



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

LUÍSA EUGÊNIA FONSECA DIAS

BABIY QUERINO: PRISÃO, RACISMO E (IN)JUSTIÇA

**JOÃO PESSOA
2020**

LUÍSA EUGÊNIA FONSECA DIAS

BABIY QUERINO: PRISÃO, RACISMO E (IN)JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ms. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

JOÃO PESSOA

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

D541b Dias, Luisa Eugenia Fonseca.

BABIY QUERINO: Prisão, racismo e (in)justiça. / Luisa Eugenia Fonseca Dias. - João Pessoa, 2020.

65f. : il.

Orientação: Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Racismo. Prisão. Estado penal. I. Meirelles, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. II. Título.

UFPB/CCJ

LUÍSA EUGÊNIA FONSECA DIAS

BABIY QUERINO: PRISÃO, RACISMO E (IN)JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ms. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

DATA DA APROVAÇÃO: 06 DE AGOSTO DE 2020

NOTA: DEZ

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Ms. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(ORIENTADORA)**

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(AVALIADOR)**

**Prof. Ms. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)**

Dedico este trabalho a todos aqueles que
tiveram seus sonhos roubados e sua liberdade
sequestrada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe por saber o valor da educação e por nunca ter desistido de mim. Agradeço aos meus amigos por me ajudarem a chegar até aqui. Agradeço a Carol que me acompanhou carinhosamente durante esta jornada.

Agradeço a todos os professores que se empenham imensamente todos os dias para o sucesso de seus alunos. Meus agradecimentos especiais aos professores: Gustavo Batista, Adriana Vieira, Marília Vilhena, Lidyane Ferreira, Zé Neto, Francisco Garcia, Alfredo Rangel, Lenilma Cristina, Dirceu Galvão, Raquel Moraes, Adaumirton Dias, Alessandra Macedo e Márcia Glebyane.

Agradeço a todos os servidores e trabalhadores terceirizados que são fundamentais para a nossa vida universitária e que zelam pela nossa universidade.

Acima de um passado que está enraizado na dor

Eu me levanto

Eu sou um oceano negro, vasto e irrequieto,

Indo e vindo contra as marés, eu me levanto.

Deixando para trás noites de terror e medo

Eu me levanto

Em uma madrugada que é maravilhosamente clara

Eu me levanto

Trazendo os dons que meus ancestrais deram,

Eu sou o sonho e as esperanças dos escravos.

Eu me levanto

Eu me levanto

Eu me levanto!

- Maya Angelou

RESUMO

O presente trabalho visa analisar os eventos que levaram a jovem Bárbara Querino de Oliveira a ser presa, processada e condenada. Bárbara ou Babi, como é conhecida, foi acusada de associação criminosa e da prática de dois roubos em 2017, na cidade de São Paulo – SP. O pilar da acusação em ambos os casos repousava sobre um reconhecimento fotográfico realizado em delegacia aproximadamente dois meses após os fatos, mas tão somente dois dias depois de postagens em redes sociais e aplicativos de mensagens acusando-a de ser uma criminosa da região e instigando as vítimas a se dirigirem à delegacia para reconhecê-la. A partir da avaliação de três ocorrências policiais, é possível constatar inúmeras inconsistências que resultaram no aprisionamento de Bárbara. Também são examinadas incoerências durante o processo criminal, focando em três questões problemáticas: o reconhecimento fotográfico, a ordem de prisão preventiva e a condenação. O exame esmiuçado destes elementos permite desnudar o livre convencimento motivado dos magistrados, a fim de enxergar as engrenagens de um sistema penal seletivo e racista. Por fim, a ideologia da supremacia branca é relacionada com a realidade social do Brasil, que resulta no encarceramento em massa de milhares de negros, explicando as verdadeiras razões da condenação de Bárbara.

Palavras-chave: Racismo. Prisão. Estado penal.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the events that led the young Bárbara Querino de Oliveira to be arrested, prosecuted and convicted. Barbara or Babi, as she is known, was accused of criminal association and of two robberies in 2017, in the city of São Paulo - SP. The pillar of the accusation in both cases rested on a photographic recognition carried out at the police station approximately two months after the facts, but only two days after postings were made on social networks and messaging apps accusing her of being a criminal in the region and instigating victims to go to the police station to recognize her. From the assessment of three police events, it is possible to see numerous inconsistencies in the police investigations that resulted in Bárbara's imprisonment. Various inconsistencies during the criminal process are also examined, but the present study focuses on three problematic issues: the photographic recognition, the order of preventive detention and Barbara's conviction. The detailed examination of these elements presents the revelation of the true reasons considered by the judges to condemn Barbara, in order to see the gears of a selective and racist penal system. Finally, the ideology of white supremacy is related to the social reality of Brazil, which results in the mass incarceration of thousands of black people, explaining the real reasons for Barbara's condemnation.

Keywords: Racism. Prison. Penal state.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Captura de tela de postagem em rede social. Bárbara é a mulher da primeira foto. Censuramos os rostos das suspeitas a fim de preservar suas imagens. Fls. 399 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050.	14
Figura 2 - Descrição dos autores do crime no boletim de ocorrência nº 10537/2017. Destaque nosso. Fls. 17 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050.	16
Figura 3 - Captura de tela de conversa em grupo de aplicativo de mensagem. Bárbara é a mulher da primeira foto. Fls. 392 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050.....	16
Figura 4 - Trecho retirado do boletim de ocorrência nº 2721/2017. Descrição dos autores do crime. Fls. 8 do processo criminal nº 0107222-81.2017.8.26.0050.	18

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVENTOS QUE LEVARAM AOS PROCESSOS	13
2.1 AS OCORRÊNCIAS	15
2.1.1 Roubo ocorrido em 10 de setembro de 2017	15
2.1.2 Roubo ocorrido em 26 de setembro de 2017	18
2.1.3 Roubo ocorrido em 4 de novembro de 2017	21
2.2 FASE INSTRUTÓRIA DOS PROCESSO	21
2.2.1 Processo que resultou na condenação de Bárbara	21
2.2.2 Processo que resultou na absolvição de Bárbara	26
2.3 AS SENTENÇAS	28
3 QUESTÕES PROBLEMÁTICAS	30
3.1 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO	32
3.2 A PRISÃO PREVENTIVA	37
3.3 A CONDENAÇÃO	42
4 RACISMO, PRISÃO E JUSTIÇA	47
4.1 O ESTADO PENAL.....	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	59
ANEXO A – AUTOS DO PROCESSO Nº 0107222-81.2017.8.26.0050	65
ANEXO B – AUTOS DO PROCESSO Nº 0107223-66.2017.8.26.0050	66

1 INTRODUÇÃO

Bárbara Querino de Oliveira é uma jovem negra, moradora da periferia paulistana, modelo e dançarina de 22 anos. No dia 10 setembro de 2017, Babiy, como é conhecida, estava em uma confraternização com colegas de trabalho em Guarujá, litoral paulista, quando um roubo foi cometido a 96km de distância, na cidade de São Paulo.

Posteriormente, no dia 4 de novembro do mesmo ano, conversava com sua vizinha em frente à sua residência quando foi detida por policiais. Babiy, então, foi conduzida para a delegacia, onde foi fichada pela polícia como se criminosa fosse, com sua foto armazenada no banco de dados, apesar de ter sido liberada em virtude de não ter sido reconhecida pelas vítimas de um roubo que havia acontecido naquela data.

A partir disso, sua foto passou a circular em aplicativos de mensagens, em redes sociais e, ao ganhar repercussão, sua imagem foi veiculada em TV aberta como a autora de diversos delitos de roubo – apesar da inexistência de qualquer prova –, o que culminou em sua “identificação” por vítimas de roubos ocorridos em setembro.

Não obstante a existência de testemunhas, fotografias e provas documentais, Babiy foi processada, condenada e chegou a cumprir 2 anos e 4 meses de pena, dos quais permaneceu encarcerada durante 1 ano e 8 meses, por um crime que não cometeu. Respondeu a dois processos criminais, ambos com determinação de prisão preventiva, além de enfrentar processo de execução penal, a fim de que cumprisse sua “pena” provisoriamente.

Assim, serão analisadas as circunstâncias da investigação, denúncia e elementos que levaram à condenação em 1º grau do processo criminal. Neste exame, será evidenciada a fragilidade e o racismo latente por trás de uma condenação lastreada em informações inconsistentes e equívocas, revelando a seletividade penal.

Apesar de responder a dois processos criminais, Babiy foi condenada especificamente naquele referente ao roubo ocorrido na data em que ela estava fora da cidade – no outro, foi absolvida. O pilar da sentença condenatória resta na “identificação” realizada meses após os eventos por uma das vítimas do roubo.

O juiz ainda rechaçou os depoimentos das testemunhas que estavam com Babiy no momento do crime, bem como considerou imprecisas as fotos e demais documentos comprovando seu paradeiro.

Nesse sentido, pretende-se questionar a valoração de prova atribuída ao depoimento da vítima, ancorado no referencial teórico de Aury Lopes Júnior, em contrapartida ao robusto acervo probatório apresentado pela defesa, traçando um paralelo com o processo inquisitório do século XVIII, conforme lições de Michel Foucault.

Em outras palavras, é abordado o livre convencimento motivado do julgador a fim de despir a decisão para responder à pergunta: por que Babiy foi condenada? Além disso, também questionamos elementos chave da acusação: reconhecimento fotográfico, a ordem de prisão preventiva e a condenação.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica sob a ótica de uma criminologia crítica, o presente trabalho pretende verificar se vigora no Brasil um Estado policial racista que possui como alvo pessoas negras e vulneráveis socioeconomicamente, e se tal ideologia, além de vitimar Babiy também transforma em vítimas outras pessoas que, em razão das mesmas circunstâncias, se veem submetidas ao crivo do Estado seja no âmbito de investigações ou em processos judiciais.

2 EVENTOS QUE LEVARAM AOS PROCESSOS

Bárbara Querino de Oliveira, também conhecida por Babi, é uma jovem negra, moradora da periferia paulistana, modelo e dançarina. No ano de 2017 Bárbara tinha 19 anos, frequentava curso preparatório para o Exame Nacional do Ensino Médio, sonhava em cursar jornalismo e se dedicava a sua carreira artística. Todos esses planejamentos foram abruptamente interrompidos quando Babi foi presa em janeiro de 2018. Os eventos e circunstâncias que levaram à prisão da jovem serão delineados a seguir.

Em 10 de setembro de 2017, Bárbara estava em uma confraternização com colegas de trabalho em Guarujá, litoral paulista, quando um roubo foi cometido a 96km de distância, na cidade de São Paulo. Na ocasião, cinco pessoas – uma delas do gênero feminino – abordaram a pé uma família (um homem, uma mulher e uma criança) dentro de seu veículo parado no semáforo, na região sul da cidade. Utilizando arma de fogo e mediante ameaça, os criminosos subtraíram o veículo e demais pertences das vítimas, segundo elas mesmas relataram no boletim de ocorrência¹.

Posteriormente, em 26 de setembro do mesmo ano, outro roubo ocorreu na mesma região da cidade, de maneira similar: dois irmãos encontravam-se dentro de um veículo e, ao parar em um semáforo, foram abordados por três pessoas – uma do gênero feminino. Um dos indivíduos apontou uma arma de fogo para as vítimas, em sinal de ameaça, e foram subtraídos o veículo junto com os demais pertences. Em ambos os casos, nenhum suspeito foi apreendido em flagrante delito.

Mais adiante, no dia 4 de novembro de 2017, um terceiro roubo aconteceu também na região sul da capital paulista. Bárbara estava na rua onde um carro de luxo roubado havia sido abandonado instantes antes, quando policiais militares a detiveram e colocaram-na dentro de uma viatura, juntamente com uma amiga – oportunidade na qual a equipe televisiva da emissora Bandeirantes a filmou. Em seguida, os policiais realizaram rondas nas proximidades e efetuaram a prisão de outros quatro jovens do gênero masculino: Felipe, Renato, William e Wesley² – todos figuraram como corréus dos processos criminais aos quais Babi respondeu.

Apesar de Bárbara não ter sido reconhecida pelas vítimas do terceiro roubo naquele instante e de não existirem acusações em seu desfavor, ela foi fotografada na delegacia, antes

¹ Boletim nº 10537/2017, de 10/09/2017, 11ª D.P. de Santo Amaro.

² Não serão mencionados os sobrenomes dos demais réus a fim de preservar as suas imagens.

de ser liberada, e sua imagem “fichada” como criminosa passou a circular em aplicativos de mensagens e em redes sociais. O texto que acompanhava sua foto afirmava que Babi era integrante de uma quadrilha que praticava roubos na região e orientava as possíveis vítimas a comparecerem ao 99ª Distrito Policial para formalizar o reconhecimento fotográfico:



Figura 1 - Captura de tela de postagem em rede social. Bárbara é a mulher da primeira foto. Censuramos os rostos das suspeitas a fim de preservar suas imagens. Fls. 399 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050.

Naquela mesma semana, no dia 6 de novembro, uma reportagem³ caluniosa foi veiculada em TV aberta, no programa “Brasil Urgente”, em horário nobre, denunciando uma quadrilha que atuava na zona sul de São Paulo – aqui, as imagens de Babi dentro da viatura sendo conduzida à delegacia foram mostradas, ainda que seu envolvimento com os delitos não estivesse comprovado.

Em razão dessas informações equivocadamente espalhadas e inflamadas pelo noticiário recente, bem como pelas mensagens divulgadas nas redes sociais, as vítimas dos roubos de setembro compareceram à delegacia para efetuar o reconhecimento fotográfico

³ Disponível em: <<https://videos.band.uol.com.br/16346325/policia-prende-criminosos-que-roubavam-carros-de-luxo.html>>. Acesso em 11 jun. 2020.

apontando Babiy como autora do crime. Os inquéritos policiais até então estagnados retomaram suas atividades, o que resultou no indiciamento de Bárbara. Rapidamente, mandados de prisão foram expedidos e, em 15 de janeiro de 2018, Babiy foi presa, e assim permaneceu por quase dois anos.

Nesta senda, os eventos desencadeados pela detenção da Bárbara em 4 de novembro de 2017 foram os propulsores que resultaram em sua condenação no dia 10 de agosto de 2018.

2.1 AS OCORRÊNCIAS

A seguir, serão descritas as ocorrências de cada um dos roubos aos quais Bárbara foi acusada de cometer, a partir das ocorrências formalizadas nos respectivos distritos policiais (D.P.). Traça-se, então, uma linha temporal: relata-se o primeiro roubo ocorrido no dia 10 de setembro de 2017 e, em seguida, os fatos do dia 26 de setembro do mesmo ano.

Cumprido frisar, ainda, as circunstâncias de um terceiro crime que aconteceu no dia 4 de novembro. Trata-se de um assalto praticado por um grupo de indivíduos, com uso de arma de fogo, resultando na subtração de um carro de luxo e alguns pertences das vítimas. Nesta ocasião, Bárbara foi detida, mas liberada sem demora. Contudo, seus dados colhidos na delegacia respaldaram grande parte da investigação dos outros dois roubos acima mencionados, resultando na divulgação da imagem de Babiy como criminosa e em seu posterior reconhecimento fotográfico.

2.1.1 Roubo ocorrido em 10 de setembro de 2017

A ocorrência nº 10537/2017, referente ao primeiro roubo, foi documentada no dia 10 de setembro de 2017, no 11º D.P. da capital paulista. Tomas Alem Gil, Agatha Nadolsky e a sua filha compareceram à delegacia e narraram os seguintes eventos:

As vítimas supraditas, por meios próprios, noticiando-nos que trafegavam com o veículo supracitado pelo local e hora dos fatos [rua Bértis, 10, Campo Grande, São Paulo às 14:30], e ao parar no semáforo, foram abordadas por cinco indivíduos desconhecidos, os quais estavam a pé e mediante graves ameaças, fazendo uso de arma de fogo, subtraíram seu veículo, supracitado, contendo os documentos, valores e objetos acima relacionados, evadindo-se em seguida, tomando rumo ignorado. As vítimas informam que a ação foi muito rápida e não tem mais dados sobre os autores. As vítimas não sofreram ofensas à integridade física. Vítimas estimam prejuízo total de R\$ 170.000,00. (grifo nosso, fls. 18 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050)

Do trecho acima, destaca-se a declaração das vítimas acerca da insuficiência de informações para descrever os assaltantes fisicamente e o que cada um fez durante o assalto. À época, nenhum suspeito foi preso em flagrante. Em consonância, não foram registradas

caracterizações dos autores no boletim de ocorrência, tão somente aspectos genéricos, como quantidade de pessoas e cor da pele:

Dependência: 11º D.P. SANTO AMARO FOLHA:2
 Boletim No.: 10537/2017 INICIADO:10/09/2017 16:01 e EMITIDO: 10/09/2017 16:49

2ª Via JLLOOPCBOKEFFL|*

Autor:
 - 05 DESCONHECIDOS - Não presente ao plantão - Exibiu o RG original: Não
 Sexo: Masculino - Advogado Presente no Plantão: Não - Cutis: Parda

Figura 2 - Descrição dos autores do crime no boletim de ocorrência nº 10537/2017. Destaque nosso. Fls. 17 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050.

Meses depois, em 7 de novembro daquele ano, Tomas e Agatha foram contatados via *Whatsapp* por uma pessoa identificada como delegado de polícia, com fotos de suspeitos apreendidos no final de semana do dia 4 de novembro. Após a referida comunicação, as vítimas se apresentaram pela segunda vez na delegacia, no dia 8 de novembro de 2017 (um dia após a reportagem do “Brasil Urgente”), a fim de efetuar novo termo de declaração (fls. 28-29, 35-36 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050).

Desta vez, Tomas e Agatha foram capazes de oferecer riqueza de detalhes quanto à fisionomia dos supostos criminosos, não obstante terem se passado dois meses do dia do roubo e em total correspondência com as pessoas retratadas nas fotografias recebidas.

De maneira peculiar, esta minúcia não foi comunicada no dia da ocorrência, mas tão somente depois do contato via aplicativo de mensagens, com os seguintes dizeres:

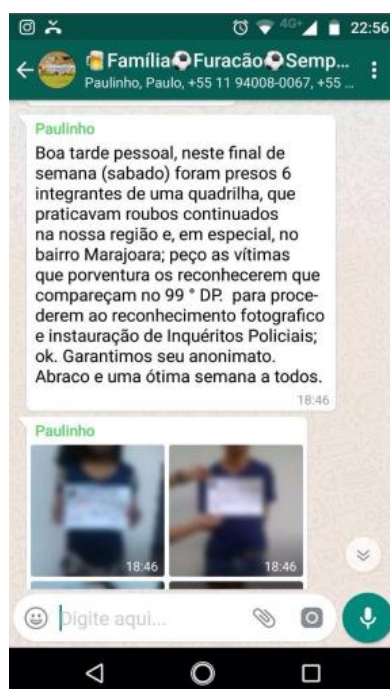


Figura 3 - Captura de tela de conversa em grupo de aplicativo de mensagem. Bárbara é a mulher da primeira foto. Fls. 392 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050.

No referido termo de declaração, Tomas afirma que não teve contato direto com a assaltante do gênero feminino (fls. 28-29 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050), mas que as interações diretas foram todas com os indivíduos homens. Durante a abordagem que durou aproximadamente 3 minutos, relata que permaneceu deitado no chão, sob ordem dos criminosos.

Apesar de ter permanecido deitado no chão, de não ter tido contato direto com a única mulher do grupo de assaltantes e de ter declarado no dia do crime que não conseguia descrevê-los por ter sido muito rápida a ação, chama a atenção a notável memória da vítima que, mesmo dois meses após o evento, identificou Bárbara “com 100% de certeza e sem sombra de dúvidas”.

Da mesma forma, Agatha declara que fora abordada por um integrante do gênero masculino e, portanto, não tivera contato com a mulher do grupo (fls. 35-36 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050). Ainda assim, apontou Babiy como sendo uma das autoras do crime, “com 100% de certeza e sem sombra de dúvidas”.

Em ambos os termos de declaração, de Tomas e de Agatha, constata-se que a foto de Babiy foi a única exibida às vítimas: “e exibindo a foto de Bárbara [...] reconhece sem sombra de dúvida e com 100% de certeza, sendo a pessoa que estava coordenando o local [...]” (fls. 29 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050).

No entanto, em um documento diferente, anexado ao termo de declaração – o auto de reconhecimento fotográfico (fls. 30-34, 37-40 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050) – consta expressamente que foram mostradas fotografias de outras suspeitas também, o que revela incoerência entre as evidências.

Em contrariedade ao artigo 226⁴, do Código de Processo Penal, Babiy, ora suspeita, não foi chamada para proceder ao reconhecimento de pessoa, e a foto utilizada para sua identificação já havia sido visualizada pelas vítimas em conjuntura parcial – por redes sociais

⁴ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

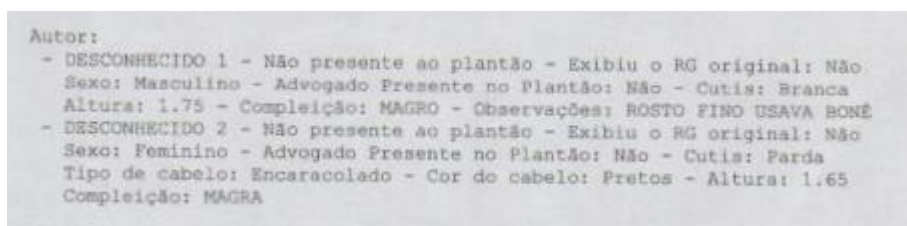
e pelo aplicativo de mensagem. Ato contínuo, desrespeita novamente o Código de Processo Penal, visto que o auto de reconhecimento não foi assinado por duas testemunhas, nos termos do inciso IV, artigo 226.

Posteriormente, em 27 de novembro de 2017, foi expedida ordem de serviço para intimar Bárbara a se submeter ao interrogatório e indiciamento. No mesmo dia, a ordem foi cumprida, em rápida diligência, mas, segundo relata o documento, a jovem não fora encontrada em seu endereço – aquele mesmo onde seria efetuada sua prisão em janeiro de 2018. A investigação foi concluída, dando início ao indiciamento indireto da jovem. Dois dias depois, houve representação pela prisão preventiva dos acusados feita pelo delegado de polícia.

Em 4 de dezembro de 2017, após concluída a investigação do inquérito policial, foi apresentada denúncia pelo representante do Ministério Público do Estado de São Paulo e, em 13 de dezembro de 2017, foi ordenada a expedição de mandado de prisão em desfavor de Bárbara, não obstante ser ré primária, com a seguinte justificativa: “Quanto à corrê BARBARA, a prisão se impõe, ainda, para garantir a aplicação da lei penal, eis que, reconhecida pelas vítimas, não foi localizada para prestar esclarecimentos no Distrito Policial, razão pela qual foi indiciada indiretamente” (fls. 120-121 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050). Enfim, no dia 15 de janeiro de 2018, sua prisão foi efetuada e finalmente Bárbara teve conhecimento de que estava sendo processada criminalmente.

2.1.2 Roubo ocorrido em 26 de setembro de 2017

O relatório de ocorrência nº 2721/2017, do 99º D.P. de São Paulo capital, concernente ao segundo roubo e registrado em 27 de setembro de 2017, narra o crime ocorrido no dia anterior que vitimou dois irmãos: Marcos Magalhães e Adriano Magalhães. Eles narram a abordagem de três indivíduos – uma do gênero feminino –, mas sem descrições pormenorizadas. No documento de ocorrência há somente a descrição de dois suspeitos:



Autor:
- DESCONHECIDO 1 - Não presente ao plantão - Exibiu o RG original: Não
Sexo: Masculino - Advogado Presente no Plantão: Não - Cutis: Branca
Altura: 1.75 - Compleição: MAGRO - Observações: ROSTO FINO USAVA BONÊ
- DESCONHECIDO 2 - Não presente ao plantão - Exibiu o RG original: Não
Sexo: Feminino - Advogado Presente no Plantão: Não - Cutis: Parda
Tipo de cabelo: Encaracolado - Cor do cabelo: Pretos - Altura: 1.65
Compleição: MAGRA

Figura 4 - Trecho retirado do boletim de ocorrência nº 2721/2017. Descrição dos autores do crime. Fls. 8 do processo criminal nº 0107222-81.2017.8.26.0050.

Constata-se que a descrição fornecida em relação à assaltante é vaga e genérica: mulher, com aproximadamente 1,65m de altura, cor de pele “parda” e cabelos pretos encaracolados.

Assim é relatada a ocorrência:

Comparece a vítima informando que conduzia o seu veículo e ao parar no farol do referido endereço que segue a Av Interlagos surgiram três indivíduos atrás das árvores que [sic] de uma praça que há no local. Um deles apontou uma arma de fogo para os ocupantes do veículo (vítima estava acompanhada de seu irmão Adriano) obrigando a estes descerem do veículo e entregar os seus pertences. Dentre os ladrões havia uma mulher, todos aparentando ter pouca idade. (Fls. 9-10 do processo criminal nº 0107222-81.2017.8.26.0050).

À época da ocorrência, nenhum suspeito foi preso em flagrante de delito. O boletim foi lavrado e as vítimas seguiram suas vidas.

Posteriormente, em 9 de novembro de 2017, Marcos e Adriano compareceram à delegacia para realizar o reconhecimento dos suspeitos, dentre eles, Babiy. Não por acaso, somente dois dias após a veiculação da imagem de Bárbara em redes sociais e na reportagem do programa “Brasil Urgente”. Não constam informações no inquérito de notificação para que Babiy fosse chamada ao reconhecimento, conforme determina o artigo 226 do Código de Processo Penal, já mencionado.

Nesse sentido, o reconhecimento se deu por meio de fotografias que já haviam sido anteriormente observadas pelas vítimas em circunstâncias parciais: em redes sociais⁵ e em TV aberta.

Assim, foi lavrado novo termo de declaração (fls. 42-45 do processo criminal nº 0107222-81.2017.8.26.0050) em 9 de novembro de 2017. Marcos e Adriano afirmaram que ficaram aproximadamente 30 segundos em contato com os assaltantes. Aqui, Adriano alegou que foi Bárbara quem o abordou e subtraiu seus pertences. Estranhamente, este estreito lapso temporal de 30 segundos foi suficiente para memorizar com precisão o rosto da suposta criminosa, conseguindo identificá-la “com 100% de certeza e sem sombra de dúvidas” 45 dias após o delito.

Segundo consta no aludido termo de declaração, a fotografia de Bárbara fora a única exibida à vítima: “que o declarante visualizando fotográfica [sic] de Bárbara [...] reconhece sem

⁵ Ver imagem 1.

sombra de dúvida e com 100% de certeza, como sendo a moça que o abordou [...]” (fls. 44 do processo criminal nº 0107222-81.2017.8.26.0050).

Contudo, um aspecto peculiar foi a lavratura, em 22 de novembro, de outro documento – desta vez, um auto de reconhecimento fotográfico positivo – em data diversa do termo de declaração realizado por Marcos e Adriano. Neste novo registro, estava expressamente documentando que às vítimas haviam sido mostradas fotografias de outras pessoas além da jovem, mas ainda em desconformidade com o artigo 226, inciso IV⁶ do Código de Processo Penal, uma vez que figurava a assinatura de apenas uma testemunha.

Ademais, em completa similitude com a primeira ocorrência narrada, também em 27 de novembro daquele ano, foi expedida ordem de serviço para intimar Bárbara em seu endereço a fim de que fosse interrogada e indiciada. De igual modo, a ordem foi cumprida no mesmo dia de sua expedição, mas Babiy não foi localizada e não há dados de que novas tentativas de diligenciar foram realizadas. Curiosamente, foi no logradouro desta única diligência infrutífera que Bárbara foi presa semanas depois.

Antes que o dia findasse, houve ainda a conclusão da investigação e o indiciamento indireto da jovem paulistana.

Ao concluir a investigação, o delegado da 99ª D.P. apresentou representação pela prisão preventiva de Bárbara e dos demais suspeitos. No relatório anexado, justifica o pedido do aprisionamento da seguinte maneira: “a barbárie deste crime acometeu de profunda indignação e revolta as vítimas, bem como a comunidade local e todo o povo brasileiro, que clama por Justiça, pois não se pode compreender e tolerar o apossamento de patrimônio alheio mediante grave violência” (fls. 67-68 do processo criminal nº 0107222-81.2017.8.26.0050).

Em seguida, após finalização do inquérito policial, foi oferecida denúncia pelo Ministério Público estadual de São Paulo em face de Bárbara e de outros dois indivíduos pelos crimes de roubo e associação criminosa, no dia 5 de dezembro de 2017. O pedido de prisão preventiva foi acatado em janeiro de 2018, sob a seguinte justificativa do magistrado:

Com efeito, o delito em questão é de extrema gravidade e a custódia cautelar é imprescindível para a garantia da ordem pública, evitando-se novas investidas criminosas, para a perfeita colheita da prova, sem interferência no ânimo de vítima e testemunhas, e para viabilizar a aplicação da lei penal, impedindo-se fuga do distrito da culpa. Expeçam-se mandados de prisão. (fls.88-89 do processo criminal nº 0107222-81.2017.8.26.0050)

⁶ Art. 226. IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e *por duas testemunhas* presenciais.

Neste processo criminal, o mandado de prisão em desfavor de Bárbara foi expedido em 17 de janeiro de 2018. Sucede que a jovem já se encontrava presa, em razão de outro processo em trâmite, originário do relatório de ocorrência nº 10537/2017 que versa sobre o delito cometido no dia 10 de setembro de 2017 às vítimas Tomas Alem Gil, Agatha Nadolsky e sua filha.

2.1.3 Roubo ocorrido em 4 de novembro de 2017

Por fim, existe uma terceira ocorrência, nº 8403/2017, da 98ª D.P, atinente ao roubo do dia 4 de novembro de 2017 – aquele que originou a detenção de Bárbara. Este foi anexado em ambos os processos criminais nos quais Babiyy figura como ré de acusações de associação criminosa e roubo, que se passaram nos dias 10 e 26 de setembro de 2017, acima descritos.

Apesar da apreensão de Bárbara, ela não foi reconhecida pelas vítimas como autora do crime e foi liberada. Entretanto, a jovem foi fotografada sem sua permissão e teve sua imagem atrelada aos crimes indevidamente. O processo criminal advindo deste inquérito não incluiu Bárbara como ré, visto que as vítimas não a reconheceram como uma das assaltantes.

2.2 FASE INSTRUTÓRIA DOS PROCESSO

2.2.1 Processo que resultou na condenação de Bárbara

O referido processo versa acerca do roubo ocorrido no dia 10 de setembro de 2017, cujas vítimas foram Tomas Alem Gil, Agatha Nadolsky e sua filha, constando como réus Felipe, Wesley, William e Bárbara, tramitando na 23ª vara criminal da comarca de São Paulo.

Após a prisão de Bárbara, no dia 15 de janeiro de 2018, o juiz determinou o agendamento da audiência de instrução e julgamento para o dia 17 de abril daquele ano.

Posteriormente, em 15 de fevereiro, a defesa peticionou (fls. 181-210) requerendo o relaxamento da prisão de Bárbara. Resumidamente, foi alegada a total ausência de indícios de autoria e o duvidoso reconhecimento fotográfico, ocorrido dois dias depois da veiculação da imagem de Babiyy em rede nacional, em redes sociais e em aplicativos de mensagens. Ressalta a colaboração da jovem na ocorrência do crime do dia 4 de novembro de 2017 – bem como seu fichamento indevido – e evidencia que não foram encontrados produtos do roubo com a jovem.

Ademais, o advogado aponta a completa impossibilidade de Bárbara fazer parte do bando, visto que se encontrava em outra cidade no momento daquele roubo em 10 de setembro. Frisa que um mero reconhecimento fotográfico eivado de nulidades não sustenta a restrição de

liberdade de um sujeito. Enfim, por se tratar de ré primária, com endereço fixo e ocupação legal, o patrono requereu a liberdade provisória, afirmando que não existiria risco de fuga. Anexou à petição fotos datadas daquele final de semana do dia 10 de setembro e declarações de pessoas que estiveram com a jovem na ocasião.

Com argumentos similares, na data de 18 de fevereiro de 2018 o defensor de Babi também impetrou *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, antes mesmo de obter decisão a respeito de seu pedido realizado nos autos do processo ora explanado. Em 27 de fevereiro, a decisão do tribunal foi publicada, negando o pedido de soltura:

Diante do panorama revelado nos autos, a manutenção da custódia cautelar da paciente revela-se pertinente, sobretudo, por evidente reflexo à gravidade da infração em análise consubstanciada no *modus operandi*, a saber, concurso de agentes e emprego de arma de fogo contra duas vítimas, o que evidencia exacerbada periculosidade e reprovabilidade social da paciente, assim suficientes para caracterização da necessária garantia da ordem pública.

Malgrado o inconformismo manifestado pelo impetrante acerca da ilegalidade da decisão coatora, insta salientar que a autoridade impetrada a fundamentou, pela garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e eventual aplicação da lei penal, bem como pelos fortes indícios de materialidade e autoria. (fls. 271)

Diante desta decisão, o *parquet* se manifestou nos autos, acrescentando à decisão do HC que não vislumbrara vício no inquérito e afirmando que o reconhecimento fotográfico era válido porque não era “manifestamente ilegal” (fls. 343).

Quanto ao pedido de relaxamento da prisão (fls. 181-210) anteriormente feito, o representante do Ministério Público do Estado de São Paulo se manifestou (fls. 215-216) defendendo a manutenção da prisão preventiva, com base em argumentos genéricos de garantia da ordem pública e em virtude do reconhecimento fotográfico. Ainda, alegou que as provas trazidas pela defesa (fotos e declarações testemunhais) não possuíam condão de justificar o relaxamento, por serem passíveis de falsificação.

Em 22 de fevereiro, veio a decisão do juiz:

Em que pesem as alegações da Defesa, a manutenção da prisão preventiva se impõe para garantia da instrução criminal, eis que necessária a presença da acusada em audiência para fins de reconhecimento pessoal, uma vez que, não localizada na fase policial, o reconhecimento foi realizado via fotografias. Assim, presentes os requisitos exigidos pelo art. 312 do Código de Processo, sendo as demais alegações da defesa relativas ao mérito da causa e dependentes de instrução criminal, ao menos por ora, indefiro o pedido de liberdade provisória. (fls. 238)

Pois bem, a defesa tentou comprovar que Bárbara não participou do crime desde logo, em razão de tal argumento ser matéria apreciada a título de absolvição sumária, nos termos

do artigo 415, inciso II⁷ do Código de Processo Penal. Em outras palavras, um réu pode ser absolvido antes da audiência de instrução, interrogatório e demais procedimentos do rito criminal desde que provada a concretização de alguma das possibilidades elencadas no artigo 415. Uma delas é se “provado não ser ele autor ou partícipe do fato”, vide inciso II.

Dito isto, no dia 4 de abril, o juiz decidiu acerca da possibilidade de absolvição sumária confirmando o recebimento da denúncia, afirmando que as alegações da defesa se relacionam com o mérito e, por conseguinte, reservadas ao momento processual da instrução. Ou seja, aquilo levantado pela defesa iria além das previsões do artigo 415. Quanto ao argumento de nulidade do inquérito e ao pedido de liberdade provisória, o juiz entendeu que:

Não há que se falar em nulidade dos autos do Inquérito Policial, em virtude do reconhecimento fotográfico, eis que o reconhecimento nos moldes do artigo 226 do Código de Processo Penal deverá ser realizado quando possível, sendo esse, inclusive, o entendimento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo. [...]

Quanto ao pedido de liberdade provisória formulado pela Defesa de BARBARA, não vislumbrando alteração fática ou jurídica que justifique a revogação da preventiva decretada, ao menos por, mantenho a decisão de fls. 238 por seus próprios fundamentos. (fls. 346)

Em seguida, no dia 17 de abril, a audiência de instrução foi realizada. Em primeiro lugar, o depoimento da vítima Agatha Nadolsky foi colhido (fls. 367-368). Ela novamente reviveu o assalto, mas desta vez acrescentando detalhes que não haviam sido introduzidos na ocorrência relatada no dia do crime. Descreveu a abordagem de cinco indivíduos: “dentre eles havia uma moça que durante o assalto nada fez ‘só entrou no carro com eles na hora da fuga’” (fls. 251).

Mais adiante, explicou como tivera acesso às imagens de Bárbara e dos demais suspeitos, anteriormente ao reconhecimento fotográfico: “reside em um condomínio com blocos de apartamento com grupo de segurança do whatsapp dos moradores; um deles, delegado de polícia que acabou por exibir imagens à depoente referentes a roubo similar acontecido na região” (fls. 251).

Apesar da rápida ação e de ter descrito os criminosos vagamente, como “sendo pessoas jovens, sem detalhes de fisionomia”, a vítima insiste que jamais esqueceria dos rostos dos assaltantes – não obstante o considerável lapso temporal entre o delito e o interrogatório.

⁷ Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal; IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Também depuseram dois policiais civis que reforçaram aquilo descrito nas ocorrências (fls. 369-370).

Ademais, em virtude do não comparecimento das outras testemunhas, a audiência foi remarcada para o dia 28 de maio. Nesta data, foram ouvidas duas pessoas que estavam com Bárbara no dia 10 de setembro, em Guarujá, litoral paulista (fls. 463-474); uma delas era o rapaz que havia levado Babiy de carona, no dia 9 de setembro de 2017 à noite; e a outra uma jovem modelo que esteve com Babiy na praia, no dia 10. De maneira inequívoca, afirmaram estar com a jovem durante todo o sábado (dia 10), bem como atestaram que ela havia chegado no litoral na noite do dia anterior e retornado à capital no dia 11, à noite. As testemunhas também alegaram que existiam fotos e vídeos corroborando todo o alegado.

A segunda vítima, Tomas, depôs nesta audiência (fls. 475-482) e é possível constatar incongruências em suas alegações. Em primeiro lugar, e em contradição com o que fora dito na delegacia no dia 10 de setembro, quando perguntado sobre a quantidade de homens, a vítima responde “Acho que eram duas meninas e três meninos, eu achei até que eram menores” (fls. 264). Indagado sobre o que a mulher fazia, a resposta foi de que ela apenas acompanhou a ação e, na verdade, quem o abordou foram dois homens. Quanto ao reconhecimento, negou ter realizado pessoalmente e justificou “até porque, na situação eu fui o cara que teve que ficar deitado olhando para o chão” (fls. 266).

Ademais, a juíza questionou se ele havia sido informado pela polícia acerca da prisão de suspeitos em razão da prática de delitos similares e a resposta foi positiva:

A gente só foi na delegacia próxima de casa para fazer o reconhecimento porque uma... a gente, no prédio que a gente mora tem um grupo de WhatsApp, no prédio não teve vítimas, mas espalhou-se pela nossa região que os assaltos estavam sendo feitos e eu fiquei sabendo através desse grupo que outro roubo tinha sido feito ali no bairro, até que um delegado ou alguém da delegacia próxima de casa chegou no nosso grupo e eles estavam pedindo para, quem foi vítima, se dirigir até a delegacia. (fls. 267)

Em seguida, a juíza inquiriu o que ele tinha a dizer acerca da mulher; respondido por um genérico e impreciso “eu lembro dela” e “[ela] estava acompanhando” (fls. 268).

Dada a palavra aos defensores, foi perguntado quantas fotografias de mulheres foram exibidas para o reconhecimento, da qual destaca-se a resposta da vítima: “algumas, o rosto dessa era, *me foi bem familiar por causa dos cabelos* (sic), da outra menina eu reconheci uma na delegacia, uma outra, se não me engano, estamos falando de setembro, mas eu não a vi aqui” (grifo nosso, fls. 269).

Em suma, declarou em depoimento que não foi abordado pela mulher do grupo; que a ação foi muito rápida; que logo se deitou no chão e, portanto, sua visão foi prejudicada; que a criminosa estava posicionada atrás dele (fls. 270); que efetuou o reconhecimento fotográfico dois meses após o evento; que já havia visualizado a foto de Bárbara anteriormente e que, na ocasião, afirmava-se que ela era uma criminosa da região.

Bárbara também deu sua declaração neste dia (fls. 483-488); disse que conhecia dois dos corréus – um era seu irmão e outro seu primo. Foi questionada acerca de sua escolaridade e ocupação; negou participação no roubo e declarou que estava em Guarujá no dia e hora do delito, com duas testemunhas que depuseram. Os três depoimentos são coesos, uma vez que descrevem a mesma rotina: chegaram na sexta à noite, acordaram no final da manhã do sábado, tomaram café e foram à praia, onde ficaram por todo o período vespertino. Depois gravaram vídeos de dança e retornaram à casa do empresário (que depôs confirmando tudo). Ademais, negou envolvimento anterior com a polícia e reiterou que não fora chamada para a delegacia, nem para o reconhecimento e nem para se defender das acusações. Não foram encontrados pertences do roubo com ela.

Também depuseram os demais corréus: Renato, Felipe, William e Wesley. Destes, os últimos dois conheciam Babiy; respectivamente, seu primo e irmão. No entanto, não há indícios de associação para cometer crimes. Wesley confessou participação no crime, mas negou o envolvimento dos demais corréus; alegou que atuou com um grupo de menores. Ainda em seu testemunho, declarou que os policiais afirmaram que iriam forjar para a irmã dele, Bárbara. Os outros acusados negaram qualquer envolvimento com o crime.

Além disso, Felipe e William fizeram uma denúncia de uma grave violação ao princípio do devido processo legal: foram impedidos de contatar (fls. 491, 502) seus respectivos advogados quando assim solicitaram ao delegado de polícia.

No dia 30 de maio, após a conclusão da fase instrutória, o Ministério Público estadual, em suas alegações finais, pediu a condenação de todos os acusados. Quanto a Bárbara, não se convenceu com as fotos e testemunhos em sua defesa, se limitando a refutá-los com base nas declarações das vítimas e dos policiais que reproduziram aquilo que havia no inquérito.

Por sua vez, no dia 16 de junho, a defesa em sede de memoriais alegou que o reconhecimento fotográfico é uma prova fruto de árvore envenenada, em função de decorrer de uma divulgação caluniosa da jovem por parte da polícia em aplicativos de mensagens. Reforça que as vítimas foram influenciadas por informações inflamatórias e, por conseguinte, seus

testemunhos são questionáveis – o pilar da acusação era um reconhecimento problemático. Finalmente, insiste no álibi sólido de Babiy, corroborado por testemunhas, fotos e vídeos.

Em 10 de agosto de 2018 sobreveio, enfim, a sentença.

2.2.2 Processo que resultou na absolvição de Bárbara

Trata-se da acusação referente ao roubo ocorrido em 26 de setembro de 2017, cujas vítimas foram os irmãos Adriano Magalhães e Marcos Magalhães, tramitando perante a 21ª vara criminal da comarca de São Paulo, com os réus Felipe, Renato, Wesley e Bárbara.

No dia 18 de fevereiro de 2018, o advogado contratado por Babiy solicitou (fls. 98-101) relaxamento da prisão preventiva, anexando dois documentos: um comprovante de ocupação lícita e outro de residência fixa na comarca de São Paulo, a fim de demonstrar que não havia risco de fuga.

Houve despacho decisório (fls. 110-111), em 2 de abril, designando audiência de instrução para maio daquele ano, e apreciando o pedido de revogação da prisão. Na decisão, a juíza indeferiu o pedido, fundamentando-o da seguinte maneira: “Indefiro o pedido de liberdade provisória feito em relação à ré Bárbara, uma vez que foi reconhecida por foto por uma das vítimas, trata-se de delito extremamente grave, e sua liberdade pode inviabilizar a possibilidade de reconhecimento em juízo” (fls. 110).

Ato contínuo, em 13 de maio de 2018, o patrono de Babiy apresentou resposta à acusação (fls. 195-203) atacando principalmente a (i)legalidade do reconhecimento por fotografia e os frágeis indícios de autoria. Embasado em doutrina e em jurisprudência do TJ-SP, questionou a manutenção da prisão, fundamentada tão somente no reconhecimento por fotografia, mesmo sem terem sido encontrados com Bárbara quaisquer produtos do roubo.

Em seguida, o advogado questionou a legalidade do próprio ato, uma vez que a fotografia que originou o reconhecimento foi obtida de forma ilegal, por meio de uma detenção indevida. Relacionou o direito constitucional à presunção de inocência com o indiciamento indireto, suportado pela jovem e, por último, ressaltou que as vítimas foram influenciadas pela matéria jornalística veiculando Bárbara como criminosa.

Os trâmites processuais tiveram prosseguimento – pendente de julgamento a resposta à acusação. A audiência fora adiada para o dia 26 de junho e, no dia anterior, a defesa de Babiy pediu a inclusão do depoimento da vítima Agatha Nadolsky, vítima do outro roubo ao qual Babiy estava sendo acusada em virtude da relevância da declaração. A vítima trouxe à

lume detalhes não especificados na data da ocorrência, por exemplo, apontou a função de cada criminoso no assalto e forneceu descrições físicas específicas em total correspondência com as fotos visualizadas nas redes sociais, antes do reconhecimento.

É notória a própria asserção de Agatha: “ao ser indagada no DP por ocasião da lavratura do Bo, descreveu pormenorizadamente os bens subtraídos, *descrevendo os assaltantes como sendo pessoas jovens, sem detalhes de fisionomia*” (grifo nosso, fls. 367).

De modo similar, foi juntado ao processo ora analisado o testemunho em juízo da segunda vítima do roubo, Tomas Alem Gil, esposo de Agatha Nadolsky. O depoimento de Tomas foi marcado pela incoerência e confusão. Ele mesmo admitiu que se tratavam de acontecimentos de setembro, isto é, distantes daquele dia e de difícil lembrança. Foi incongruente quanto ao número de assaltantes e esquivo, ressaltando que estava deitado com a face para o chão, prejudicando sua visão da fisionomia dos envolvidos.

Outrossim, de volta a este processo, parte da audiência, os depoimentos das vítimas e da testemunha de acusação foram documentados em formato audiovisual, não reduzidos a termo, razão pela qual não se pode realizar análise.

Quanto aos pedidos formulados pela defesa de Bárbara, a juíza apreciou o pedido de revogação da prisão preventiva: “por fim, observo que, na data de hoje [26 de junho de 2018], *uma das vítimas reconheceu a ré com 80% de certeza (sic), não havendo motivos que autorizem a revogação da prisão*” (grifo nosso, fls. 281). Em 1 de agosto de 2018 foi encerrada a instrução.

Pouco antes da sentença, mas após apresentar as alegações finais, a defesa juntou ao processo um laudo pericial (fls. 431-463) das imagens que corroboravam o álibi de Bárbara no dia 10 de setembro. A defesa explica que, apesar de os fatos serem referentes a outro processo, ambas as ações penais são decorrentes do mesmo relatório de investigação e denunciam a atuação de uma quadrilha.

O mencionado laudo comprovou indubitavelmente, por meios técnicos aproveitados por perito credenciado, que Barbara estava onde alegara estar: no litoral paulista, a 96 km de distância do roubo ocorrido no dia 10 de setembro. A partir da análise de fotos, extratos bancários e provas testemunhais, é possível constatar inquestionavelmente o paradeiro da jovem.

A sentença foi publicada no dia 12 de novembro de 2018 e será analisada em seguida.

2.3 AS SENTENÇAS

A sentença do processo nº 0107222-81.2017.8.26.0050, referente ao roubo ocorrido no dia 26 de setembro de 2017, com vítimas Marcos e Adriano Magalhães, foi prolatada em 12 de novembro de 2018. Quanto à alegação de nulidade do reconhecimento fotográfico, a juíza assim decidiu: “Anoto, por fim, que não há nulidade em função da forma como os réus foram reconhecidos. O cumprimento do disposto no inciso II do art. 226 do Código de Processo Penal deve ocorrer “*se possível*”, como diz a própria letra da lei” (fls. 496).

Para corroborar seu entendimento, a juíza deu suporte à decisão com fulcro em julgados de cortes superiores, dos quais se destacam:

Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato.

[...]

A jurisprudência desta Corte é de que o descumprimento às disposições do art. 226 do CPP constitui irregularidade, exigindo demonstração concreta de prejuízo para o reconhecimento da nulidade. (fls. 496-498)

A despeito de Bárbara ter passado os últimos 10 meses encarcerada tão somente em razão do reconhecimento fotográfico, a juíza assevera que “não houve demonstração de efetivo prejuízo aos réus, sobretudo diante do vasto conjunto probatório coligido” (fls. 498).

No tangente à possibilidade de testemunhos inverídicos pelas vítimas, isto é, quanto à possibilidade de os reconhecimentos serem equivocados, a juíza entende que “não há motivos para se duvidar das declarações das vítimas, pois não teriam interesse em incriminar falsamente pessoas que não conhecem” (fls. 500).

Por fim, o veredito final de Bárbara neste caso:

Embora a vítima tenha dito na delegacia que não tinha dúvidas em reconhecê-la, em juízo hesitou, dizendo poder dar 80 por cento de certeza no reconhecimento. Além disso, não houve prisão em flagrante da ré por estes fatos. Assim, não é possível afirmar com certeza se a ré participou ou não do roubo ora analisado, devendo ser aplicado, também em relação a ela, o princípio *in dubio pro reo*.

Isto posto. **ABSOLVO FELIPE** [...] e **BÁRBARA QUIRINO DE OLIVEIRA**, qualificados nos autos, das imputações que lhe foram feitas com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. (fls. 505)

O representante do Ministério Público do Estado de São Paulo não interpelou recurso contra esta sentença, proferida em 12 de novembro de 2018, transitando em julgado na data de 23 de novembro de 2018.

Quanto ao processo nº 0107223-66.2017.8.26.0050, cujo trâmite se deu na 21ª vara criminal da comarca de São Paulo, originado do assalto ocorrido no dia 10 de setembro de 2017, com as vítimas Tomas Alem Gil e Agatha Nadolsky, Babiy foi condenada a 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo majorado por uso de arma de fogo e por concurso de agentes.

Munido de argumentos semelhantes àqueles utilizados pela juíza do outro processo, relativo à arguição de reconhecimento fotográfico eivado de nulidade, o juiz assim julgou:

O reconhecimento, nos moldes do artigo 226 da Lei de Ritos é recomendação, a ser adotada quando possível, e que não exclui a mesma diligência, ainda que realizada com exibição de fotografia de suspeito para as vítimas e testemunhas, nos termos do artigo 6º, inciso III do mesmo diploma adjetivo mencionado (fls. 588).

Ademais, em relação ao alibi de Bárbara, o juiz não restou convencido:

O que se percebe em meridiana leitura das narrativas daquelas testemunhas, a imprecisão quanto às datas e horários nos quais Bárbara estaria no litoral, acompanhada de terceiros.

O que se verifica também da prova documental é a mesma imprecisão, porque dela não se pode extrair qualquer dia e horário de postagem das mensagens juntadas, provenientes de mensageria de Bárbara, quando estivesse no município mencionado. (fls. 590-591)

Portanto, Bárbara e os dois corréus foram condenados a 5 anos e 4 meses de reclusão. Na dosimetria (fls. 591-592), o juiz aplicou a causa de aumento de pena de arma de fogo⁸ a todos os três, ou seja, todos os acusados foram condenados ao mesmo *quantum* de pena, embora tenha ficado claro pelas evidências e testemunhos que apenas um dos integrantes do bando portava a arma de fogo. Ainda, o juiz fixou o regime inicial fechado: “iniciarão o desconto das reprimendas corporais em regime fechado, único afeto aos praticantes da criminalidade violenta, como o roubo armado em comparsaria, consoante iterativa orientação jurisprudencial” (fls. 593).

Em virtude disso, o advogado de Babiy interpelou recurso, em 28 de outubro de 2018. Bárbara continuou a cumprir uma reprimenda que não era sua durante 2 anos e 4 meses. Somente em 13 de maio de 2020 a apelação foi julgada; a justiça finalmente prevaleceu e Bárbara foi absolvida do roubo.

⁸ Art. 157, §1º. Atualmente revogado.

3 QUESTÕES PROBLEMÁTICAS

Após a exposição dos fatos, passa-se à análise crítica de três momentos processuais basilares dos processos criminais: o reconhecimento fotográfico, a ordem da prisão preventiva e a decisão condenatória. Tal exame possui respaldo no acervo probatório disponível nos autos, na doutrina penal e no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na Constituição da República Federal Brasileira de 1988 (CFRB/88) e no Código de Processo Penal (CPP).

Antes do estudo, no entanto, cumpre explicar algumas diretrizes gerais do processo penal brasileiro. Para compreender as engrenagens do procedimento criminal, é necessário entender o sistema processual penal no qual o Brasil está inserido. Fala-se em três sistemas processuais penais, dos quais o utilizado no Brasil seria o terceiro, denominado de Misto – uma mistura entre os dois primeiros.

Nesse sentido, primeiramente há o sistema inquisitório: trata-se de um sistema surgido na Idade Média, sob forte interferência da Igreja Católica, aliado às penas corporais conhecidas como suplícios. Nele o juiz atua como senhor soberano (LOPES JÚNIOR, 2016, p.26) do processo, isto é, concentra as funções de acusação e de julgamento. O processo e seus procedimentos não são de conhecimento popular, por vezes sequer de conhecimento do acusado – mero objeto que evidencia a inexistência do contraditório – que permanece encarcerado obrigatoriamente durante toda a duração dos trâmites. Ainda, as provas possuem valoração fixa, sendo a confissão considerada como a prova suprema.

Aury Lopes Júnior (2016) sintetiza a essência do sistema inquisitório: “portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu” (p. 26).

Lênio Streck (2012) afirma que o sistema ou princípio inquisitório possui como núcleo o sujeito ou “senhor dos sentidos” (p. 45): “no ‘sistema inquisitivo’, a prova depende do ‘inquisidor’ [...], a prova depende do sujeito. A prova é a ‘coisa’. Essa ‘coisa’ depende da visão de mundo do sujeito. Em outras palavras, a prova depende do que pensa o juiz” (p. 45).

Em contrapartida, surge o sistema acusatório, mais adequado ao espírito constitucional atual, no qual predomina a separação de funções e a manifestação do juiz por provocação. Neste modelo, é consolidada a paridade entre as partes, bem como o direito ao contraditório e, ao contrário do primeiro sistema, o processo dispõe de plena publicidade.

Ademais, desaparece a valoração estática de provas e se consagra a sentença pelo livre convencimento motivado do juiz, isto é, é estabelecido o sistema da persuasão racional. Aqui, toda decisão deve ser obrigatoriamente fundamentada em plena consonância com o acervo probatório dos autos; o juiz deve pontuar a importância que deu a cada evidência, sem haver hierarquia pré-estabelecida entre elas (TÁVORA; ALENCAR. 2009, p. 319).

A CRFB/88 institui expressamente o dever de fundamentação de todos os atos decisórios, sob pena de nulidade, em seu artigo 93, IX⁹. Tal previsão

serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 57)

Percebe-se, pois, uma mudança de paradigma quanto ao funcionamento do processo penal. Lênio Streck (2012) sustenta que este modelo acusatório garante a aplicação igualitária da lei e substancializa a democracia, visto que limita o poder estatal.

Outrossim, existe o sistema misto que mescla aspectos de ambos os sistemas descritos. A doutrina majoritária classifica o sistema penal brasileiro como misto: inquisitório na fase do inquérito policial, uma vez que não permite o contraditório e acusatório na fase processual, considerando as garantias processuais existentes.

No entanto, o ilustre professor Aury Lopes Júnior entende que, na verdade, o processo penal pátrio é inquisitório e o critica com veemência, especialmente alguns dispositivos que permitem ao juiz a gestão da prova¹⁰. Isto porque “com o domínio pleno das premissas, o inquisidor conduz o resultado para onde quiser” (COUTINHO, 2010, p. 191)

Ora, o Código de Processo Penal foi decretado em 1941, sob o governo ditatorial de Vargas, manifestamente reproduzindo a ideologia fascista presente no italiano Código *Rocco* e que assolou parte da Europa – e em especial a Itália – naquela época. É notável, pois, o cunho inquisitório presente no CPP brasileiro.

⁹ IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹⁰ Notadamente o artigo 156 do CPP.

A respeito disto, Coutinho (2010) assevera que: “o certo, não obstante, é que o CPP configura um Sistema Misto e, deste modo, mantém na base o Sistema Inquisitorial e a ele agrega elementos típicos da estrutura do Sistema Acusatório”. (p. 199).

Nesta esteira, “os juízes, pouco a pouco, mas por um processo que remonta bem longe no tempo, começaram a julgar coisa diferente além dos crimes: a ‘alma’ dos criminosos. [...] O juiz de nossos dias – magistrado ou jurado – faz outra coisa, bem diferente de ‘julgar’”. (FOUCAULT, 2014, pp. 23, 25).

No âmago desta conjuntura inquisitorial Bárbara Querino de Oliveira foi fichada, processada e condenada. Feitas estas considerações, é possível analisar três questões problemáticas de seus processos criminais à luz da criminologia crítica e da teoria das provas com fulcro na Constituição Federal de 1988.

3.1 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

O título VII do Código de Processo Penal é dedicado à disciplina das provas; delimita suas espécies, sua gestão, quando são admissíveis e quando não são. Trata-se, portanto, de mandamentos jurídicos que devem ser cumpridos inevitavelmente. No que tange ao reconhecimento de pessoas, o código é claro: deve ser presencial e deve seguir o rito previsto no artigo 226.

Percebe-se que não há previsão para o reconhecimento fotográfico em lei; na verdade, esta modalidade é uma construção jurisprudencial ancorada no artigo 6º, inciso III do mesmo diploma legal que permite à autoridade policial “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias”. Dessa forma, o reconhecimento por fotografia é incorporado sob a designação de “prova inominada”.

É pacífico nos tribunais superiores, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que não há nulidade do reconhecimento fotográfico quando há ratificação em juízo¹¹. É possível se deparar com diversas decisões do STJ validando a adoção desta prática, afirmando que os dizeres do artigo 226 são “meras recomendações cuja inobservância não causa, por si

¹¹ STJ - AgRg no HC 461.248/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2018, DJe 13/12/2018.

só, a nulidade do ato”¹². Ademais, na ocorrência de nulidade, esta seria relativa, condicionada à demonstração efetiva de prejuízos ao acusado¹³.

Diante disso, na sentença absolutória do processo nº 0107222-81.2017.8.26.0050, relativo ao roubo ocorrido em 26 de setembro com as vítimas Marcos e Adriano, a juíza ao apreciar o argumento de nulidade do reconhecimento por fotografia, entendeu que “não houve demonstração de efetivo prejuízo aos réus, sobretudo diante do vasto conjunto probatório coligido” (fls. 498). Pergunta-se: o que seria efetivo prejuízo e que vasto conjunto probatório seria este? Ora, não foi danoso o suficiente para Babiy permanecer encarcerada durante 10 meses, mesmo inocente? Não é prejudicial ter sua imagem veiculada em rede nacional e em redes sociais associada a graves acusações de roubo? Que acervo probatório “vasto” era este que não foi suficiente para determinar a participação da jovem no assalto, mas bastou para mantê-la presa por quase 1 ano?

Ademais, em consonância com cortes superiores, o juiz do segundo processo, aquele que condenou Bárbara, endossa o entendimento de que o reconhecimento do artigo 226 deve ser realizado “quando possível”, ou seja, uma mera recomendação. Quem determina quando é possível e por quê? A justificativa para não realização do reconhecimento pessoalmente na delegacia é de que Bárbara não fora encontrada no logradouro fornecido; mas ela foi detida na rua de sua casa em 4 de novembro de 2017, segundo constata a ocorrência¹⁴, e posteriormente presa no mesmo endereço em 15 de janeiro de 2018. Na fase do inquérito policial, não era possível diligenciar novamente no endereço da acusada ao contrário de imediatamente partir para o indiciamento indireto? Não é a presunção de inocência uma garantia constitucional, um direito fundamental, o princípio motor do processo penal?

Aury Lopes Júnior assegura que “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente)” (p. 53). Nesta senda, constata-se que Babiy não foi tratada como inocente; pelo contrário, foi “julgada” culpada desde o momento em que fora detida.

Para além disso, o reconhecimento por fotografia realizado é, sozinho, suficientemente questionável, seja pelo momento em que foi realizado (dois meses após os

¹² Citamos uma, mas trata-se de jurisprudência pacífica na corte: STJ - RHC: 81376 MT 2017/0041899-3, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 19/10/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/10/2017.

¹³ STJ - AgRg no RHC: 122685 SP 2020/0006358-5, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 26/05/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/06/2020.

¹⁴ Processo nº 0107223-66.2017.8.26.0050, fls. 25.

fatos), seja pelas evidências científicas de que a memória não é uma fonte confiável. Isto porque a lembrança de acontecimentos não funciona como uma captura estática de tudo aquilo se deu em determinado momento, mas como algo subjetivo cujo foco pode ser desviado em virtude das circunstâncias: “logo que o fato acontece, as pessoas lembram do acontecimento com riqueza de detalhes [...]. Contudo, com o passar do tempo, estes são esquecidos, mas fica a lembrança do momento dramático”. (DI GESU; LOPES JÚNIOR, pp. 101-102, 2008).

Ao esquecimento, soma-se a existência de falsas memórias que ocorrem quando o indivíduo se recorda de acontecimentos de maneira errônea, com elementos adulterados (LOPES JÚNIOR, p. 261, 2016). De acordo com Aury Lopes Júnior, apesar de acreditar piamente que viveu determinada experiência conforme sua memória, alguns aspectos podem ser introduzidos ou esquecidos, modificando-a consideravelmente. Não se confunde com a mentira, que é uma distorção consciente e proposital dos fatos.

Elizabeth Loftus *apud* Di Gesu apurou que “a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos” (DI GESU; LOPES JÚNIOR, p. 104, 2008).

Outros fatores que influenciam a memória são: o tempo de exposição aos agressores, as condições psíquicas das vítimas, a violência do delito, dentre outros (LOPES JÚNIOR, p. 268, 2016). Ainda, Aury Lopes Júnior (2016) ressalta o “efeito do foco na arma” que atrai a atenção da vítima, dificultando a capacidade de lembrança da fisionomia dos assaltantes – especialmente em roubos. Nas duas ocorrências realizadas instantes depois dos roubos, as vítimas foram incapazes de fornecer detalhes a respeito da aparência dos criminosos, limitando-se à cor da pele, ao gênero e à jovialidade.

Para mais, pode-se averiguar a existência de outro efeito que comumente pode ser induzido em reconhecimentos fotográficos e presenciais, o efeito compromisso:

definido quando ocorre uma identificação incorreta (por exemplo, quando a pessoa analisa muitas fotografias e elege erroneamente o sujeito) e posteriormente realiza um reconhecimento pessoal. Nesse caso, o agente tende a persistir no erro, advertindo os autores de que não se deve proceder ao reconhecimento pessoal depois do reconhecimento por fotografias, pois há um risco muito grande de que ele mantenha o compromisso anterior, ainda que tenha dúvidas. (LOPES JÚNIOR, 2016, pp. 268-269)

Na prática, Bárbara foi reconhecida equivocadamente após as vítimas terem sido induzidas a acreditar que ela era uma criminosa que atuava na região sul de São Paulo. Uma

das vítimas hesitou em juízo; o que antes era “100% de certeza e sem sombra de dúvidas” no auto de reconhecimento do inquérito policial, tornou-se “80% de certeza” porque o “cabelo era parecido” (sic) na audiência.

Verifica-se a provável ocorrência de circunstâncias que possibilitam a criação de falsas memórias: houve um roubo com arma de fogo, de ação rápida. Muito depois, aproximadamente dois meses após os fatos, as vítimas receberam imagens de “suspeitos” apreendidos e foram instigadas a reconhecê-los em delegacia. Ao chegarem no Distrito Policial, visualizaram as mesmas fotos que haviam visto anteriormente em aplicativos de mensagens e redes sociais. Daí resultaram os autos de reconhecimento fotográficos positivos.

Demais disso, Aury Lopes Júnior (2016) aborda um item relevante quando se fala no binômio do reconhecimento por fotografia e falsas memórias: os estereótipos de criminosos baseados em concepções discriminantes de raça e classe.

[...] devem considerar as expectativas da testemunha (ou vítima), pois as pessoas tendem a ver e ouvir aquilo que querem ver e ouvir. Daí por que os estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo etc.) têm uma grande influência na percepção dos delitos, fazendo com que as vítimas e testemunhas tenham uma tendência de reconhecer em função desses estereótipos (exemplo típico ocorre nos crimes patrimoniais com violência – roubo – em que a raça e perfil socioeconômico são estruturantes de um verdadeiro estigma). (2016, p. 268)

É notável que a credibilidade de um reconhecimento fotográfico é por si só discutível; contudo, é ainda mais problemático quando avaliados os moldes no qual se desenvolveu o reconhecimento neste caso. Ainda assim, apesar de toda a problemática acima, foi-lhe atribuído um valor probatório desproporcional de intocável, que carregou os trâmites processuais até a sentença.

É, pois, inegável a semelhança com as perseguições inquisitoriais da Idade Média; ao falar sobre o sistema de valoração probatório naquela época, Foucault (2014) explica que

A culpa não começava uma vez reunidas todas as provas: peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Assim, uma meia-prova não deixava inocente o suspeito enquanto não fosse completada; fazia dele um meio-culpado; o indício, apenas leve, de um crime grave, marcava alguém como “um pouco” criminoso. [...] Um suspeito que continuasse suspeito não estava inocentado por isso, mas era parcialmente punido. (p. 44)

Com efeito, a culpa atribuída à Babiyy em função do reconhecimento fez dela integralmente culpada – fundamentou seu indiciamento, sua prisão preventiva e até sua condenação. Durante todo o curso processual, o pilar da acusação pousou exclusivamente sobre este ponto.

No processo inquisitorial, apesar de a confissão ser considerada a mais forte das provas nesse referencial, ela sozinha não bastava para condenar algum acusado, era preciso ser acompanhada de outras evidências que corroborassem a declaração de culpa (FOUCAULT, 2014, p. 41). É importante notar que, ainda que se tratasse de um modelo defasado e arcaico, a condenação não dependia inteiramente de uma única prova – mesmo aquela entendida como mais poderosa. Por outro lado, é impactante que em um sistema acusatório, tido como mais “evoluído” e constituído de garantias processuais, um indício controverso seja capaz de pautar completamente uma perseguição criminal e sua respectiva condenação, sobretudo quando inexistente validação da autoria por outras fontes.

Por sua vez, há autores que defendem a utilização do reconhecimento fotográfico enquanto prova válida. Norberto Avena em seu Curso de Direito Processual (2017) assente que se trata de um meio legítimo, especialmente quando ratificado em juízo; contudo, se não o for, ainda se está diante de uma prova regular, desde que seu valor seja reduzido e que seja acompanhada de outras evidências (p. 410).

Efetivamente, no processo em que Bárbara foi absolvida, roubo relacionado às vítimas Marcos e Adriano, o reconhecimento fotográfico não foi confirmado em juízo; Adriano alegou ter tão somente 80% de certeza que a assaltante era Bárbara e, para além disto, não existiam outras provas que apoiassem seu testemunho – os objetos subtraídos não foram localizados com Babiy. Ora, ou se tem certeza ou não se tem; “80% de certeza” de algo sacramenta a mais absoluta imprecisão, sendo urgente a aplicação do princípio da presunção de inocência.

Ainda que a credibilidade do reconhecimento não fosse duvidosa, o fato de a vítima não o ter revalidado em juízo revela uma gama de dúvidas em relação à acusação imposta a Babiy. A dúvida, como se sabe, deveria militar em favor do réu, vide as garantias constitucionais da presunção da inocência e do princípio do *in dubio pro reu*. Na prática, a teoria não pode ser outra – mas foi.

De modo similar, no processo criminal que condenou Babiy, vítimas Agatha e Tomas, o representante do Ministério Público do Estado de São Paulo admite que o reconhecimento fotográfico não constitui prova absoluta, mas deve ser utilizado em conjunto com outros indícios de autoria (fls.343). No entanto, o representante ministerial sequer faz menção a outras fontes probatórias. Afinal, nenhum produto do roubo havia sido encontrado em posse de Bárbara – ré primária, com ocupação lícita e moradia fixa. Além disso, a jovem

possuía um sólido álibi para o momento do crime lastreado em testemunhas, fotos e vídeos: sua presença no litoral paulista, a 96km de distância do local do roubo.

Em ambos os casos, a identificação realizada pessoalmente na audiência deriva diretamente daquela realizada na delegacia por meio de fotografias; é uma prova viciada, possivelmente influenciada pelo “efeito compromisso”. Em função disto, trata-se de uma evidência permeada de incertezas e na incoerência de outras que a suportem, deveria prevalecer a dúvida em favor de Barbara.

A dubiedade do reconhecimento por fotografia e a sede pela punição de uma mulher negra são sintomas de um Estado policial caracterizado pela seletividade penal e pelo encarceramento em massa. A relação desta sistemática racista será desenvolvida no próximo capítulo, mas, por enquanto, são examinadas suas consequências.

3.2 A PRISÃO PREVENTIVA

Nos dois processos criminais em face de Babi houve determinação de prisão preventiva, conforme relatado anteriormente. No tocante ao processo em que Bárbara foi condenada, a fundamentação para a restrição de liberdade da jovem é justificada exclusivamente “para garantir a aplicação da lei penal, eis que, reconhecida pelas vítimas não foi localizada para prestar esclarecimentos no Distrito Policial, razão pela qual foi indiciada indiretamente” (fls. 120-121 do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050).

De modo semelhante, no processo em que a jovem paulistana foi absolvida, a ordem de prisão preventiva foi fundamentada em razão da “extrema gravidade”¹⁵ do delito, da garantia da ordem pública, da prevenção do cometimento de novos crimes, da perfeita colheita da prova e para impedir a fuga.

A previsão legal que legitima a adoção desta medida cautelar é o artigo 312 do Código de Processo Penal. Nele está disposto que a prisão preventiva pode ser decretada como garantia da ordem pública e/ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes provas do crime e indícios suficientes da autoria, bem como comprovado o perigo de o acusado responder em liberdade. O primeiro parágrafo acrescenta que também poderá ser decretada quando descumprida qualquer obrigação proveniente de outras medidas cautelares. Por fim, o parágrafo segundo estipula que a decisão

¹⁵ Processo criminal nº 0107222-81.2017.8.26.0050. Fls. 88-89.

que impor a prisão preventiva “deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Portanto, para a decretação da prisão preventiva é necessário que seja comprovado o *fumus commisi delicti*, isto é, a prova de existência do crime, junto com o *periculum libertatis* que é o indício suficiente de autoria atrelado à demonstração de que o acusado oferece perigo à sociedade ou à investigação se permanecer solto (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 315).

Nesse sentido, trata-se de uma medida cuja finalidade é processual¹⁶ e não pode ser confundida com a antecipação de pena, de maneira a não lesar o princípio da presunção de inocência (AVENA, 2017, p. 664). Em consonância a isto, a prisão preventiva possui caráter excepcional e sua utilização deve se dar tão somente em último caso, em função de circunstâncias específicas. Para tanto, o Código de Processo Penal traz em seu bojo um rol com nove medidas alternativas à prisão no artigo 319. Somente se absolutamente impossível de se adotar providências cautelares diversas é que se deve aplicar a prisão preventiva:

Art. 282. § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Mais uma vez, a prática diverge da teoria: em ambas as decisões dos processos criminais aos quais Bárbara respondeu, a fundamentação sequer citou a possibilidade de aplicação de medidas diversas. De maneira superficial, foram lastreadas em fundamentos genéricos previstos no artigo 312, sem concatena-las com aspectos específicos do caso.

O primeiro fundamento apresentado para a decretação da prisão preventiva de Babiy no processo em que foi absolvida foi a “extrema gravidade do delito” (fls. 88-89, do processo criminal nº 0107222-81.2017.8.26.0050), sem relacioná-lo com os fatos. Contudo, o entendimento da juíza é contrário à sólida jurisprudência¹⁷ nacional das cortes superiores; tanto

¹⁶ Por isso que a prisão preventiva também é conhecida pela denominação de prisão processual.

¹⁷ Vide julgados exemplificativos: STJ - HC: 406009 SP 2017/0156639-0, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 22/08/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2017; STJ - HC: 406009 SP 2017/0156639-0, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 22/08/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2017; e STJ - HC: 549531 SP 2019/0361867-3, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 11/02/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/02/2020.

o STF quanto o STJ já julgaram que a invocação da gravidade abstrata do delito não possui condão para justificar a prisão preventiva.

Nessa seara, a mencionada alegação deve ser acompanhada de outras evidências que sustentem a necessidade da restrição cautelar. Lênio Streck (2012) assevera que:

a gravidade do crime exige um maior esforço por parte do juiz que exara o decreto prisional, uma vez que ele terá o dever de motivar sua decisão de modo a convencer toda comunidade política de que não é apenas porque o crime é considerado socialmente “grave” que a prisão será decretada, mas, sim, que há motivos jurídicos – e não políticos, econômicos ou morais – autorizadores dessa prisão. (p. 74)

Além disso, Streck (2012) afirma que a decretação da prisão preventiva não é o momento processual adequado para esta verificação: “há um iter argumentativo até se chegar a consideração de que um crime é grave [...]. A gravidade do crime é o último elo da reconstrução institucional de um caso concreto” (p. 74).

Para mais, também no processo em que Babiy foi absolvida, outro motivo que fundamentou a sua prisão preventiva foi a “garantia da ordem pública”; no entanto, a simples menção abstrata deste argumento não sustenta, sozinho, a restrição cautelar (AVENA, 2017, p. 669). O Supremo Tribunal Federal (STF) possui entendimento firmado (HC 97.688, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe 27.11.2009) de que a prisão processual deve ser aplicada quando o réu apresentar extrema periculosidade, apurando-se aspectos do delito, especificamente o *modus operandi*, sendo insuficiente a mera arguição da defesa da ordem pública.

Dessa forma, o fundamento deve ser acompanhado de provas cabais que evidenciem o grave perigo de o acusado permanecer livre – sua periculosidade. É nessa esteira que entendeu o ministro Eros Graus quando concedeu a ordem no *Habeas Corpus* nº 95.009-4/SP, em que foi relator:

a custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera suposição – vocábulo abundantemente usado na decisão que a decretou – de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo. Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extrema. (p. 29)

No presente caso, ainda se considerado que Bárbara havia participado da ação criminosa, não há que se falar em “extrema periculosidade”. Com efeito, a integridade física das vítimas não foi comprometida visto que não houve agressão, brutalidade ou qualquer outro indicativo de alta periculosidade. Além disso, apesar de um dos suspeitos ter portado arma de

fogo para ameaça-las, consta na ocorrência que o indivíduo que estava com a pistola era do gênero masculino – logo, não poderia ter sido Babiy.

Em seguida, foi utilizada a justificativa da “prevenção de cometimento de novo crime”. Ora, a prevenção geral e específica de crimes constitui uma das finalidades da pena e, portanto, é incompatível com uma prisão processual, uma vez que pressupõe uma sentença condenatória transitada em julgado (LOPES JÚNIOR, 2016, pp. 348-349).

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. (LOPES JÚNIOR, p. 350)

Ato contínuo, a juíza também motiva sua decisão com o intuito de assegurar a “perfeita colheita da prova” associada à conveniência da instrução criminal, presente no *caput* do artigo 312. Em tese, deve ser apoiada em fundado receio de que o acusado adultere, oculte ou destrua evidências relacionadas ao crime, bem como de que intimide as testemunhas (AVENA, 2017, p. 671).

Ao analisar o acervo probatório dos autos, em especial as ocorrências realizadas, é razoável inferir que não havia risco de sabotagem na investigação por parte de Bárbara. Não havia, nesse sentido, fundado receio de interferência na colheita da prova visto que não havia nos autos sinais que demonstrem que a jovem iria adulterar alguma evidência ou dispunha de meios para amedrontar as vítimas.

Finalmente, em ambas as decisões foi empregado um fundamento em comum: a aplicação da lei penal, isto é, a coibição de fuga. Nesta senda, a fim de amparar a prisão preventiva, o risco de evasão aduzido deve ser concreto (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 342); deve haver nos autos evidências que expliquem o perigo.

No tocante ao processo em que Bárbara foi condenada, a aplicação da lei penal foi a única justificativa trazida pelo juiz, em virtude da não localização de Bárbara para prestar esclarecimentos na delegacia, resultando em seu indiciamento indireto. Contudo, há de se questionar a razoabilidade deste fundamento: ora, Babiy sequer sabia da existência de uma persecução criminal em seu desfavor, como apresentaria risco de fuga a respeito de algo que não tinha conhecimento?

É verdade que Bárbara não foi localizada em sua residência no dia 27 de novembro de 2017, em diligência efetuada para submetê-la ao interrogatório, no entanto, o fato de não ter sido encontrada é indício de risco de fuga? Mesmo quando consideramos que a jovem não sabia da acusação levantada em seu desfavor? É possível ancorar uma suspeita de fuga puramente em uma única diligência policial frustrada?

Por último, um argumento comumente levantado para justificar as restrições cautelares é a alegação de clamor público. Apesar de não haver previsão legal, foi utilizado pelo delegado de polícia, quando apresentou representação pela prisão preventiva (fls. 67-68, processo nº 0107222-81.2017.8.26.0050) de Bárbara.

Na verdade, o “clamor público” ora alegado foi metodicamente construído em conluio com programas policiais televisados de maneira imprudente. O que ocorre é a criação de um verdadeiro “circo” em torno de ações policiais para daí extrair uma “matéria” jornalística, atizando a opinião pública a revoltar-se contra crimes e supostos criminosos estereotipados, sem quaisquer provas cabais – por vezes, contando com colaboração da própria instituição policial que concede informações.

As imagens da apreensão de Bárbara foram veiculadas e, sem qualquer embasamento, a jovem foi noticiada como integrante de uma quadrilha que praticava roubos na região. Curiosamente, a reportagem não foi desmentida quando Babi foi liberada em virtude de não ter sido reconhecida pelas vítimas.

Nesse contexto, Nilo Batista (2002) aponta para a existência de uma lente ideológica (p. 4) que veste o olhar midiático quando este se posiciona sobre determinado fato, pautada no tabu de que “se a desgraça sobreveio, é certo que houve infração” (p. 4). O autor atesta a relevância dos âncoras que narram o enredo fabricado, exagerando no tom dramático, com finalidade de manobrar a opinião pública, seja para a aprovação dos fatos e personagens ou para sua reprovação:

Este primeiro momento no qual uma acusação a alguém se torna pública não é absolutamente neutro nem puramente descritivo. A acusação vem servida com seus ingredientes já demarcados por um olhar moralizante e maniqueísta; o campo do mal destacado do campo do bem, anjos e demônios em sua primeira aparição inconfundíveis. (BATISTA, 2002, p. 14)

O sensacionalismo midiático em torno dos roubos que Bárbara foi acusada de cometer foi diversas vezes levantado por seu advogado e possui considerável relevância para apreciação dos reconhecimentos realizados pela vítima: é um fator evidentemente indutor.

Tendo como base as provas à disposição dos juízes no momento processual da decretação da prisão preventiva à luz da Constituição Federal de 1988, do Código de Processo Penal, da doutrina e da jurisprudência, entendemos como problemáticas a imposição da restrição cautelar no presente caso.

Ainda mais questionáveis são as decisões que negaram os pedidos feitos pela defesa de Bárbara para que a jovem pudesse responder em liberdade, aplicada medida cautelar diversa, à vista de que foram anexados ao processo evidências que a distanciavam mais ainda da prisão processual: comprovante de ocupação lícita, endereço fixo na cidade, álibi coerente, dentre outros.

3.3 A CONDENAÇÃO

Antes de analisar a condenação, cumpre destacar os motivos que levaram a juíza a absolver Bárbara no processo nº 0107222-81.2017.8.26.0050, relativo ao roubo do dia 26 de setembro com as vítimas Marcos e Adriano Magalhães. Em suma, o princípio do *in dubio pro reo* prevaleceu: embora a vítima tenha reconhecido a jovem na delegacia, hesitou quando depôs em juízo afirmando ter somente 80% de certeza que Babi era a assaltante; demais disso, salientou que não houve prisão em flagrante. Por estes motivos, a juíza assevera que não há como determinar com certeza se a jovem havia participado do crime e, portanto, absolve-a.

Por sua vez, a sentença que condenou Bárbara é diametralmente oposta; a condenação se dá com fulcro no que fora apurado na fase investigativa e, principalmente, na fase instrutória do processo. O juiz não se convenceu do álibi da jovem: no que tange às testemunhas, asseverou a existência de imprecisão quanto às datas e horários em que ela esteve no litoral paulista; concernente aos documentos, também afirmou que eram imprecisos. Assim, concebeu que Bárbara não conseguiu se desincumbir do ônus que lhe cabia: provar seu álibi.

Por conseguinte, ao avaliar a suposta conduta de Bárbara e dos corréus, o juiz relatou que “[as vítimas] indicaram Willian como sendo aquele que se colocou à frente do automóvel, apontando-lhes a arma de fogo, enquanto Wesley abordou a vítima mulher, dela exigindo a entrega dos bens, enquanto Bárbara a ambos dava cobertura” (fls. 590 do processo

criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050). Em razão disto, o julgador entendeu que a suposta conduta de Babiý no delito merecia o “reproche penal” por ter alegadamente atuado como “comparsa” dos assaltantes, dando-lhes cobertura (fls. 591 do mesmo processo criminal).

Nessa conjuntura, em atenção ao artigo 59 do Código Penal¹⁸, a pena-base de Babiý e dos outros dois corréus foi fixada no mínimo legal para o crime de roubo, isto é, 4 anos de reclusão. Contudo, houve majoração do *quantum* penal em um terço, à vista do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo. Dessa forma, Bárbara foi sentenciada a 5 anos e 4 meses de reclusão inicialmente cumprida em regime fechado, pena idêntica fixada aos outros dois réus: “Iniciarão o desconto das reprimendas corporais em regime fechado, único afeto aos praticantes da criminalidade violenta, como o roubo armado em comparsaria” (fls. 593, processo nº 0107223-66.2017.8.26.0050).

Para sustentar o início do cumprimento em regime mais gravoso do que aquele previsto em lei, mais especificamente no artigo 33 do Código Penal¹⁹, o magistrado cita uma única jurisprudência do STJ, datada de 2012. Ao julgar um *Habeas Corpus*, a corte superior justificou a imposição do regime mais austero “com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor na resposta penal, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo e do concurso de pessoas, circunstâncias que evidenciam a acentuada periculosidade do paciente” (STJ - 5ª Turma, HC n.º 223.771/SP, Rel. Min. Março Aurélio Bellizze, DJe 01/6/2012).

Primeiramente, destaca-se a importância depositada às informações colhidas na fase do inquérito policial. Vale lembrar que todas as provas daquela fase não foram reunidas sob o crivo do contraditório, ou seja, Bárbara não pôde efetivamente se defender ou ser ouvida em relação às acusações que lhe foram imputadas.

¹⁸ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

¹⁹ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. [...] § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...] b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; [...] §3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Nesse aspecto, Aury Lopes Júnior em sua obra “Direito Processual Penal”, de 2016, aponta o seu entendimento de qual seria a verdadeira função dos inquéritos, bem como questiona a presunção de veracidade concedida àqueles documentos, ainda que não haja previsão legal para tanto:

Claro está que, se o legislador de 1941 quisesse conferir aos atos do IP [inquérito policial] esse valor probatório, teria feito de forma expressa, a exemplo da legislação anterior. [...] Em efeito, o inquérito filtra e aporta as fontes de informação úteis. Sua importância está em dizer quem deve ser ouvido, e não o que foi declarado. A declaração válida é a que se produz em juízo, e não a contida no inquérito. (p. 88)

Por sua vez, em juízo, as evidências produzidas em relação a Bárbara se resumiram exclusivamente aos testemunhos das vítimas, ancorados pelo reconhecimento fotográfico anteriormente questionado. Reitera-se que não houve prisão em flagrante da jovem, tampouco foram encontrados em sua posse quaisquer produtos do roubo. Aliado ao princípio da presunção de inocência, tais fatores derrubam consideravelmente a credibilidade da acusação.

Em seguida, o juiz narra que as testemunhas de Bárbara foram confusas e, portanto, era indeterminado quando ou se ela havia chegado ao litoral paulista, pondo em xeque seu álibi. Embora a testemunha Cindy Viana (fls. 463-467) não tenha afirmado com exatidão em qual dia Babiy havia chegado em Guarujá - SP, ela assinalou com convicção que no dia do crime, 10 de setembro de 2017, estava com Babiy na praia durante o período da tarde.

Igualmente, a testemunha Luan Alves (fls. 471-474) declara que ele mesmo havia conduzido a jovem até a cidade litorânea, por meio de carona, na noite que antecedeu o roubo – 9 de setembro de 2017. Nesse sentido, descreve a presença de outras pessoas no veículo que também poderiam corroborar com o afirmado. Ato contínuo, também esteve com Bárbara na praia, no dia em que o delito ocorreu. Tanto Luan quanto Cindy retratam a mesma rotina no dia 10 de setembro: acordaram no final da manhã, fizeram uma breve refeição e foram à praia, retornando à casa em que estavam hospedados tão somente no final da tarde.

Se não considerados suficientes tais testemunhos, ainda foram juntados aos autos do processo documentos (fotos, capturas de tela de postagens em redes sociais, extratos bancários, declarações de outras pessoas) que solidificaram ainda mais o álibi de Bárbara.

Diante disto, é de se questionar o valor probatório proporcionado a uma única prova: o reconhecimento realizado pelas vítimas. Apesar de ter ocorrido a identificação pessoal em juízo, esta foi originada pelo reconhecimento fotográfico efetuado na fase policial e,

consequentemente, repleto de pontos duvidosos. Do outro lado: o álibi de Bárbara, que estava sustentado por diversas fontes de provas coerentes entre si. Por que um foi desclassificado como impreciso e o outro foi o pilar da condenação?

Além disso, não se deve olvidar que na hipótese de controvérsia quanto à acusação, a dúvida aproximaria Bárbara da absolvição – e não da condenação. A presunção de inocência, garantia constitucional, requer provas consistentes da autoria do crime e até então tudo o que se tinha era circunstancial. Outrossim, este princípio garante que “a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 53).

Ademais, o artigo 33 do Código Penal Brasileiro (CPB) determina os regimes iniciais de cumprimento de pena, de acordo com a duração estabelecida em sentença. Todavia, o juiz pode estipular regime diverso atendendo “à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima”, previsto no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Sobre o assunto, ambas as cortes superiores brasileiras possuem entendimento sumulado; no STJ, há a súmula nº 440: “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”; e, no STF, existe a súmula nº 719: “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Quanto à aplicação da súmula nº 719, o STF possui ampla jurisprudência, dentre as quais destaca-se o seguinte trecho:

Como se sabe, ao proferir a sentença, o Juiz deve avaliar as circunstâncias indicadas pelo art. 59 do CP para fixar a pena do condenado. [...] ressaltar que a jurisprudência desta Corte sinaliza que, caso sejam favoráveis todas as circunstâncias judiciais, de modo que a pena-base do condenado seja fixada no mínimo legal, não caberia a imposição de regime inicial mais gravoso. Assim, esta Corte vem repelindo imposição do regime inicial fechado quando a pena-base for imposta no mínimo legal. Assim, fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primário e avaliadas positivamente todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, entendo o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal com a fixação do regime inicial mais severo para o cumprimento de sua pena. (STF - HC 138.334, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 6-6-2017, DJE 139 de 26-6-2017).

De modo semelhante, o STJ também possui jurisprudência uníssona: “Tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, tanto que fixada

a pena no mínimo legal, deve a reprimenda ser cumprida em regime semiaberto” (STJ - AgRg no REsp: 1735970 SP 2018/0089626-2, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 26/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2018).

Em face disso, ainda que Babiy fosse culpada, aponta-se uma evidente contradição presente na dosimetria da pena: ao analisar as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, o juiz fixou a pena-base mínima para Bárbara; no entanto, com fulcro na mesma base legal, estabeleceu o regime inicial mais gravoso. Ora, a jovem era ré primária, com bons antecedentes. Como é possível que estes aspectos serviram para impor a pena mínima e, ao mesmo tempo, justificaram regime inicial mais gravoso?

Longe de ser a única incoerência da sentença, também é de realçar o fato de que a pena de todos os corréus, inclusive de Bárbara, foi majorada pela mesma causa de aumento de pena: uso de arma de fogo. Tal situação exigiria que durante o roubo todos os partícipes estivessem portando uma pistola; o que não foi o caso, conforme o próprio juiz narrou anteriormente na peça decisória (fls.590). De igual modo, no boletim de ocorrência acostado aos autos, as vítimas relataram que apenas um dos assaltantes portava a arma de fogo – um indivíduo do gênero masculino.

É notória a violação ao direito à individualização da pena, garantia prevista no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988. Às pessoas condenadas em sentença criminal, as peculiaridades do caso concreto devem ser apreciadas individualmente. Em outras palavras, cada corréu responde exclusivamente em relação a sua atuação específica no crime. Ao analisar a suposta conduta de Bárbara no roubo, o próprio juiz a qualifica como a “comparsa” que ficou dando cobertura aos demais.

Não surpreende, pois, que em 13 de maio de 2020 o recurso de apelação interposto por Bárbara foi provido e a jovem foi absolvida de todas as acusações pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. De fato, à luz da Constituição Federal de 1988, do Código de Processo Civil, da jurisprudência pátria e do acervo probatório dos autos, o que surpreendeu foi o teor da sentença condenatória.

A partir da presente análise, é possível concluir que se antes do exame era possível levantar a hipótese de que a condenação se deu por um erro ou uma indução ao erro, agora é perceptível a disposição voluntariosa que o judiciário tem para encarcerar corpos negros, ainda que diante do menor dos indícios.

4 RACISMO, PRISÃO E JUSTIÇA

A ideologia da supremacia branca, que atua por meio do racismo, movimentada a sociedade em sua totalidade. Atinge, inclusive as pessoas não brancas: segundo dados do IBGE²⁰, em 2019 aproximadamente 46,8% da população brasileira se declarou parda, o que corresponde a cerca de 98 milhões de pessoas. Somando-se as pessoas autodeclaradas negras, que representam 9,4% da população, conclui-se que 56,2% de todas as pessoas do Brasil são alvos de um Estado de polícia racista.

Trata-se de uma ideologia que discrimina os indivíduos a partir de características físicas, determinando níveis de superioridade. Para manter a dominação racial, diversos instrumentos podem ser utilizados a exemplo do direito penal, da mídia, da cultura e da política. Du Bois (1999) explica que nas sociedades ocidentais existe uma “linha de cor”, ou seja, uma estratificação social pautada em aspectos físicos (raças mais escuras e mais claras), sustentada por forças econômicas, políticas e ideológicas. Logo, aqueles pertencentes ao mais alto escalão desta hierarquia detêm poder e privilégio – pessoas de pele clara. Por sua vez, aqueles situados em posições mais desvalorizadas possuem inúmeras desvantagens, especialmente no acesso à educação, à saúde, à segurança, à moradia, etc.

A partir de estudos e de dados percentuais, é possível compreender como funciona a dominação racial nos mais variados âmbitos. De acordo com o Atlas da Violência (2019), 75,5% das vítimas de homicídio foram pessoas negras em 2017, no Brasil. Quanto à taxa de homicídios a cada 100 mil habitantes, para negros foi de 43,1 no mesmo período; em contrapartida, a taxa referente a pessoas brancas foi de 16.

A dificuldade de viver enquanto negro no Brasil vai além dos índices de violência, mas engloba também parâmetros da vida cotidiana. O “Retrato das desigualdades de gênero e raça” (IPEA) apresenta diversos indicadores sociais com base nos dados fornecidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), bem como do IBGE, a respeito de variados campos, tais como renda, educação, mercado de trabalho, saúde, dentre outros.

Nesta senda, o estudo analisou o rendimento mensal médio do público brasileiro entre 1995 e 2015, dividindo-o por raça e gênero. O resultado revela que durante os vinte anos estudados, a renda média da população negra é sempre inferior à da branca. Durante metade do período investigado, brancos recebiam mensalmente o dobro ou mais do que o valor percebido

²⁰ Disponível em < <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6408#resultado> >. Acesso em 10 mai. 2020.

pelos negros. Em 2015, os números médios eram de 898 reais por mês para negros e 1.589 reais para brancos.

O mesmo estudo examinou também a situação de pobreza dos habitantes do Brasil, entre 1995 e 2015: não surpreende que a quantidade de pessoas negras classificadas como “pobres”²¹ e “extremamente pobres” se manteve entre duas a três vezes maior que pessoas brancas. No entanto, a porcentagem de pessoas brancas “não pobres” sempre foi superior, com sobras, às pessoas negras; em 2015, a cifra era de 29,9% para estas e 53,7% para aquelas.

Ainda conforme a mencionada investigação, em 2015 o número de analfabetos negros com 15 ou mais anos de idade era de pouco mais de 9 milhões; já pessoas brancas que não sabem ler com a mesma idade atingem aproximadamente 3,6 milhões. Nesse contexto, a taxa de escolarização de pessoas negras era inferior à de pessoas brancas em todas as etapas de ensino: infantil, fundamental, médio e superior. Por fim, a cifra de pessoas negras com 25 anos ou mais com menos de 1 ano de estudo era aproximadamente o dobro das pessoas brancas em 2015.

Ademais, o último referencial a ser citado relaciona-se com o mercado de trabalho; novamente, em 2015 as taxas de desocupação da população negra são sempre superiores às da população branca. Quando ocupadas, as pessoas negras lideram o número de trabalhos informais ou irregulares (sem carteira assinada ou por conta própria), mas ficam atrás na porcentagem atinente ao número de funcionários públicos e à figura de empregador.

Diante destes dados apurados pelo Ipea, é possível perceber que o racismo atua estruturalmente na sociedade brasileira dificultando o acesso de pessoas negras aos bens mais básicos. A privação de direitos sociais elementares da população negra constitui o que Pierre Bourdieu (2002) denomina de violência simbólica: trata-se da legitimação sistemática de condutas ou omissões que contribuem para a subordinação e controle de determinado grupo social.

Assim, a dominação racial pode se dar de diversas formas que envolvem ou não o sistema penal, mas que se relacionam entre si. Uma de suas expressões pode ser constatada ao examinar o caso de Babiy; uma mulher que foi incriminada em virtude do racismo. Ora, ela

²¹ Extremamente pobres – renda domiciliar per capita de até R\$77; Pobres – renda domiciliar per capita maior ou igual a R\$ 77 e menor que R\$ 154; Vulneráveis – renda domiciliar per capita maior ou igual a R\$ 154 e menor que R\$788; Não pobres – renda domiciliar per capita maior ou igual a R\$788 (um salário mínimo de 2015).

teve sua imagem associada ao crime e, em razão disto, enfrentou não só o estigma de ser vista como “desviante”, mas também suportou a pena legal: a privação de sua liberdade.

No Brasil, o racismo remonta à escravidão: apesar de abolida formalmente há 132 anos, padrões sociais oriundos do regime escravocrata são amplamente reproduzidos na sociedade brasileira (ALVES, 2017), conforme apontam os dados socioeconômicos anteriormente revelados. Antes mesmo de classe e gênero, a raça é utilizada como um divisor social.

Nessa esteira, a estrutura racista da sociedade não apenas foi conservada, mas aprimorada desde a abolição. As agências de controle social – e aqui se inclui o judiciário – desempenham papel fundamental na manutenção desta estrutura:

É neste sentido que podemos considerar o ordenamento jurídico brasileiro como uma (re)atualização da ordem escravocrata. Que tal sistema patriarcal-punitivo tinha (e tem) no corpo da mulher negra um de seus principais alvos pode ser ilustrado não apenas na experiência de mulheres empregadas domésticas negras aprisionadas nas cozinhas das elites brancas, mas também nas estatísticas prisionais que apontam aumento consistente no número de mulheres negras presas. Como sustentou a pesquisa, o lugar social que as mulheres negras ocupam na sociedade brasileira é refletido nas decisões desfavoráveis a elas no sistema de justiça penal. (ALVES, 2017, p. 109)

No campo do sistema penal, dados do levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN 2017) revelam o perfil ao qual é atribuído o *status* de criminoso: pessoas negras e com baixa escolaridade, parâmetros que sugerem vulnerabilidade socioeconômica. Nesse sentido, aproximadamente dois terços da população carcerária brasileira é negra; ao todo, quase 80% não concluiu o ensino médio e pouco mais de 51% sequer completou o ensino fundamental. Ainda, cerca de 75% de todos os delitos cometidos são contra o patrimônio ou relacionados à lei de drogas.

Embora estes dados exponham um padrão de pessoas encarceradas, é válido interpretar os números com ressalvas. Baratta (2011) adverte que a criminalidade oficial não é verossímil à realidade criminal; ao discorrer sobre pesquisas atinentes aos crimes de colarinho branco, o autor assevera que: “a criminalidade não é o comportamento de uma restrita minoria, [...] mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros da nossa sociedade” (2011, p. 103).

Tais informações apontam para uma miríade de questões, mas a que será examinada é o porquê de o Estado brasileiro aprisionar majoritariamente pessoas negras e,

consequentemente, entender as razões que levaram Bárbara Querino de Oliveira a ser condenada. Para tanto, parte-se da criminologia crítica.

Partir da criminologia crítica é olhar para a realidade social, compreendendo as relações socioeconômicas que abarcam o sistema penal. Vera Malaguti Batista (2011), ao abordar historicamente o surgimento desta criminologia, explica que “passa-se da descrição fenomenológica ao aprofundamento da lógica dessa desigualdade, ou seja, existiria um nexo funcional entre os mecanismos seletivos e o processo de acumulação de capital” (p. 90).

Nesse sentido, a análise crítica supera mitos encrustados na base do sistema penal, tais como a ideologia da defesa social (BARATTA, 2011), igualdade formal, a finalidade retributiva e preventiva da pena, dentre outros, enfim, advindos de uma criminologia surgida no século XIX e que, apesar de refutada teoricamente e cientificamente, perdura no imaginário coletivo até os dias atuais. Uma das heranças da escola positivista, por exemplo, é a reprodução de estereótipos criminais – o entendimento de que a criminalidade é restrita a determinados grupos sociais e propagada hereditariamente.

Dessa forma, a criminologia crítica desloca seu objeto de estudo, deixando as causas da criminalidade e passando aos processos de criminalização:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente [...], e em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é [...] um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos. (BARATTA, 2011, p. 161)

Nesse contexto, a “seleção” acima citada por Baratta é exercida em dois planos: no processo legislativo e nas agências de controle social, a exemplo da polícia e do poder judiciário. No primeiro âmbito, é cediço que a finalidade do direito penal é tutelar determinados bens: vida, patrimônio, dignidade sexual, dentre outros. Contudo, os moldes dessa proteção espelham a ideologia liberal burguesa, tendo em vista que as leis são criadas por representantes políticos do povo, mas que defendem interesses particulares. Assim, “a qualidade e a quantidade da pena refletem o comprometimento do legislador para com os interesses dos grupos políticos e socioeconômicos que representa” (MARTINI, 2007, p. 45).

Ato contínuo, Martini (2007) também aponta para a discrepância entre penas de crimes contra o patrimônio privado e contra o patrimônio público – aqueles são punidos mais

duramente que estes. Tal desproporcionalidade sugere que o dano material sofrido por um único indivíduo merece maior amparo do que o prejuízo incalculável que a coletividade pode sofrer em virtude da prática de sonegação fiscal ou de crimes de corrupção, que possuem pena mínima inferior ao crime de roubo, por exemplo.

Para exemplificar, no Código Penal Brasileiro é possível encontrar nove causas de aumento de pena para o crime de roubo; em contrapartida, os crimes de corrupção ativa e passiva possuem tão somente uma. Ademais, a dissonância é ainda maior quando se trata de crimes ambientais: o crime de causar poluição que resulte em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora é punido com pena de um a quatro anos de reclusão – o crime de roubo, de quatro a dez anos. A sonegação fiscal é punida com detenção de seis meses a dois anos.

Por conseguinte, a reiterada penalização de pequenos delitos expressa um significativo contraste face à impunidade dos denominados crimes de colarinho branco: “os delitos que provocam grandes danos sociais e ecológicos, cometidos pelas grandes corporações econômicas, por sua vez, gozam de uma quase total – quando não total – imunidade legal” (KILDUFF, 2010, p. 246).

A mídia possui papel central na legitimação desta penalização seletiva de condutas, especialmente no tocante à ideologia da defesa social, com constante invocação ao “dano causado à vítima para criar um clima de pânico generalizado” (KILDUFF, 2010, p. 245). Esta ideologia valida a atuação estatal para repressão do comportamento entendido como desviante e para reafirmação dos valores e normas sociais (BARATTA, 2011, p. 42), assim como reitera a noção falaciosa de que todos são iguais perante a lei.

No que tange à construção da representação de pessoas negras na mídia, bell hooks é incisiva:

Existe uma conexão direta e persistente entre a manutenção do patriarcado supremacista branco nessa sociedade e a naturalização de imagens específicas na mídia de massa, representações de raça e negritude que apoiam e mantêm a opressão, a exploração e a dominação de todas as pessoas negras em diversos aspectos. [...] Da escravidão em diante, os supremacistas brancos reconheceram que controlar as imagens é central para a manutenção de qualquer sistema de dominação racial. (2019, p. 33)

Angela Davis (2019) alerta que, no imaginário coletivo, a imagem de criminoso é rapidamente associada a uma pessoa não branca, mesmo décadas após o fim da escravidão - a

célebre autora utiliza o termo “racialização do crime” (p. 32) como uma predisposição de imputar crimes à cor da pele.

Sueli Carneiro (2011) também leciona acerca do controle midiático em torno da representação de pessoas não brancas, aprisionando-as em estereótipos fixos, enquanto a classe hegemônica é representada em sua diversidade (p. 70).

No caso, a circulação de imagens de pessoas negras – incluída Bárbara – atreladas à ideia do crime foi fundamental para que as vítimas as apontassem como autoras dos roubos. A mídia cumpre seu papel dentro de uma conjuntura racista: não retrata uma realidade, mas a constrói.

Ainda a respeito da ideologia da defesa social, esta anuncia que a lei penal é igual para todos os indivíduos e é aplicada na mesma intensidade para todos os infratores – em tese. Para Zaffaroni (2007), o parâmetro de Estado de Direito existente no qual vige a máxima de que todos são iguais perante a lei não passa de um elemento orientador que nunca se realiza; casos como o de Babiy escancaram contradições do sistema penal:

Que nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem. [...] A lei e a justiça não hesitam em proclamar sua necessária dissimetria de classe. (FOUCAULT, 2014, pp. 270-271)

No âmbito da aplicação da lei penal através das agências oficiais de controle social, a seletividade se faz ainda mais evidente. Para tanto, a teoria do rotulacionismo ou etiquetamento social (tradução livre da teoria intitulada *labelling approach*) se concentra em explicar quem é definido como criminoso. Esta teoria é considerada uma revolução científica na criminologia e lançou, parcialmente, as bases para a criminologia crítica. A partir daquela, foi compreendido que “a criminalidade não existe na natureza, mas é uma realidade construída socialmente através de processos de definição e de interação” (BARATTA, 2011, p. 108). Em outras palavras, a criminalidade não é uma realidade pré-estabelecida, mas é fabricada reiteradamente.

Assim como há a distribuição desigual de bens positivos como as riquezas, Baratta (2011) alerta para a existência de bens opostos, isto é, negativos. Nessa esteira, a criminalidade é

entendida como um bem negativo que é também distribuído de maneira irregular. O autor revela que “o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detido por um grupo específico de funcionários que [...] exprimem certos estratos sociais e determinadas constelações de interesses” (p. 111).

Em consonância, Foucault afirma que “os juízes são os empregados, que quase não se rebelam, desse mecanismo. Ajudam na medida de suas possibilidades a constituição da delinquência, ou seja, a diferenciação das ilegalidades, o controle, a colonização e a utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante” (2014, p. 277). A seletividade penal, portanto, não é exceção, mas característica estrutural que jamais poderá ser suprimida (ZAFFARONI, 2007, p. 170).

O tratamento relegado a Bárbara é apenas uma amostra de como funciona a seletividade penal. De maneira similar, Dina Alves assevera:

Considerar a vigilância ostensiva e a seletividade penal a que estão submetidas as mulheres negras é muito importante aqui porque os intérpretes da lei (sejam eles policiais, promotores, juízes, advogados, legisladores, administradores, defensores públicos e demais servidores públicos da justiça penal) reproduzem, disseminam e sustentam um regime racial de «produção de verdade» (FOUCAULT, 2004), que favorece a produção de provas e a atuação policiva voltada à ampliação do poder penal e ao encarceramento em massa de indivíduos considerados «suspeitos». (ALVES, 2017, p. 108)

Como afirma a autora Dina Alves (2017), é incontestável que os conceitos de crime e desvio não são neutros, mas expressam ideologias de classe, pertencimento racial e gênero.

Diante disso, é evidente que o sistema penal atua como um perpetuador das desigualdades e põe em xeque o mito da democracia racial no país – na verdade o que se tem é uma verdadeira ditadura racial. As pessoas negras são mais assassinadas, mais encarceradas e possuem menor acesso à educação, ao trabalho e à saúde. Bárbara foi condenada exatamente por ser vítima da dominação racial e por nenhuma outra razão além desta.

4.1 O ESTADO PENAL

Demais disso, historicamente o surgimento da instituição prisão enquanto punição central do sistema penal se relaciona essencialmente com a aparição do capitalismo burguês do século XVI. Em dado momento, o cárcere serviu ao que o capitalismo nascente demandava: como instrumento de docilização (FOUCAULT, 2014). Posteriormente, as necessidades

mudaram; o sistema penal agora serve como “gestão e eliminação constantes dos sobrantes” (KILDUFF, 2010, p. 246).

Nesse contexto, Dina Alves (2017) assevera: “a prisão tem sido a solução punitiva para uma gama completa de problemas sociais para os quais o estado tem sido incapaz de oferecer respostas” (p. 106).

Loïc Wacquant (2001), em sua obra “Punir os Pobres”, explica como a política governamental estadunidense das décadas de 1970, 1980 e 1990 resultou na quadruplicação da população carcerária naquela época. Tal política em muito se assemelha ao que acontece no Brasil atualmente.

Em suma, o autor descreve como ocorre a transição do Estado caritativo, isto é, o *welfare state*, para um Estado eminentemente penal. O início se deu com a imposição de inúmeras barreiras burocráticas para concessão de auxílios para famílias desfavorecidas que viviam abaixo da linha da pobreza.

Ao mesmo tempo em que havia o enfraquecimento do sistema assistencial, houve também a ascensão do Estado penal: o governo estadunidense passou a criminalizar condutas típicas de determinada classe e/ou raça. O autor cita como exemplo a lei da ociosidade que instituía um toque de recolher: após determinada hora se o indivíduo estivesse fora de casa, este iria preso. Sucede que a tipificação é demasiadamente discricionária; a polícia poderia fazer vista grossa ou cumprir a lei quando bem entendesse. Em razão disso, dezenas de milhares de jovens negros e pobres foram presos.

As medidas de desmonte da assistência social aliadas à criminalização excessiva de pequenos delitos resultaram na quadruplicação da população carcerária estadunidense em apenas vinte anos – não obstante as taxas de criminalidade dos anos 1970 estivessem estáveis ou diminuindo.

Atualmente, no Brasil, a precarização de condições de trabalho, um Estado cada vez menos assistencial e cada vez mais punitivo só poderia resultar exatamente no que se vê hoje: assustadores dados carcerários.

A taxa de aprisionamento brasileira cresceu vertiginosamente nas últimas décadas: em 1990, o índice era de 61 presos a cada 100 mil habitantes; em 2019, este número foi

multiplicado por seis, chegando ao patamar temerário de 359 pessoas presas por 100 mil habitantes (INFOPEN 2019).

Drauzio Varella (2017) mostra que, somente no estado de São Paulo, para suprir o déficit carcerário seria necessária a construção imediata de 120 penitenciárias com capacidade para 800 pessoas, além da construção de uma penitenciária por mês para acompanhar o volume de pessoas presas mensalmente.

Conforme explana Zaffaroni (2007), a prisão enquanto pena possui significado vital: “a única maneira de legitimar o poder punitivo reconhecendo a seletividade – quer passando por cima dela, quer subestimando-a – é apelando ao valor meramente simbólico da pena e à sua conseqüente funcionalidade como prevenção geral positiva” (p. 88).

A respeito disso, as críticas feitas ao sistema prisional são concomitantes ao seu surgimento. Foucault (2014) assevera que desde os anos de 1800 eram levantadas as questões de reincidência, fabricação de delinquentes, corrupção e despreparo dos guardas, assim como da não diminuição das taxas de criminalidade. Não obstante a constante evocação à prevenção geral pela intimidação da pena, é fato que isto nunca funcionou.

Nessa esteira, é incorreto declarar que o sistema penal (e por conseqüência o prisional) está falido. As prisões cumprem exatamente a função pretendida: trata-se de um depósito de indesejáveis (DAVIS, p. 32). O sistema penal atua como deveria: um instrumento de violência simbólica.

É nessa conjuntura que se encaixa Babiy: mulher, negra e vulnerável socioeconomicamente – perfil alvo daquela distribuição do *status* criminoso. Desde seu fichamento indevido até a sentença, o caso ilustra visivelmente as engrenagens de um sistema penal racista e seletivo.

Babiy não é um caso isolado, infelizmente. Existem milhares de outras “confusões” em que jovens negros são presos injustamente apenas pela cor da sua pele e classe social: Leonardo Nascimento dos Santos²², preso injustamente em janeiro de 2019 acusado de roubo conseguiu provar sua inocência com filmagens de câmeras de segurança que corroboraram seu

²² Disponível em: < <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2019/01/5614203-solto-jovem-presos-injustamente-por-morte-de-estudante-em-guaratiba.html#foto=1> >. Acesso em 14 jun 2020.

álibi; Rafael Ribeiro Santana²³ preso injustamente em julho de 2019, permaneceu recluso por 5 meses acusado de roubo, possuía vídeo e testemunhos comprovando que não estava no local do crime no momento de sua ocorrência; Heverton Henrique Siqueira²⁴ jovem mantido preso por 40 dias em outubro de 2019, acusado de roubo, mesmo após a vítima inocentá-lo; Gabriel dos Santos Silva²⁵ saiu de casa para pagar contas no dia 12 de junho de 2020 quando foi preso acusado do roubo de um veículo, apesar de não saber dirigir; Jamerson Gonçalves de Andrade²⁶, preso injustamente em setembro de 2017 e em janeiro de 2020 pelo homicídio de um policial militar quando estava a mais de 10km de distância no momento do assassinato; Daniele Campos de Oliveira²⁷, presa injustamente em 2019 acusada de roubo ocorrido cinco anos antes, condenada a 5 anos de reclusão sem nunca ter conhecimento do processo, reconhecida (sic) pela cor de sua pele e pelos seus cabelos; Kauê Oliveira Francisco²⁸ preso injustamente em outubro de 2019, presenciou seus amigos serem alvejados dentro de um carro por guardas municipais após um assalto em um posto de gasolina; Vinícius Romão²⁹, ator, preso injustamente em 2014, acusado de roubo, tinha em comum com o criminoso a cor da pele e o cabelo afro; e inúmeros outros que têm em comum a cor da pele e a classe.

Apesar de não haver dados oficiais do DEPEN acerca de prisões de inocentes, os exemplos acima delineados revelam uma tendência estereotipada e mais do que isso: transparecem a política de aprisionamento em massa de pessoas pobres e negras.

Nesse contexto, a instrumentalização do encarceramento é uma das consequências de um Estado eminentemente penal; é o resultado de uma “política estatal de criminalização das consequências da miséria de Estado” (WACQUANT, 2003, p. 27).

Por outro lado, é notória a diferença de tratamento quando se está diante de pessoas brancas, ricas ou de classe média: Márcio Lobão³⁰, filho do ex-ministro Edison Lobão, foi preso

²³ Disponível em: < <https://br.noticias.yahoo.com/preso-por-roubar-celular-ajudante-negro-estava-no-trabalho-na-hora-do-crime-175044181.html> >. Acesso em 14 jun 2020.

²⁴ Disponível em: < <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ponte-jornalismo/2019/11/19/heverton-enrique-siqueira-inocentado-roubo-sao-paulo.htm> >. Acesso em 14 jun 2020.

²⁵ Disponível em: < <http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/noticias/2130108-nao-ha-justificativas-para-isso-acontecer-a-nao-ser-a-cor-diz-advogada-de-jovem-confundido-com-suspeito-de-roubo> >. Acesso em 14 jun 2020.

²⁶ Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/rio/preso-duas-vezes-injustamente-vidraceiro-solto-pela-justica-morro-de-medo-que-aconteca-de-novo-24287055> >. Acesso em 14 jun 2020.

²⁷ Disponível em: < <https://ponte.org/brancos-reconheceram-atendente-negra-por-pele-e-cabelo-ela-foi-presa-por-roubo/> >. Acesso em 14 jun 2020.

²⁸ Disponível em: < <https://tribunadejundiai.com.br/policia/jovem-preso-por-morte-em-posto-e-solto-apos-imagens-provarem-sua-inocencia/> >. Acesso em 14 jun 2020.

²⁹ Disponível em: < <http://www.conexaojornalismo.com.br/colunas/policia/segurancapublica/cameras-revelam-que-prisao-de-ator-da-globo-foi-confusao-da-pm--48-24012> >. Acesso em 14 jun 2020.

³⁰ Disponível em: < <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/09/14/trf-4-manda-soltar-filho-do-ex-ministro-edison-lobao.ghtml> > Acesso em 15 jun. 2020.

acusado de lavagem de dinheiro e corrupção em 2019, todavia, foi solto após 3 dias com a aplicação de outras medidas cautelares; Pedro Henrique Kambreck³¹, preso após ser picado por uma naja, animal encontrado somente na Ásia e em parte da África, foi acusado de integrar um esquema criminoso de tráfico ilegal de animais, colocando a população em risco, passou somente 2 dias preso até sua prisão ser revogada em 2020; José Seripieri³², empresário, preso acusado de participar em esquemas de corrupção envolvendo o senado, foi solto 3 dias após sua prisão em 2020; Ricardo Nunes³³, empresário, suspeito de participar de um esquema que desviou 400 milhões de reais dos cofres públicos, passou menos de 4 dias preso em 2020.

Os casos supracitados servem apenas para exemplificar o abismo existente no tratamento penal para com pessoas negras e vulneráveis. O Estado penal brasileiro é uma realidade; os dados oficiais e não oficiais servem como confirmação. A interminável onda de violência policial direcionada às pessoas negras, o encarceramento em massa da população negra, o genocídio da juventude negra, enfim, são todas características desta ordem penal.

Uma sociedade que não vê alternativa de punição à prisão e se preocupa apenas em punir mais e prender mais anuncia um futuro sombrio; futuro este que é ainda mais funesto para as vítimas da violência simbólica e da violência real.

Bárbara Querino de Oliveira não foi a última mulher negra presa injustamente e nem será, mas o reconhecimento de sua inocência traz alento: a dominação racial nos derruba, mas, ainda assim, nós nos levantamos.

³¹ Disponível em: < <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/estudante-de-veterin%C3%A1ria-picado-por-naja-%C3%A9-solto-1.458910> > Acesso em 01 ago. 2020.

³² Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/politica/juiz-manda-soltar-seripieri-presos-em-investigacao-sobre-caixa-2-a-serra/> > Acesso em 24 jul. 2020.

³³ Disponível em: < <https://diariodocomercio.com.br/legislacao/justica-solta-fundador-da-ricardo-eletro/> > Acesso em 10 jul. 2020.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez compreendida a conjuntura de dominação racial que levou à condenação de Babiy, é possível asseverar que a decisão condenatória não esteve satisfatoriamente fundamentada, tampouco esteve em conformidade com as provas produzidas durante o processo ou com as normas penais. Assim, constata-se que as razões que justificaram a condenação foram equívocas e influenciadas pelo racismo e, por consequência, que a decisão foi injusta.

Nesse sentido, a criminologia crítica aliada à teoria do rotulacionismo social foi indispensável para compreender de forma profunda a conjectura na qual se deu a condenação. Para tanto, foi necessário visualizar a relação entre racismo e sistema penal nas estruturas sociais, inclusive nas agências de controle social (BARATTA, 2011), tais como o poder judiciário. O presente estudo apontou, mas não esgotou, esta relação.

Partindo desta análise crítica, é evidente que Babiy foi condenada tão somente por se enquadrar no perfil alvo de um Estado de polícia que se encarrega de encarcerar em massa os corpos negros e periféricos. Não se trata, portanto, de um caso isolado, mas de uma sistemática punitiva e seletiva praticada em diversos setores: pela própria sociedade, por instituições policiais e pela própria justiça.

Uma vez que vivemos em uma sociedade racista, Babiy não foi e nem será a última vítima da perseguição racista dos órgãos de controle social. Com o intuito de melhor combater essa sistemática, é imprescindível compreendê-la. É preciso, também, falar, analisar e pesquisar sobre este assunto.

É indispensável que as milhares de injustiças semelhantes às que aconteceram a Babiy sejam trazidas à lume a fim de que a descolonização seja possível. Trata-se de uma forma de resistir às opressões existentes, sejam elas barreiras de ideologia, de ordem social ou de ordem policialesca.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro *Processo penal* / Norberto Avena. – 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. 2017, **Revista CS**, 21, pp. 97-120. Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 6ª reimpressão, junho de 2019. 256p.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. in *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, no 12. Rio de Janeiro, Revan/ICC, 2º semestre de 2002, p. 253-270.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira** / Vera Malaguti Batista. – Rio de Janeiro : Revan, 2011, 2ª edição, julho de 2012, 3ª reimpressão, 2018.

_____. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. / Vera Malaguti Batista. – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª reimpressão, outubro de 2014.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 10ª ed., 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen> >. Acesso em 10 mai. 2020.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: < <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6408#resultado> >. Acesso em 10 mai. 2020.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Atlas da violência 2019**. / Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Retrato das desigualdades de gênero e raça** / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Com a participação de: ONU Mulheres, Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir). Disponível em: < <https://www.ipea.gov.br/retrato/apresentacao.html> >. Acesso em 20 jul. 2020.

_____. Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Brasília, 14 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14729.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, 12 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2003]. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2556#:~:text=S%C3%BAmula%20719%20do%20STF%20\(%22A,permitir%20exige%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20id%C3%B4nea%22\)](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2556#:~:text=S%C3%BAmula%20719%20do%20STF%20(%22A,permitir%20exige%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20id%C3%B4nea%22)). Acesso em: 07 jul. 2020.

_____. STF - HC: 138334 SP - SÃO PAULO 0061345-19.2016.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/06/2017. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769843015/habeas-corpus-hc-138334-sp-sao-paulo-0061345-1920161000000?ref=serp> > Acesso em 13 jul. 2020.

_____. STF - Habeas Corpus nº 95.009-4/SP, Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/hc95009eg.pdf> >. Acesso em 15 jul. 2020.

_____. STF - HC 97.688/MG, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJ: 27.11.2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6421993> >. Acesso em 15 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 440. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2010]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27440%27\).sub..](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27440%27).sub..) Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. STJ. HC: 406009 SP 2017/0156639-0. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. DJ: 22/08/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505032446/habeas-corpus-hc-406009-sp-2017-0156639-0/relatorio-e-voto-505032518>. Acesso em: 08 jul. 2020.

_____. STJ. HC: 549531 SP 2019/0361867-3. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. DJ: 11/02/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/875225590/habeas-corpus-hc-549531-sp-2019-0361867-3/decisao-monocratica-875225650?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1735970 SP 2018/0089626-2. Relator Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 26/06/2018. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/608017944/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1735970-sp-2018-0089626-2?ref=serp> >. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. STJ. HC: 223771 SP 2011/0262376-4, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ: 01/6/2012. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865842742/habeas-corpus-hc-223771-sp-2011-0262376-4?ref=serp> >. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. STJ – Agravo Regimental no HC: 461248 SP 2018/0187532-9, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 04/12/2018. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860365795/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-461248-sp-2018-0187532-9?ref=serp> >. Acesso em 11 jul. 2020.

_____. STJ - AgRg no RHC: 122685 SP 2020/0006358-5, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 26/05/2020. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868173772/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-agrg-no-rhc-122685-sp-2020-0006358-5?ref=serp> >. Acesso em 12 jul. 2020.

_____. STJ - RHC: 81376 MT 2017/0041899-3, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 19/10/2017. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/524697011/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-81376-mt-2017-0041899-3/certidao-de-julgamento-524697040?ref=serp> >. Acesso em 12 jul. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 21ª Vara Criminal. Autos do processo criminal nº 0107222-81.2017.8.26.0050. São Paulo, 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 23ª Vara Criminal. Autos do processo criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050. São Paulo, 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 23ª Vara Criminal. Autos do processo de execução penal nº 0010486-66.2018.8.26.0502. São Paulo, 2018.

CÂMERAS revelam que prisão de ator da Globo foi confusão da PM. **Conexão Jornalismo**, [S.I.] 23 de fevereiro de 2014. Disponível em: < <http://www.conexaojornalismo.com.br/colunas/policia/segurancapublica/cameras-revelam-que-prisao-de-ator-da-globo-foi-confusao-da-pm--48-24012> >. Acesso em 14 jun 2020.

CAMPOS, João Pedroso de. Juiz manda soltar Seripieri, preso em investigação sobre caixa 2 a Serra. **Veja**, [S.I.] 24 de julho de 2020. Disponível em < <https://veja.abril.com.br/politica/juiz-manda-soltar-seripieri-presos-em-investigacao-sobre-caixa-2-a-serra/> >. Acesso em 24 jul. 2020.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil** / Sueli Carneiro – São Paulo : Selo Negro, 2011. – (consciência e debate/coordenadora Vera Lúcia Benedito).

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, Brasília, jul./set. 2009. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935> >. Acesso em 20 jun. 2020.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** / Angela Davis; tradução de Marina Vargas. – 4ª ed. – Rio de Janeiro: Difel, 2019.

_____. **Mulheres, raça e classe** / Angela Davis; tradução Heci Regina Candiani – 1ª ed. – São Paulo : Boitempo, 2016.

DU BOIS, William Edward Burghardt. **As almas da gente negra**. Tradução Heloísa Toller Gomes. Rio de Janeiro: Lacerda, ed. 1999.

ESTUDANTE de veterinária picado por naja é solto. **Correio do Povo**, R7, [S.I.] 01 de agosto de 2020. Disponível em: < <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/estudante-de-veterin%C3%A1ria-picado-por-naja-%C3%A9-solto-1.458910> > Acesso em 01 ago. 2020.

FILHO do ex-ministro Edison Lobão é solto após decisão de desembargador do TRF-4. **G1 Rio Grande do Sul**, [S.I.] 14 de setembro de 2019. Disponível em: < <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/09/14/trf-4-manda-soltar-filho-do-ex-ministro-edison-lobao.ghtml> > Acesso em 15 jun. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2014.

HOOKS, bell. **Olhares negros: raça e representação** / bell hooks; tradução de Stephanie Borges. São Paulo: Elefante, 2019.

JOVEM preso injustamente por morte de estudante em Guaratiba é solto. **O Dia**, [S.I.] Rio de Janeiro, 24 jan. 2019. Disponível em: < <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2019/01/5614203-solto-jovem-preso-injustamente-por-morte-de-estudante-em-guaratiba.html#foto=1> >. Acesso em 14 jun 2020.

JOVEM preso por morte em posto é solto após imagens provarem sua inocência. [S.I.] **Tribuna de Jundiáí**, Jundiáí, 17 out. 2019. Disponível em: < <https://tribunadejundiai.com.br/policia/jovem-preso-por-morte-em-posto-e-solto-apos-imagens-provarem-sua-inocencia/> >. Acesso em 14 jun 2020.

JUSTIÇA solta fundador da Ricardo Eletro. **Diário do Comércio**, [S.I.] 10 de julho de 2020. Disponível em: < <https://diariodocomercio.com.br/legislacao/justica-solta-fundador-da-ricardo-eletro> > Acesso em 10 jul. 2020

KILDUFF, Fernanda. O controle da pobreza operado através do sistema penal. **Revista Katál**, Florianópolis, v. 13, ed. 2, p. 240-249, jul/dez. 2010. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/rk/v13n2/11.pdf> >. Acesso em: 27 jun. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <
https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/caop_crim/BIBLIOTECA/Direito_Processual_Penal_2016_-_Aury_Lopes_Jr.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista de Estudos Criminais*, Rio de Janeiro, fevereiro de 2008, pp. 99-132. Disponível em:
 <<http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20364%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>>.
 Acesso em 31 de mai. 2020.

MARTINI, Márcia. A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas. **Revista MPMG Jurídico**, ano III, n.11, p. 45-47, 2007.

“NÃO há justificativas para isso acontecer a não ser a cor”, diz advogada de jovem confundido com suspeito de roubo. **UOL Notícias – A tarde**, [S.I.], 13 jun. 2020. Disponível em: <
<http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/noticias/2130108-nao-ha-justificativas-para-isso-acontecer-a-nao-ser-a-cor-diz-advogada-de-jovem-confundido-com-suspeito-de-roubo>>.
 Acesso em 14 jun 2020.

SOARES, Rafael. Preso duas vezes injustamente, vidraceiro é solto pela Justiça: 'Morro de medo que aconteça de novo'. **O Globo**, [S.I.], Rio de Janeiro, 5 mar. 2020. Disponível em: <
<https://oglobo.globo.com/rio/preso-duas-vezes-injustamente-vidraceiro-solto-pela-justica-morro-de-medo-que-aconteca-de-novo-24287055>>. Acesso em 14 jun 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** / Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. Curso de direito processual penal. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2009.

VASCONCELOS, Caê. Brancos reconheceram atendente negra por pele e cabelo. Ela foi presa por roubo. **Ponte Jornalismo**. [S.I.], 8 mai. 2020. Disponível em: <
<https://ponte.org/brancos-reconheceram-atendente-negra-por-pele-e-cabelo-ela-foi-presa-por-roubo/>>. Acesso em 14 jun 2020.

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras* / Drauzio Varella. — 1ª- ed. — São Paulo : Companhia das Letras, 2017.

VASCONCELOS, Paloma. Preso suspeito de roubar celular, ajudante negro estava no trabalho na hora do crime. **Ponte Jornalismo Yahoo Notícias**. [S.I.], 6 nov. 2019. Disponível em: <
<https://br.noticias.yahoo.com/preso-por-roubar-celular-ajudante-negro-estava-no-trabalho-na-hora-do-crime-175044181.html>>. Acesso em 14 jun. 2020.

_____. Justiça concede liberdade a jovem mantido preso mesmo inocentado por vítima. **Ponte Jornalismo Notícias Uol**. [S.I.], 19 nov. 2019. Disponível em: <
<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ponte-jornalismo/2019/11/19/heverton-enrique-siqueira-inocentado-roubo-sao-paulo.htm>>. Acesso em 14 jun 2020.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal** / E. Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 6ª reimpressão, setembro de 2019.

ANEXO A – AUTOS DO PROCESSO Nº 0107222-81.2017.8.26.0050

ANEXO B – AUTOS DO PROCESSO Nº 0107223-66.2017.8.26.0050