presumidos inocentes, qualquer acusação deverá ser imposta com provas, contra as quais pode, o cidadão acusado, apresentar seus argumentos contrários em defesa, valendo-se, para isso, de todos os meios lícitos admitidos.

Não existisse tal previsão, o cidadão estaria fatalmente à mercê do acusador que, utilizando-se de critérios absolutamente subjetivos, poderia usurpar do poder para atribuir-lhe culpa, sem que tivesse a responsabilidade de provar sua certeza.

É de bom alvitre lembrar que independentemente da gravidade do fato apontado, ao acusado devem ser concedidos tanto o benefício da dúvida quanto o irrestrito direito de defesa. Isso porque, quanto maior é a gravidade do fato apontado, maior se supõe deva ser a penalidade que se queira aplicar e, desta maneira, mais danosa a pena injustamente aplicada.

¹²GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989. pg. 125.

Um Estado que permite a ruptura do princípio da presunção da inocência, rompe, também, com sua obrigação de proteger o ser humano em sua total integridade. Afasta-se da democracia e de seus fundamentos para aproximar-se do autoritarismo, o que faz, normalmente, sob o pretexto de garantir outros interesses, supostamente mais importantes.

No entanto, não havendo espaço para tangenciar acerca da dignidade, deve o Estado buscar outros meios de proteção aos interesses pelos quais pretende zelar, meios que não interfiram na garantias constitucionais positivadas, tais como a da dignidade da pessoa humana e a da presunção da inocência.

Do contrário, possivelmente se estará abrindo a oportunidade para que referidos direitos sejam mitigados, transacionados, desconstituídos, sob os mais variados interesses, supostamente, mais importantes.

Portanto, mesmo que em benefício da sociedade, ou mesmo em casos de elevada gravidade, no Estado democrático de direito em que vivemos, a presunção de inocência se apresenta como benefício que alcança não só ao indivíduo, mas também a própria organização social, tendo em vista ser um dos próprios fundamentos que sustenta a vida social no País.

7 DO § 3º DO ART. 277 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Diversas foram as tentativas do Estado brasileiro regular a questão polêmica que envolve, em uma mesma análise, a condução de veículo automotor e a ingestão de bebidas alcoólicas.

É fato que o trânsito brasileiro promove a morte de milhares de pessoas anualmente e que as estatísticas consideradas pelo legislador representam, em verdade, uma ferida aberta na própria sociedade brasileira. A importância que o assunto traz para o debate, reflete a dor de cada familiar que perdeu um ente querido em um acidente provocado por um condutor, alcoolizado, de veículo automotor.

Em resposta ao clamor social e, atribuído do poder de representação que lhe concede um sistema legislativo democrático como o nosso, o Legislador, no ano de 2008, aprovou a Lei 11.705, sancionada em 16/06/08.

Dentre os dispositivos aprovados, estava o artigo 5º IV, que incluiu o § 3º ao art. 277 do Código de Trânsito brasileiro, com o seguinte teor:

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

A leitura do artigo denota que se trata de imposição de penalidade ao condutor de veículo automotor que se recuse a se submeter a testes que possam comprovar eventual estado de embriaguez.

Os procedimentos a que se refere o artigo eram os previstos no “caput” do artigo 277 daquele já citado diploma legal:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)

Além da referência ao dispositivo acima, o texto aprovado cita, ainda, o artigo 165, que tinha por objeto, a descrição da penalidade imposta ao suposto infrator:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

A conjugação dos dispositivos acima trouxe, a partir da vigência das alterações, prejuízos imediatos aos condutores de veículos que, apoiados no princípio da presunção da inocência e na garantia de não terem que fazer prova contra si próprios, se recusavam ao cumprimento do teste de alcoolemia.

Isso porque, mesmo sem que houvesse qualquer tipo de prova em desfavor do condutor, o Estado passou a imputar-lhe sanções pesadas, dentre as quais, as pecuniárias e as restritivas de direito.

Neste cenário, fica claro que a imposição de qualquer penalidade sem que se tenha a prova de que o indivíduo tenha conduzido o veículo sob o efeito de álcool, viola preceitos constitucionais em prejuízo imediato ao indivíduo.

Mais ainda. Quando o Estado possui outros meios para apurar se o indivíduo cometeu a infração, mas os ignora e aplica a sanção por presunção de culpa, assume o abuso do poder e o desrespeito ao texto constitucional.

8 DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Do ano de 2008 em diante, outras alterações foram promovidas para enrijecer a legislação de combate aos motoristas supostamente embriagados.

Através da Lei 12.760/2012, o governo brasileiro novamente alterou os dispositivos relacionados ao tema álcool e direção para fazer constar nova redação ao *caput* do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro.

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

A mesma Lei 12.760/2012 alterou o artigo 165 para fazer constar as seguintes sanções.

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Por fim, o Estado brasileiro promoveu, em 2016, a última alteração nos dispositivos relacionados ao tema aqui tratado, para que o conteúdo ficasse ao alcance da constitucionalidade.

Talvez tenha sido o fato de perceber o quão clara era a violação, que levou o Estado a mudar a legislação, na tentativa de dar-lhe roupagem teoricamente menos agressiva ao texto constitucional. Precisamente foram essas as últimas alterações referentes ao tema:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Infração - gravíssima; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

A alteração adicionou o artigo 165-A acima transcrito e mudou a redação do parágrafo 3º do artigo 277, conforme abaixo.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

As mudanças promovidas na legislação entre os anos de 2008 e 2016 contribuíram para reafirmar a violação imposta através da presunção de culpa, vez que, mesmo que não apresente qualquer dos sinais característicos da embriaguez, caso o motorista se recuse a fazer prova contra si mesmo, será penalizado pelo agente policial.

9 O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE – ADI 4103

Bastou que as primeiras alterações entrassem em vigor para que fossem combatidas através de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A ADI, proposta pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento – ABRASEL NACIONAL, foi distribuída em 04/07/2008 com o objetivo de ver declarados inconstitucionais vários dos dispositivos alterados, dentre eles, aquele que permite a aplicação de sanções aos condutores que não concordam com a submissão obrigatória ao teste do etilômetro.

Autuada sob o número 4.103, a ADI ganhou notoriedade e, dada a importância do tema em debate, terceiros manifestaram o interesse de participação como *amicus curiae*.

Na busca pelo amplo debate, foi designada e realizada audiência pública, no ano de 2012, cujas notas taquigráficas já foram juntadas aos autos do processo.

Assim como vem ocorrendo com outros questionamentos ao Supremo Tribunal Federal, não obstante a relevância do tema tratado, a ADI 4103 aguarda movimentação desde maio de 2014. Às vésperas de completar 10 anos, não teve efetividade, por enquanto, no cumprimento de sua finalidade, qual seja, a de evitar que o brasileiro seja submetido ao abuso da inconstitucionalidade.

10 DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Na atuação na ADI 4103, através de parecer da própria Procuradoria Geral da República, da lavra do Procurador Geral, Ilmo. Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, bem como da Vice – Procuradora, Ilma. Dra. Déborah Macedo Duprat de Britto Pereira, dão conta de que a tese deve prosperar em virtude da flagrante inconstitucionalidade.

Apontam em seus argumentos, de caráter eminentemente técnicos que com fundamento na liberdade, devido processo legal, das demais regras acusatórias na persecução penal, não pode o Estado obrigar um cidadão a autoincriminar-se, sustentando inclusive tal princípio nos tratados internacionais os quais está o Brasil como signatário.

No parecer também é reconhecida a alteração legislativa de 2003 no Código de Processo Penal, que em consonância com os preceitos constitucionais, reconheceu o interrogatório também como meio de defesa, preservando o silêncio como garantia e sem prejuízo de conclusões desfavoráveis ao acusado por optar em não se manifestar.

As alterações na legislação de trânsito, desde 2008 até a recente, de 2016, justificando-se na violência do trânsito, apresentaram com viés oposto ao comando constitucional e por certo serão reconhecidos, o que também recomendam os procuradores na conclusão de seu bem elaborado parecer na ADI referida.

11 ARGUMENTOS DE CONSTITUCIONALIDADE

Contrariamente à maioria, temos aqueles¹³ que sustentam a constitucionalidade da obrigatoriedade da submissão ao exame do bafômetro, bem como aos demais previstos para aferição do estado de embriaguez, reconhecendo o princípio da inocência constante do artigo 5º, inciso LVII, sem observar a existência do princípio à vedação da autoincriminação.

De fato a condução de veículo automotor, influenciado por substância alcoólica acima do tolerável é infração penal e sua prática faz surgir a obrigação do Estado de investigar e punir, por força, inclusive, da preservação à ordem jurídica, à segurança no trânsito, ao direito à vida e integridade física do condutor e de terceiros, fundamentais para proteção da sociedade como um todo.

A abordagem do condutor, na fiscalização efetivada por agentes de trânsito, tangencia a fase de investigação ou persecução na esfera penal ainda não formalizada, vez que para tanto há necessidade de estado de flagrância, sustentando-se nesse momento a figura do princípio denominado *in dubio pro societate* que prepondera em prol do Estado a possibilidade da busca da verdade, em defesa da sociedade. Após a detecção da prática delitiva, com encaminhamento à autoridade policial competente é que passaria a ter força o princípio da presunção de inocência, o que chamamos de temporalidade da aplicação dos princípios. Ao nosso sentir, os princípios coexistem e tem aplicação constante, sem intervalos temporais e de fato, quando em conflito, já na esfera do caso concreto, são usadas técnicas de interpretação, sempre de forma a preservar a coexistência dos institutos constitucionais e sua aplicabilidade plena.

¹³PERRENOUD, Homero Bernardo. A constitucionalidade do exame obrigatório do bafômetro. Em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7877>. Acesso em: 29 de junho de 2017.)

De se reconhecer que doutrinaria¹⁴ e majoritariamente tratando, nenhum direito fundamental aplica-se de forma absoluta, sem contextualizar e reconhecer sua inserção no sistema jurídico, em especial na Constituição.

O próprio direito à vida, maior direito consagrado na constituição, possui, é claro que na extremidade do caos social, relatividade ao se estabelecer na constituição¹⁵ pena de morte em caso de guerra declarada.

Assim, aos que defendem a obrigatoriedade da submissão aos exames, sem inclusive reconhecer o princípio da não autoincriminação, defende a aplicação da ponderação, recomendando que o direito fundamental mais violado deve prevalecer, no caso concreto, sobre os demais, ditos violados de forma menor.

Encontra-se como argumento não jurídico a violência no trânsito, o que também não se sustenta, vez que desde a criação do código e suas posteriores alterações, não se notou grandes avanços na redução ou prevenção a violência no trânsito, o que demandaria outras políticas educacionais e repressivas, cujo tema não será tratado nesta oportunidade.

Assim, embora relevantes os argumentos reconhecendo a constitucionalidade da obrigação de submissão aos exames, estes violam o princípio da não incriminação, fazendo com que se tornem inconstitucionais.

12 CONCLUSÃO

A violência do trânsito no Brasil encontra-se dentre as causas campeãs de morte no país, mas tal fato não justifica a criação de normas incompatíveis com a constituição.

As garantias constitucionais positivadas no ordenamento jurídico brasileiro devem servir de parâmetro para a legislação infraconstitucional.

No anseio de atender, sem critério técnico, ao clamor social, o legislador infringiu dispositivos constitucionais que protegem diretamente o indivíduo e, indiretamente, a própria paz social.

Usurpar a presunção de inocência é, também, provocar insegurança jurídica aos cidadãos cumpridores de seus deveres e, por mais que a justificativa seja, em tese, louvável, há que se fazer aplicar o controle de constitucionalidade para afastar a violação.

¹⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, 29ª edição, p. 181. No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho e Alexandre de Moraes.

¹⁵Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”.

Manter a exceção pode fazer com que a aparentemente pequena violação vire regra e transforme o Estado Democrático de Direito em um Estado Autoritário, que viola direitos individuais sob o pretexto de defesa dos interesses da sociedade.

A flagrância da inconstitucionalidade é tão grande que não se submeter aos exames de alcoolemia, direito resguardado por força do princípio da vedação a não autoincriminação, tem a mesma penalidade administrativa imposta ao infrator que esteja embriagado, o que se entremostra desproporcional.

Mais do que a violação, abre-se a oportunidade para que a subjetividade passe a caminhar ao lado do poder, combinação forte e perigosa que, em tempo não muito distante, já se mostrou, aqui mesmo no Brasil, trágica e perversa.

De fato, e no viés de inconstitucionalidade, estaria o legislador desamparado, nos casos em que o cidadão fiscalizado, mesmo que embriagado, estaria imune aos testes.

É premente reconhecer os fatores que levaram o legislador a atuar de forma tão agressiva em detrimento da própria constituição, mas a redação e a forma adotadas não se mostraram eficazes na tentativa de constitucionalizar o inconstitucional.

Caso reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade dos dispositivos por força da presunção de inocência e vedação a autoincriminação, surgirá a obrigação de grande reflexão sobre a criação de outros procedimentos administrativos e leis, que substituam os atuais, quando se flagrarem motoristas visivelmente embriagados ou mesmo que se recusarem aos testes, mas sem que imponham, ao indivíduo, penalidades inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto, A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, tradução Humberto Laport de Mello. – 4ª reimpressão. – Belo Horizonte : Fórum, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius, Princípios Constitucionais, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999, Segunda Tiragem 2.003.

REALE, Miguel – Filosofia do Direito, 18ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Ticiano. *Parecer da AGU não reconhece direito positivado*. Em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-11/direito-nao-produzir-prova-si-mesmo-positivado>>. Acesso em: 28 de junho de 2017.)

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 25 de junho de 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. pg. 125.

BRASIL. Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm. Acesso em: 20/jun/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34.180 MC, rel. min. Celso de Mello, dec.monocrática, j. 1º-7-2016, *DJE* de 1º-8-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.096, rel. min. Ellen Gracie, j. 18-11-2003, 2ª T, *DJ* de 12-12-2003.

“HÁ TRÊS TIPOS DE MENTIRAS: MENTIRAS, MENTIRAS TERRÍVEIS E ESTATÍSTICAS”

*Bruno Giovannini de Paulo¹
Ana Cristina Lemos Roque²*

RESUMO: todo e qualquer governo é preocupado com suas estatísticas. São elas os indicadores da qualidade da gestão. O Estado de Minas Gerais não foge à essa regra. Os governantes mineiros querem mostrar que a educação evoluiu, a saúde melhorou, a criminalidade diminuiu, entre outros índices. No entanto, no que diz respeito à segurança, Minas Gerais não parece ser um Estado que possui índices confiáveis. Isso porque, ao que tudo indica, a base de dados que alimenta as estatísticas criminais é confeccionada por pessoas sem qualquer preparo jurídico criminal para fazê-lo. Duas grandes possibilidades surgem deste fato: estrutura das estatísticas mal desenvolvida ou má-fé dos governantes em manter esta situação.

PALAVRAS-CHAVE: Estatísticas criminais. Polícia Civil. Polícia Militar.

ABSTRACT: Every government is concerned about its statistics. They are the indicators of the quality of management. The State of Minas Gerais does not escape this rule. The governors of Minas Gerais want to show that education has evolved, health has improved, crime has decreased, among other indexes. However, as far as security is concerned, Minas Gerais does not seem to be a state that has reliable indexes. This is because, it seems, the database that feeds the criminal statistics is made by people without any criminal legal preparation to do so. Two great possibilities arise from this fact: structure of statistics poorly developed or bad faith of the rulers in maintaining this situation.

KEYWORDS: Criminal statistics. Civil police. Military police.

INTRODUÇÃO

Os anos passam e as coisas não mudam em terras brasileiras no que diz respeito à política no executivo. Após uma nova eleição, o recém empossado governante sempre anseia demonstrar que seu antecessor estava errado na forma como conduziu as políticas de saúde, transporte, segurança, educação, etc., e nada melhor para demonstrar a superação da antiga gestão do que a coisa mais infalível criada pela humanidade: a matemática.

Não há Tribunal superior que resista à infalibilidade da aritmética, nem o STF é capaz de alterar que o resultado da soma de duas laranjas com duas maçãs resulta em quatro frutas. O Legislativo pode criar norma alterando o resultado, mas esta padecerá de vício insanável, pois afrontou a maior certeza do universo.

¹Mestrando em Teoria Geral do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem (2016-2017). Especialista em Direito Penal - Delegado de Polícia Civil no Estado de Minas Gerais.

²Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem (2015). Bolsista Capes/Prosup. Especialista na área de concentração Direito Empresarial e Tributário pelo Centro Universitário Rio Preto – Unirp – Advogada e Professora na Comarca de São José do Rio Preto-SP, atuando nas áreas de Penal e Constitucional.

Um governador, por exemplo, não pode ter prazer maior do que o de poder divulgar que seus números são melhores que os do anterior; que o índice da educação em seu governo evoluiu; que o demonstrativo da qualidade do transporte subiu; que a saúde anotou crescimento e que os índices de criminalidade abaixaram.

Afinal, quem não continuaria votando e clamando pela perpetuação de um governo que exhibe tão expressivas taxas em suas estatísticas oficiais? Como discordar da gestão de um governante que demonstra matematicamente que a educação melhorou de qualidade e a criminalidade está cada dia mais controlada?

Não se pode discordar que tais informações seriam bons indicativos de que a gestão estaria sendo bem conduzida. No entanto, uma dúvida paira sobre este tema: a matemática é infalível, isso concorda-se, mas será que os números que são utilizados para a realização das operações aritméticas estão corretos? Quem insere os números nas operações são pessoas e estas sim falham (e como falham), seja de boa ou má-fé.

Neste ponto é que se concentra o presente estudo. Pretende-se analisar as estatísticas relativas à segurança pública, mais especificamente no tocante ao crescimento ou diminuição de crimes no Estado de Minas Gerais. Para tal análise, serão utilizados dados da segurança pública da cidade de Frutal-MG.

O artigo pode ser definido pelo seguinte problema: poderiam estar as estatísticas criminais do Estado de Minas Gerais sendo alimentadas por números que não condizem com a realidade?

Para a averiguação da indagação acima, parte-se da hipótese de estarem sendo as estatísticas mineiras manipuladas visando a apresentação de dados mais palatáveis aos eleitores. Para realização de tal artimanha, o Estado poderia estar utilizando da ausência de formação jurídica dos responsáveis pelo registro de boletins de ocorrências (em Minas conhecidos por REDS – Registro de Evento de Defesa Social), os policiais civis e militares.

Desta forma, visando apurar a adequação entre o problema e a hipótese, o texto analisará a formação de parte do sistema de segurança mineiro (Polícia Civil e Militar), a formação acadêmica dos responsáveis pela descrição dos fatos nos reds e investigará se os fatos descritos no documento condizem com a realidade apresentada pelo responsável pelo registro.

1. SEGURANÇA PÚBLICA: POLÍCIA CIVIL E MILITAR DE MINAS GERAIS

De acordo com a atual Constituição Federal, a segurança pública é dever do Estado e é direito e responsabilidade de todos, cujos órgãos são as policiais federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civil e militar, bem como o corpo de bombeiros militar.

As funções dos órgãos de segurança pública estão extremamente bem delineadas pelo artigo 144 da Constituição Federal. No entanto, interessa ao presente estudo somente no que diz respeito às Policiais Civil e Militar:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Simple e direto, o texto constitucional explica que à Polícia Militar cabe a atividade de polícia ostensiva e a preservação da ordem, o que significa ser a polícia preventiva, que tem como função precípua evitar a ocorrência de práticas ilícitas e irregulares

Em relação à Polícia Civil, o texto atribui a função de polícia judiciária, ou seja, de polícia repressiva, aquela responsável por investigar a prática de infrações. Quando a Polícia Militar não evita, surge a atividade da Polícia Civil de apurar os fatos, com o fito de encaminhar seus elementos ao Poder Judiciário.

No site da Polícia Militar de Minas Gerais há a definição de sua missão: “Promover segurança pública por intermédio da polícia ostensiva, com respeito aos direitos humanos e participação social em Minas Gerais”. Destaca-se que a missão da Polícia Militar é realizada com base nos valores da “representatividade, respeito, lealdade, disciplina, ética, justiça e hierarquia” (<https://www.policiamilitar.mg.gov.br>)

Por seu turno, o site da Polícia Civil mineira define suas funções sob a nomenclatura de “Negócio”:

Apuração de crimes e contravenções penais por meio da investigação criminal indivisível; análise imediata da legalidade da privação da liberdade dos indivíduos, em suposta situação de flagrante por meio do exercício das funções de polícia judiciária; identificação civil e criminal; registro e licenciamento de veículos automotores; formação e controle de condutores. (<https://www.policiacivil.mg.gov.br/>)

Pedro Lenza, de maneira didática, em seu manual define o tema:

A atividade policial divide-se, então, em duas grandes áreas: administrativa e judiciária. A polícia administrativa (polícia preventiva, ou ostensiva) atua preventivamente, evitando que o crime aconteça. Já a polícia judiciária (polícia de investigação) atua repressivamente, depois de ocorrido o ilícito penal (2014, p. 1032).

No âmbito estadual, essas são as duas polícias existentes e responsáveis pela segurança pública, cada uma com sua função bem detalhada. No entanto, em Minas Gerais, no exercício de suas atividades, algumas práticas são comuns às duas corporações, como por exemplo o registro de boletins de ocorrência (REDS).

Tanto a Polícia Militar como a Civil, no exercício de suas funções, necessitam registrar eventos de defesa social (crimes, infrações administrativas, infrações de trânsito, etc.) para tomada de providências. Por exemplo, durante a realização do policiamento ostensivo, um militar pode se deparar com a prática de

um crime e capturar um infrator em flagrante delito. Neste momento, deverá registrar um reds e encaminhá-lo, junto com a pessoa capturada, à Polícia Civil. Da mesma maneira deve proceder a Polícia Civil quando se deparar com uma situação de flagrante delito. Outra hipótese é a procura de populares pelas duas polícias solicitando registro de crime do qual foram vítimas. O policial civil ou militar procurado deverá registrar os fatos em reds.

Importante destacar que o destinatário final do reds é a Polícia Civil, pois o crime já ocorreu e é seu dever apurar os fatos. Porém fica evidente aqui que, por mais que tenham funções distintas, ambas utilizam do registro de ocorrência para o andamento de suas atividades.

Em Minas Gerais, a política do governo anterior primou pela aproximação das duas polícias, e entre as principais medidas tomadas com este intento encontra-se a criação de um sistema integrado de defesa social. Polícia Civil e Militar, por intermédio de uma mesma plataforma digital, possuem acesso aos boletins de ocorrência registrados. O site do REDS é utilizado por ambas para o registro dos fatos policialmente relevantes.

Por ser a Polícia Civil a destinatária final da ocorrência e em razão da plataforma comum às duas polícias, o reds lavrado pela Polícia Militar automaticamente é encaminhado à Polícia Civil, que inicia a apuração a partir do fato lavrado em boletim de ocorrência pelos militares. Ou seja, diferente de alguns outros Estados, Minas Gerais não exige que a Polícia Civil lavre nova ocorrência: quando a comunicação da infração é feita pela Polícia Militar, aproveita-se o mesmo registro.

A estrutura do reds é a comum a todos os boletins de ocorrência de outros estados. Nele são incluídos a data e hora da infração, data e hora do atendimento policial, nomes dos envolvidos (infrator, vítima, testemunhas, menores apreendidos, entre outros) e um resumo dos fatos. Um último item a ser citado, talvez o mais importante para o presente estudo, é o que diz respeito à natureza da infração. Neste campo, o policial deverá indicar que infração constitui os fatos narrados, deverá demonstrar, por exemplo, que se trata de homicídio, estupro, roubo, etc.

Em suma: Polícia Militar e Polícia Civil realizam o registro de infrações penais, cada uma dentro de suas atribuições, porém utilizando do mesmo mecanismo eletrônico que, teoricamente, facilita e agiliza as atividades policiais. Os policiais das duas instituições devem realizar o registro preenchendo os campos acima citados, necessários ao prosseguimento das atividades de polícia judiciária.

2. FORMAÇÃO DOS POLICIAIS CIVIS E MILITARES EM MINAS GERAIS

2.1. Policiais civis

A Polícia Civil mineira possui uma estrutura dividida em cargos, são cinco os existentes: delegado de polícia, escrivão de polícia, investigador de polícia, perito criminal e médico legista.

Os delegados de polícia, como previsto no artigo 144 da Constituição Federal, são os responsáveis pela direção da Polícia Civil. É o cargo de chefia que coordena as investigações e emite ordens às demais carreiras. Existe hierarquia dentro da Polícia Civil apenas entre os delegados de polícia e o restante. Entre os subordinados não existe, estando investigadores, escrivães, peritos e médicos no mesmo plano hierárquico.

O ingresso no cargo de delegado se faz por meio de concurso de provas e títulos e faz-se necessário ser o candidato bacharel em direito.

Assim como o cargo de delegado, os cargos de escrivão, investigador e perito são de provimento mediante concurso de provas e títulos, sendo exigido ao candidato possuir nível superior completo, não havendo exigência de curso específico.

O provimento no cargo de médico legista difere apenas em um aspecto em relação aos anteriores, exige-se do candidato formação superior em curso de medicina.

As funções de cada um dos cargos são estabelecidas pela Lei Orgânica da PCMG, no entanto, para o presente estudo, destaca-se a seguinte responsabilidade prevista no anexo II da Lei Complementar 129 de 2013, item 3, que aduz que cabe aos investigadores de polícia o registro de ocorrências policiais:

II.3 – Ao Investigador de Polícia cabe:

[...]

“n) realizar o registro formal e a conferência de ocorrências policiais, de pedidos de providências e de representações de partes referentes a fatos tidos como delituosos, bem como de documentos, substâncias, objetos, bens e valores neles arrecadados, realizando o manuseio, a identificação, a proteção, a guarda provisória e o encaminhamento ao setor ou órgão competente;”.

2.2. Policiais militares

Segundo a Lei Estadual 5301 de 1969, a estrutura dos cargos da Polícia Militar é dividida basicamente em duas carreiras, oficial de polícia e praça de polícia. Cada carreira é composta por postos e graduações na escala hierárquica, alterando a nomenclatura do policial. Os oficiais possuem a seguinte escala: 1º e 2º tenente, capitão, tenente coronel e major. Praças: soldado, cabo, 3º, 2º e 1º sargento e subtenente.

Para ingresso na carreira de praça, exige-se no mínimo formação em ensino superior, independentemente do curso. Para a carreira de oficial, exige-se necessariamente formação superior em Direito.

Tanto quanto para as carreiras de investigador e escrivão na Polícia Civil, quanto para praça na Polícia Militar, a exigência de curso superior é recente, exigida apenas no último concurso de cada carreira. Anteriormente, exigia-se apenas formação no ensino fundamental.

A Lei Estadual 5.301/69 prevê o Estatuto dos Policiais Militares de Minas Gerais, nela estão estabelecidas as divisões, direitos, deveres, entre outras características desta corporação. Contudo não consta em nenhum dispositivo a previsão de a quem compete a confecção dos boletins de ocorrência. A resposta a esta indagação é encontrada nos editais dos concursos das carreiras da PMMG.

De acordo com o último edital do concurso de praça, edital DRH/CRS Nº 10/2015, de 10 de julho de 2015, compete ao praça redigir boletins de ocorrência, relatórios e outros documentos administrativos.

Em suma, os responsáveis pela lavratura de Redes em Minas Gerais são os praças e investigadores de polícia, cuja formação exigida para ingresso na carreira, recentemente incluída, é a de ensino superior completo, não havendo especificação quanto ao curso.

3. ESTATÍSTICAS CRIMINAIS NO ESTADO DE MINAS GERAIS

O termo estatística é definido no dicionário da seguinte maneira: “Ramodasmatemáticasaplicadascujosprincípiosderivamdateoriadasprobabilidades, quetemporobjetoagrupamentometódicoassimcomoostudodesériesdefatosoudadosnuméricos”(“estatística”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa).

As estatísticas criminais, portanto, nada mais são do que o agrupamento e estudo de séries de fatos e dados numéricos relacionados à criminalidade.

Em Minas Gerais, as estatísticas criminais são organizadas pela Secretaria de Estado e Defesa Social (SEDS), com atualizações quase que diárias, disponíveis no site <http://www.seds.mg.gov.br/integracao/estatisticas/estatisticas-criminais>.

Com um acesso simples e descomplicado, o cidadão pode consultar os números em relação à sua cidade, no que diz respeito à quantidade de crimes violentos, crimes violentos contra o patrimônio, registro de homicídios consumados, furtos, extorsões, lesões corporais, entre outros.

A título de exemplo, foi realizada consulta no sistema visando identificar a quantidade de crimes violentos contra o patrimônio na cidade de Frutal-MG, no ano de 2015 (são considerados roubos consumados e extorsões mediante sequestro). Segundo os números constantes, Frutal registrou 17 roubos consumados no mês de janeiro, 17 em fevereiro, 17 em março, 19 em abril, 17 em maio, 16 em junho, 27 em julho, 23 em agosto, 14 em setembro, 13 outubro, 11 em novembro e 20 em dezembro. No mesmo período, não foram registradas extorsões mediante sequestro. Estes dados encontram-se disponíveis no site <http://www.numeros.mg.gov.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=MapaResultados.qvw&host=QVS%40vm13532&anonymous=true&Sheet=SHCrimesPatrimonio>.

A metodologia das estatísticas criminais é clara, os números de infrações praticadas são baseados no registro do reds. Explicando: os números constantes nas estatísticas são abastecidos pela classificação do delito realizada pelo policial responsável pelo registro da ocorrência. Se um praça registra no mesmo dia dois reds com a natureza de roubo, dois novos roubos serão contabilizados na estatística daquele mês. Em suma: as classificações jurídicas penais dos fatos realizados pelos policiais é que servem de parâmetro para as estatísticas de criminalidade em terras mineiras.

Em março de 2016, foi divulgada pela SEDS importante estatística relacionada aos crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher. Logo no início do material é explicada a metodologia das estatísticas utilizadas, senão vejamos:

Para a realização deste trabalho foi utilizado o Armazém_Sids_Reds (Registro de Eventos de Defesa Social), do qual as informações extraídas são baseadas na natureza dada ao Red no momento de sua lavratura, o que significa que possíveis alterações nas tipificações dos delitos realizadas no momento de aceite ou carga no PCnet, ou mesmo de validação posterior de ocorrências, não serão captadas pelo banco de dados utilizado para este relatório. Além disso, o correto preenchimento do Red é de fundamental importância para o alcance fidedigno dos índices de criminalidade que são objetos deste relatório. Ademais, por se tratar de um sistema integrado, os dados tratados contemplam os registros feitos pela Polícia Militar, Polícia Civil e Corpo de Bombeiros (http://seds.mg.gov.br/images/Diagnostico_Mulheres/Diagnostico_mulher_completo.pdf).

Como se percebe, o texto é claro e explica a maneira como são realizadas as estatísticas mineiras. Ele ainda faz uma importante ressalva: “o que significa que possíveis alterações nas tipificações dos delitos realizadas no momento de aceite ou carga no PCnet, ou mesmo de validação posterior de ocorrências, não serão captadas pelo banco de dados utilizado para este relatório”. Isto significa que o que vale é realmente o que está no reds, não importando a definição jurídica dada ao fato pelo delegado de polícia no momento do recebimento da ocorrência no sistema da Polícia Civil (Pcnet).

No próprio site inicial de pesquisa das estatísticas na SEDS já fica claro que os números são baseados nas ocorrências registradas:

As estatísticas de criminalidade da Secretaria de Estado de Defesa Social (Seds) estão disponíveis no Portal Números (www.numeros.mg.gov.br). No endereço é possível consultar as ocorrências e taxas dos nove crimes violentos (homicídio tentado e consumado, estupro tentado e consumado, estupro de vulnerável tentado e consumado, roubo, extorsão mediante sequestro e sequestro e cárcere privado) dos 853 municípios e de todas as regiões do Estado. A consulta é mensal (<http://www.seds.mg.gov.br/integracao/estatisticas/estatisticas-criminais>).

Desta forma, conforme exposto, não há dúvidas de qual é a metodologia utilizada pelo governo de Minas Gerais para apresentar os dados relativos à criminalidade à população e à imprensa. A fonte é o reds e a definição jurídica do fato dada pelo investigador ou praça de polícia.

4. POSSÍVEIS ERROS NA FORMAÇÃO DAS ESTATÍSTICAS CRIMINAIS DE MINAS GERAIS

A primeira, talvez maior, crítica ao sistema se define de maneira simples por tudo que até agora foi analisado: como pode serem as estatísticas baseadas na definição jurídica dada a um fato, durante lavratura de reds, realizada por pessoa que não possui formação jurídica? Afinal, como já exposto, o registro de reds é função exclusiva dos praças militares e dos investigadores civis, cuja exigência de ingresso na carreira é a de curso superior completo, não havendo exigência de formação em Direito. E mais, atualmente, os quadros das duas carreiras são compostos em sua maioria somente por pessoas com formação em ensino médio, haja vista a exigência de curso superior ser extremamente recente.

Nos primeiros anos de curso de Direito é ensinado ao aluno, na matéria Direito Penal, como realizar a subsunção do fato à norma. Significa olhar para um fato descrito e dizer se configura crime e qual crime seria. Não se trata de matéria fácil, muito pelo contrário, são diversos institutos que devem ser estudados para a realização de tal tarefa. Deve-se ter total compreensão dos conceitos de fato típico, antijuridicidade e, dependendo da corrente adotada, culpabilidade.

A uma pessoa formada em Direito tal tarefa é árdua, o que se dizer então a uma pessoa formada em nutrição, por exemplo.

É óbvio que as estatísticas deveriam utilizar como parâmetro dados que já tiverem passado pelo crivo de um cargo com formação jurídica, como por exemplo o delegado de polícia. Após a investigação, o delegado, munido de todos os elementos colhidos, tem total compreensão dos fatos e conhecimento jurídico suficiente para realizar uma correta subsunção do fato à norma. Claro que é passível de erro, pois o promotor pode alterar a tipificação no momento da denúncia, mas haveria uma maior segurança no dado

utilizado

Em razão destes fatos aventados, centenas (para não dizer milhares) de erros ocorrem todos dias nas tipificações realizadas por quem não tem o conhecimento necessário para a execução da tarefa legalmente imposta. A partir de agora, alguns exemplos claros serão demonstrados.

Em 26 de janeiro de 2016, na cidade de Frutal-MG, foi registrado reds (2016-001914011-001) por prática de lesão corporal, sendo narrado o quanto segue (dados referentes à identificação das partes foram suprimidos):

“Acionados, comparecemos a avenida Brasília n 0715 no bairro Jardim das Laranjeiras neste município, onde segundo informações através do telefone emergencial "190" havia uma pessoa do sexo feminino que teria sido vítima de agressões físicas e que esta encontrava-se bastante ensanguentada no interior de um casebre situado naquele endereço. No local deparamos com o interior do "casebre/ barraco" todo revirado, uma cama com o colchão e lençóis todos sujos, aparentando ser sangue, algumas manchas semelhantes na parte externa da residência e ainda uma ferramenta denominada "enxada" contendo as mesmas manchas juntamente com alguns fios cabelos "grudados" em sua parte anterior ao lado cortante, bem como uma faca tipo "peixeira" jogada ao solo, porém quebrada/ partida ao meio, sendo que esta também continha manchas em sua lâmina semelhante a sangue e a vítima já havia sido socorrida ao Hospital Frei Gabriel através de uma unidade de resgate do corpo de bombeiros deste município. Diante dos fatos, comparecemos ao referido hospital e em contato com a vítima, vulgo tal, esta nos informou, com bastante dificuldade na fala, que o seu agressor seria o indivíduo de nome tal e que este teria utilizado, além da ferramenta ora descrita, usou ainda a citada faca para feri-la, e em seguida a mesma adormeceu, ficando inconsciente. O médico de plantão nos informou que a vítima será melhor avaliada, porém seus ferimentos são importantes, uma vez que foram a maioria na região da cabeça, pescoço e membros superiores, sendo que esta permaneceu internada sob os seus cuidados para exames complementares, conforme prontuário de número 186465/ 2016. Após as agressões o possível autor evadiu-se tomando rumo ignorado. Frente aos fatos, desencadeamos uma operação de rastreamentos pela cidade com o intuito de localizarmos e prendermos o possível autor das agressões, porém até o fechamento deste documento sem êxito. Rastreamentos prosseguem. Os objetos possivelmente utilizados nas agressões foram recolhidos e entregues a esta delegacia de polícia para diligências futuras, caso sejam necessárias. Salientamos que não foi possível colhermos maiores informações sobre a motivação deste episódio devido a falta de testemunhas oculares e o estado de inconsciência da vítima no momento e ainda o local não possui vizinhos e nem tampouco câmeras de vídeo monitoramento. Face ao exposto, registramos este reds para futuros fins”.

Assim que recebeu a ocorrência dos militares, o delegado de polícia responsável instaurou, imediatamente, inquérito policial para apurar prática de homicídio tentado, tendo representado, somente com os elementos trazidos pelos milicianos, pela prisão preventiva do suspeito, que foi imediatamente deferida pelo juiz criminal (dados constantes no sistema PCnet nº 4565807).

O caso apresentado, para uma pessoa formada em Direito, é claramente tipificado como tentativa de homicídio, não restam dúvidas pelos fatos descritos de que o investigado tentou ceifar a vida da vítima, fazendo uso de golpes de enxada e faca em sua cabeça.

No mesmo mês de janeiro, o seguinte caso foi registrado como lesão corporal na cidade de Frutal-MG (reds nº 2016-001702748-001):

fomos acionados para comparecer ao Hospital Frei Gabriel onde a vítima K. L. S. de M, 14 anos, havia sido socorrida por populares após ser golpeada com uma faca no lado esquerdo do tórax, na região sub axilar. Segundo informações, o fato é de origem passional e ocorreu em via pública, em frente ao posto farol da praça. K. L. nos relatou que foi acusada de ter "ficado" com os namorados de algumas de suas agressoras e em razão disso foi agredida injustamente, sendo vítima em uma rixa que teve como autores: M. T., L. N., S. F. E. R., D. N. e R. M.. A vítima foi agredida com socos,

chutes e golpes de capacete. Segundo informações, S.F portava uma faca com cabo de madeira e aproximadamente 15cm de lâmina, que foi entregue à sua namorada E.R. com a referida faca em mãos, ER. desferiu um golpe com o instrumento perfurante no lado esquerdo do tórax de K.L...A vítima não soube informar o endereço de nenhum dos agressores. Face ao exposto, acionamos o conselho tutelar e o conselheiro compareceu ao hospital frei gabriel e tomou conhecimento do fato. Durante diligências, conseguimos levantar informações sobre onde os autores [...]”.

Segundo consta, a vítima, de apenas 14 anos, foi agredida por diversas pessoas com capacetes, socos e chutes, bem como foi esfaqueada, por uma lâmina de 15 centímetros, na altura do tórax e internada em hospital. Para o responsável pelo registro da ocorrência, tratava-se de mera lesão corporal. Diferente foi a tipificação do delegado de polícia que instaurou inquérito para apuração de tentativa de homicídio, sendo requerida a prisão preventiva da autora da facada (PCnet nº 4560706).

De acordo com as estatísticas oficiais da cidade de Frutal, no mês de janeiro de 2016 foi registrado apenas um caso de homicídio tentado. Porém, o que chama mais atenção é que não se trata de nenhum dos dois casos acima mencionados, mas sim de um terceiro, envolvendo autores menores, que desferiram tiros de revólver em uma vítima (reds nº 2016-004498265-001; PCnet AAFAI nº 4498265). Estatísticas disponíveis no site <http://www.numeros.mg.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=MapaResultados.qvw&host=QVS%40vm13532&anonymous=true&Sheet=SHCrimesViolentos>.

A diferença entre realidade e tipificação realizada no reds não ocorre somente em relação às tentativas de homicídios e lesões corporais, quando diz respeito aos crimes patrimoniais, distorções de diferentes naturezas também ocorrem.

Veja-se nestes três exemplos, definidos como furto, registrados na cidade de Frutal-MG no ano de 2016, o que consta na narrativa da ocorrência (dados identificadores suprimidos):

1- em contato com a vítima, ela relatou que estava indo a pé até a casa são paulo para colocar crédito em seu aparelho celular e foi abordada por dois indivíduos ocupando uma motocicleta de cor vermelha, sendo que eles estavam de capacetes pretos, blusas escuras e calças jeans. relatou também que durante abordagem o garupa da motocicleta falou para ela passar o celular, que então ela entregou a ele seu aparelho celular samsung j7 de cor branca com numeroimei: XX estando com dois chips de números XX (tim) e XX (ctbc) e os autores evadiram na referida motocicleta sentido ao bairro flamboyant. foram feitos rastreamentos, porém sem êxito. segundo a vítima o aparelho celular possui seguro.

2- segundo a vítima, XX, transitava a pé pela rua silvioromero, altura do nº 14, quando passou por ela uma motocicleta 150 de cor escura, com dois indivíduos (ambos usavam calça jeans clara e blusa de frio de moletom de cor escura, toca cobrindo os rostos e capacete de cor escura), sendo que, o veículo retornou e veio de frente a ela, foi quando o carona desceu do veículo e a abordou colocando algo na sua barriga e determinou que a entregasse o seu aparelho de telefone celular (samsunggran prime de cor branca, com capinha desenho de perfume, com dois chips, um da operadora claro de nº XX e outro da operadora ctbc de nº XX e logo após o indivíduo montou no veículo e tomaram rumo bairro centro. realizamos rastreamentos com intuito de localizarmos os

autores, contudo até o presente momento sem êxito. rastreamentos continuam.

3- segundo a vítima XX, o mesmo transitava a pé, pela dezesete, bairro jardim do bosque, quando foi abordado pelas costas por um ciclista de cor parda, estatura mediana, trajando boné de cor laranja, chinelo, camiseta e bermuda de cor preta, sem maiores dados, o qual após lhe encostar um objeto em sua costa, lhe solicitou "passa as coisas", que então lhe entregou seu aparelho celular samsung j7 de cor preto da operadora ctbc, numero de chamada XX, sem maiores dados, tendo o referido autor evadido em direção ao bairro xv de novembro, pela rua lincon campos. rastreamento continua, reds registrado para futuros fins.

Interessante que esta crítica não é nova, Delegados de Polícia e até mesmo policiais militares têm, vez ou outra, se insurgido contra esta forma de encarar a realidade criminal nas estatísticas. Em 2011, um Delegado de Polícia procurou a imprensa e narrou a realidade da "maquiagem" das ocorrências (<http://www.viomundo.com.br/denuncias/delegado-mineiro-denuncia-maquiagem-de-estatisticas.html>).

Em 2012, nova matéria foi veiculada na internet sobre o mesmo tema, agora no periódico online da Tribuna de Minas, militares relataram essa realidade (<http://www.tribunademinas.com.br/pms-denunciam-maquiagem-de-bos/>).

Por fim, a mais recente foi divulgada pelo portal R7, em outubro de 2016. Nela um policial militar confirma a maquiagem das ocorrências e assevera sofrer pressões de seus superiores para assim agir, visando a diminuição dos índices criminais (<http://noticias.r7.com/minas-gerais/militar-denuncia-maquiagem-de-numeros-de-crimes-violentos-em-minas-01102016>).

Estas críticas lançadas nos meios de comunicação requerem uma análise mais profunda que será realizada a partir de agora.

5. POSSÍVEIS CAUSAS DAS DISTORÇÕES ENTRE REALIDADE E ESTATÍSTICA

Que os dados inseridos nas estatísticas estão errados e em dissonância com a realidade parece não haver dúvidas. No entanto, o que merece análise daqui pra frente é se isto é fruto da mera falta de preparo jurídico do responsável pelo registro, ou se trata de prática deliberada dos policiais no cumprimento de ordem superiores.

Um primeiro detalhe merece destaque, por mais que a atividade de lavratura de reds seja exercida pelas duas corporações, em Minas Gerais, em virtude do maior efetivo (algo em torno de quatro vezes mais), a maior parte das ocorrências são registradas pela Polícia Militar.

Analisando as matérias veiculadas sobre o tema na mídia, expostas no capítulo anterior, um primeiro fator merece destaque: estariam as estatísticas sendo alimentadas por fatos tipificados de maneira errônea em virtude de pressões sofridas pelos policiais responsáveis pelo registro?

Não há dúvidas que pressões políticas nas instituições pertencentes ao executivo existem. Soma-se a isso que os chefes das duas polícias, Chefe de Polícia Civil e Coronel da PMMG, são nomeados pelo governador eleito. Ou seja, trata-se de cargo de confiança, cuja destituição não necessita de formalidades.

Quanto à PMMG, maior registrador de ocorrências de minas, um outro detalhe chama a atenção: a sua estrutura militarizada. É sabido que uma das bases do sistema militar é a hierarquia e a disciplina (como já citado quando da análise do site da Polícia Militar que elenca a hierarquia e a disciplina como valores), havendo pouco espaço para a deliberalidade do policial subordinado. Desta forma, está traçado o caminho: um coronel, comprometido com o governador que o nomeou, pode disparar uma ordem de redução de criminalidade por meio da intensificação do policiamento preventivo, como também pela modificação da capitulação das infrações quando do registro. Tal ordem será imediatamente acatada pelos oficiais que as repassarão aos praças (responsáveis pelo registro).

Estes últimos, por não possuírem qualquer formação jurídica, são incapazes de perceber que estão incorrendo em erro e cumprindo ordem evidentemente ilegal, não havendo qualquer discussão quando de sua realização.

Assim, a soma das premissas militares (hierarquia e disciplina) com a falta de preparo do responsável pelo registro leva ao resultado esperado pelo governo diretamente interessado: a diminuição dos crimes nas estatísticas.

Não há como se negar que essa é uma possibilidade. Difícil sua comprovação, haja vista que ordens desse tipo são ordens ilegais, mas este tema deve ser discutido, como fizeram as matérias jornalísticas aqui juntadas.

Sobre a influência política dentro da Polícia Militar, Luiz Flávio Gomes escreveu:

Parece muito evidente que uma política de segurança militarizada acabe priorizando o segmento policial que garante a governabilidade, em detrimento daquele que auxilia a Justiça penal na descoberta dos crimes. Aliás, quanto mais ineficácia da polícia judiciária (a que investiga os crimes), melhor para quem comete abusos no exercício da segurança pública militarizada. A quantidade de recursos, de pessoal, de tecnologia etc., dada para a polícia militar, é incomparavelmente maior que a recebida pela polícia civil. Vale mais a garantia da governabilidade que a descoberta de delitos. Se a polícia civil (judiciária) não descobre tantos crimes, isso não derruba nenhum governo. Sem a garantia da polícia militar o governo corre sério risco de queda. Tudo estaria a explicar a desatenção daquela frente a esta.

Destaca-se que dentro da Polícia Civil tal esquema não encontra o mesmo amparo. Em virtude de sua característica civil, o policial é comprometido apenas com a lei e não possui formas tão rígidas de controle de seus atos, sob a base da hierarquia e disciplina.

Uma segunda causa a ser aventada é a de não seremo praça e o investigador as pessoas mais adequadas a tipificarem a conduta quando da lavratura de ocorrência, haja vista não possuírem formação jurídica adequada.

Por mais que Delegados de Polícia e Oficiais de Polícia acompanhem seus subordinados no momento do registro, não há como se estar presente em todos os momentos, ficando a critério do policial a definição do crime.

Neste caso, o erro estaria realmente no fato de estar a estatística se baseando nesta definição jurídica do fato, ainda tão precário de elementos. Uma primeira classificação jurídica confiável somente pode ser dada pelo Delegado de Polícia ao fim da investigação policial. Somente ele, após colheita de todos os elementos relacionados ao fato, possui o conhecimento jurídico necessário para uma tipificação segura

o suficiente que sirva de alimento às estatísticas.

Nem mesmo o Oficial da Polícia Militar, apesar de possuir formação jurídica, tem condição de realizar a tipificação, pois seu contato é apenas inicial com os elementos informativos relacionados aos fatos, haja vista que sua atribuição se esgota após o registro da ocorrência, cabendo à Polícia Civil a elucidação dos acontecimentos.

Em suma, parecem ser estas as duas possíveis hipóteses: falta de conhecimento jurídico do policial e cumprimento de ordem comprometida com o governo político. Porém ambas levam a uma mesma conclusão: não há como se confiar nas estatísticas criminais em Minas Gerais!

CONCLUSÃO

Pretendeu este artigo discutir sobre as estatísticas criminais no Estado de Minas Gerais. Para isto, foi analisada a metodologia utilizada para a elaboração das estatísticas e de onde parte sua base de dados.

Também foram analisadas as formações dos policiais civis e militares, bem como a estrutura das duas policiais, por serem eles os responsáveis pelos dados que alimentam as estatísticas.

A partir de exemplos claros, foi diagnosticado que as estatísticas criminais do Estado de Minas Gerais estão sendo alimentadas por números que não condizem com a realidade. Deste modo, verificou-se haver duas hipóteses para tal acontecimento: cumprimento de ordem diretamente emanada do governo político, por meio de um comandante nomeado, e cumprida por um policial sem preparo jurídico suficiente para compreender que está sendo induzido a erro, ou então pelo simples despreparo do policial responsável pelo registro.

Na primeira hipótese, estaria constatada uma clara má-fé do Poder Executivo em “maquiar” suas estatísticas e apresentar dados mais agradáveis à população. Já na segunda, o equívoco gerado nas estatísticas estaria sendo praticado de boa-fé, pois o policial responsável pelo registro, ante sua falta de preparo jurídico, deixa a desejar na tipificação dos fatos descritos.

O autor, na qualidade de Delegado de Polícia, tem dificuldade em acreditar que dados são inseridos em estatísticas, tão bem trabalhadas pelo governo, de maneira errônea por tão somente falta de preparo do policial. Acredita-se que a falta de conhecimento jurídico do praça e do investigador, a conferição da tarefa de registro somente a estas duas carreiras e a base das estatísticas ser os dados por eles lançados é prática deliberada de um governo que quer ter em sua mão tão importante ferramenta de aprovação popular.

Ao que tudo indica, a polícia vem sendo utilizada pelo governo eleito como joguete, servindo aos propósitos do governante e não do povo, em claro desacordo com a constituição vigente, federal e estadual, que prevê uma polícia democrática, preocupada com a população, independente de quem esteja governando o Estado de Minas Gerais.

Por óbvio que tais informações aqui aventadas ainda carecem de maiores dados de confirmação, porém tudo que foi apresentado demonstra a seriedade do tema e a necessidade de discussão.

Por fim, uma conclusão definitiva pode sair desse trabalho: as estatísticas criminais de Minas Gerais não são confiáveis!

REFERÊNCIAS

ARÊAS, Guilherme. **PMs denunciam maquiagem de BOs**. Disponível em <<http://www.tribunademinas.com.br/pms-denunciam-maquiagem-de-bos/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova poli(cia)tica de segurança**. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930678/nova-poli-cia-tica-de-seguranca>>. Acesso em: 10out. 2016.

Em:<<https://www.policiamilitar.mg.gov.br/>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

Em: <<https://www.policiacivil.mg.gov.br/>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

Em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=129&comp=&ano=2013&texto=original>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

Em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=129&comp=&ano=2013&texto=original>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

Em:<http://seds.mg.gov.br/images/Diagnostico_Mulheres/Diagnostico_mulher_completo.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2016.

Em: <<http://www.seds.mg.gov.br/integracao/estatisticas/estatisticas-criminais>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

Em: <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/delegado-mineiro-denuncia-maquiagem-de-estatisticas.html>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

Em: <<http://noticias.r7.com/minas-gerais/militar-denuncia-maquiagem-de-numeros-de-crimes-violentos-em-minas-01102016>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

"**estatística**", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <https://www.priberam.pt/DLPO/estat%C3%ADstica> [consultado em 04-10-2016]).

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

**FAECA DOM BOSCO
DE MONTE APRAZÍVEL**

**REVISTA JURÍDICA
O SABER
COMPLETAMENTE**