

Organizadores:

Alan Jeffeson Lima de Moraes

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha

Diogo de Almeida Viana dos Santos

2022

Vol 1

Temas de Direito Contemporâneo




Pascal
Editora

ALAN JEFFESON LIMA DE MORAES
JOSANNE CRISTINA RIBEIRO FERREIRA FAÇANHA
DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS
(Organizadores)

TEMAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

VOLUME 1

EDITORA PASCAL
2022

2022 - Copyright© da Editora Pascal

Editor Chefe: Prof. Dr. Patrício Moreira de Araújo Filho

Edição e Diagramação: Eduardo Mendonça Pinheiro

Edição de Arte: Marcos Clyver dos Santos Oliveira

Bibliotecária: Rayssa Cristhália Viana da Silva – CRB-13/904

Revisão: Os autores

Conselho Editorial

Dr. Gabriel Nava Lima

Dr. José Ribamar Neres Costa

Dr. Diogo Gualhardo Neves

Dr. Fabio Antonio da Silva Arruda

M.Sc. Eduardo Oliveira Pereira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M827c

Coletânea Temas de Direito Contemporâneo / Alan Jeffeson Lima de Moraes, Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha e Diogo de Almeida Viana dos Santos (Orgs). São Luís - Editora Pascal, 2022.

511 f. : il.: (Temas de direito contemporâneo; v. 1)

Formato: PDF

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-80751-38-9

D.O.I.: 10.29327/569199

1. Direito. 2. Brasil . 3. Contemporâneo. 4. Miscelânea. I. Moraes, Alan Jeffeson Lima de. II. Façanha, Josanne Cristina Ribeiro Ferreira. III. Santos, Diogo de Almeida Viana dos. IV. Título.

CDU: 34(81) (2022)

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

2022

www.editorapascal.com.br

contato@editorapascal.com.br

APRESENTAÇÃO

Com enorme satisfação, apresentamos ao público esta Coletânea denominada "Temas de Direito Contemporâneo", cujos capítulos resultam de investigações científicas realizadas pelos docentes e pelos discentes do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras de São Luís/MA.

A presente coletânea serve de incentivo para que os acadêmicos produzam, no processo de orientação de trabalho de curso, textos que, no momento de sua defesa ou apresentação, recebam a nota distintiva de publicação.

Todos os trabalhos mostram abordagens éticas e sociais que acompanham os seus aspectos jurídicos. Isso evidencia uma preocupação que perpassa todas as suas fases do Curso de Direito, a saber, a formação de egressos capazes de refletir sobre a realidade e pensar numa sociedade mais igualitária e, por conseguinte, mais livre.

Ótima leitura a todos!

Os organizadores

ORGANIZADORES

Alan Jefferson Lima de Moraes



Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2012), com inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Mestrando em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Possui Pós Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, UNIDERP, Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio e Direito Imobiliário Aplicado pela Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera. Atualmente é professor e coordenador pedagógico do curso de direito da Faculdade Pitágoras - São Luís - MA e Sócio Administrador do Escritório Alan Moraes Sociedade Unipessoal de Advocacia, com atuação em Direito do Consumidor e Direito Condominial. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito do consumidor, ações afirmativas, políticas públicas, ordenamento jurídico e desigualdades sociais.

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha



Doutora e Mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Advogada militante (OAB/MA nº. 7924) nas áreas de Violência de Gênero, Doméstica e Familiar, Direito de Família e Sucessões e membro da Comissão da Mulher e da Advogada (OAB/MA). Professora do curso de Direito da Faculdade Pitágoras de São Luís/MA, do Centro Universitário Dom Bosco (UNDB) e da Universidade Estadual do Maranhão. Professora Formadora da UEMANET. Especialista em Direito Civil e Processo Civil (Uniceuma). Especialista em Direito Público (Universidade Gama Filho - UGF). Especialista em Linguística Aplicada e Ensino de Línguas (Faculdade COC). Especialista em Design Instrucional (UNOPAR). Licenciada em Letras, habilitação Português (FAMA). Bacharel em Direito (Uniceuma). Pesquisadora integrante dos grupos GERAMUS (UFMA) e do GPAES (UEMA). Revisora e avaliadora de diversos periódicos.

Diogo de Almeida Viana dos Santos



Possui doutorado PhD em International Cooperation--Governance and Law - Universidade de Nagoya-Japão (2010), mestrado em LL.M. Comparative Law - Universidade de Nagoya-Japão (2007), graduação em Direito Bacharelado pela Universidade Federal do Maranhão (2003). Atualmente é professor da UFMA-Universidade Federal do Maranhão, de Direito Constitucional, Direito Internacional Público e Direito Econômico. Foi Diretor do curso de Direito Bacharelado da Universidade Estadual do Maranhão. É avaliador parecerista das revistas Veredas do Direito (Qualis A1), Revista Estudos Institucionais (Qualis B1), Revista da Faculdade de Direito da UFPR (Qualis A2), Revista Direitos Democráticos e Estado Moderno, Revista Brasileira de Direito (Qualis A1), FLEKS - Scandinavian Journal of Intercultural Theory and Practice, Revista Brasileira de Estudos Políticos (Qualis A1), Revista Brasileira de Filosofia do Direito (Qualis C), INDEX Law Journals - Conpedi (avaliador nacional e internacional), Revista Opinião Jurídica (Qualis A2), Revista de Direito Econômico e Socioambiental (Qualis A2), A Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais (Qualis B2), REI-Revista Estudos Institucionais (Qualis B1), CONPEDI-Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (conferências), Dom Helder Revista de Direito (Belo Horizonte), Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais (Qualis B2), Gestão Pública-Práticas e Desafios (Qualis B4), Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Qualis A1), Revista do Direito (Qualis A3), Revista da Faculdade Mineira de Direito (Qualis A2), Revista Paradigma (Qualis A4), Revista Direitos Humanos e Democracia (Qualis A4), Revista da AGU (Qualis B1), Revista de direito Internacional, Econômico e Tributário (Qualis B1), Revista Mosaico (Goiânia) (Qualis A3), Revista Videre (Qualis A4), e Revista (Re)Pensando o Direito (Qualis B4). Membro do Conselho Editorial da Revista Científica da Faculdade de Balsas (Qualis B4). Tem experiência nas áreas de Direito Internacional Público e Ciência Política, com ênfase em Comportamento Legislativo, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Internacional, Teoria Constitucional, Federação, Propriedade Intelectual, e Responsabilidade Internacional.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	11
O ACESSO À JUSTIÇA E A VULNERABILIDADE SOCIAL E ECONÔMICA EM DETRIMENTO A MOROSIDADE PROCESSUAL Laryssa Vitória Moraes Lima	
CAPÍTULO 2	26
DIREITO AO SIGILO SOROLÓGICO DO TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV João Pedro Vieira Farias Menezes	
CAPÍTULO 3	35
AÇÃO PENAL Cesar Augusto Sousa Campelo Augusto Cesar Sousa Campelo	
CAPÍTULO 4	44
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA José Inácio Lindoso Alves	
CAPÍTULO 5	57
ANÁLISE DA APOSENTADORIA DE PESSOAS TRANSGÊNEROS NO RGPS: A LIMITAÇÃO DOS REQUISITOS AO PADRÃO BINÁRIO CISNORMATIVO Kristh Elyda Melo Rodrigues Isabela Aparecida Ribeiro Mouzinho	
CAPÍTULO 6	73
A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS E A TOLERÂNCIA ZERO Igor Gabriel Corrêa Cutrim Erika Karolline Maciel Da Silva Isabella Del Bosco Moreira	
CAPÍTULO 7	86
ALTERAÇÃO NA LEI MARINHA DA PENHA: NOVAS APLICAÇÕES DA MEDIDAS PROTETIVAS Jailson Costa Alves	
CAPÍTULO 8	101
RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO FRENTE AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO Isabiane Maramaldo dos Santos	

CAPÍTULO 9	114
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL Argemiro Soares Rocha	
CAPÍTULO 10	131
O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: QUAL ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PARA SUA APLICAÇÃO CONTRA CRIMES DE FURTOS Carlos Henrique Lima	
CAPÍTULO 11	146
CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET E A APLICAÇÃO DE SUAS PENALIDADES Lucas Iago Campos Protázio Rodrigues	
CAPÍTULO 12	165
PROPAGANDA ENGANOSA: A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR Washington Pereira da Silva	
CAPÍTULO 13	183
SUJEITOS DO PROCESSO José de Ribamar Silva Viegas Junior	
CAPÍTULO 14	193
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019, A REFORMA DA PREVIDÊNCIA: AS ALTERAÇÕES NAS PERSPECTIVAS DE EXERCÍCIO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL Clara de Melo Dias	
CAPÍTULO 15	208
A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS EM BRANCO Marcos Gabriel dos Reis Oliveira Ribeiro	
CAPÍTULO 16	218
A IMUNIDADE PARLAMENTAR SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE JURÍDICA Lidiane Colares Rebelo Neemias de Araújo Pinto	

CAPÍTULO 17.....	235
ESTUPRO DE VULNERÁVEL:ESTUDO DE ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO INFRA-TOR E VULNERÁBILIDADE DAS VÍTIMAS Ana Raissa Feliciano Pires Dos Santos	
CAPÍTULO 18.....	253
NOVA LEI DE LICITAÇÕES E AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIOS Poliane Kelly Moraes de Almeida	
CAPÍTULO 19.....	270
O RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E AS FALSAS MEMÓRIAS: RISCOS E FALHAS NO PROCEDIMENTO Maria Geovana Miranda Melo Viviane Sousa Vieira Suelma Dias Silveira	
CAPÍTULO 20.....	284
A ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINALISTA NA EXECUÇÃO PENAL FRENTE À CRISE PENITENCIÁRIA Elisangela Pereira Leite Barreto	
CAPÍTULO 21.....	295
O DIREITO À EDUCAÇÃO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA DE REMIÇÃO DE PENA Carolina Wolff de Sousa	
CAPÍTULO 22.....	314
DIFICULDADES INERENTES AO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS DETENTOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO Aryelle Ferreira de Lima	
CAPÍTULO 23.....	332
PENAS ALTERNATIVAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO Oziel Rodrigues do Nascimento	
CAPÍTULO 24.....	352
A RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA E DIREITO PENAL AO LONGO DA HISTÓRIA Ruan Christian Sousa Silva	

CAPÍTULO 25.....	359
VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: CARACTERIZAÇÃO E ASPECTOS LEGAIS Ana Clara Gomes da Silva	
CAPÍTULO 26.....	372
A PSICOPATIA E O DIREITO PENAL: AS DIVERGÊNCIAS QUANTO À IMPUTABILIDADE E A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL AO INDIVÍDUO NO BRASIL Késsia Raposo de Oliveira	
CAPÍTULO 27.....	385
CLÁUSULAS PÉTREAS E OS DILEMAS DA MAIORIDADE PENAL Jairon Sabóia de Souza	
CAPÍTULO 28.....	400
SISTEMA CARCERÁRIO DAS MULHERES GRÁVIDAS NO BRASIL Wilkerlanny Gessica Costa da Silva Patricia de Cassia Barros de Sousa	
CAPÍTULO 29.....	419
FEMINICÍDIO E SEUS ASPECTOS RELEVANTES NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO Raimundo Vitor dos Santos Martins Patricia de Cassia Barros de Sousa	
CAPÍTULO 30.....	438
DELAÇÃO PREMIADA: A FALTA DE ÉTICA DO ESTADO FRENTE À APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA E A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS Matheus de Jesus Alves Braga	
CAPÍTULO 31.....	451
PSICOPATIA E SUA IMPUTABILIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL E PENAL BRASILEIRO Enzio Magno Pereira Santos	
CAPÍTULO 32.....	462
MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA Gláucia Barros Cardoso	
CAPÍTULO 33.....	472
A EFICÁCIA DA LEI PENAL BRASILEIRA NO COMBATE OS CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET Lucas Ittanán Silva Chagas	

CAPÍTULO 34.....489

INQUÉRITO POLICIAL

Augusto Cesar Sousa Campelo

Cesar Augusto Sousa Campelo

CAPÍTULO 35.....498

A INFLÊNCIA DA PUBLICIDADE NO CONSUMO INFANTIL

Marcia Jarlane Costa Lopes

CAPÍTULO 1

O ACESSO À JUSTIÇA E A VULNERABILIDADE SOCIAL E ECONÔMICA EM DETRIMENTO A MOROSIDADE PROCESSUAL

ACCESS TO JUSTICE AND SOCIAL AND ECONOMIC VULNERABILITY VERSUS PROCEDURAL DELAYS

Laryssa Vitória Moraes Lima¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

Este trabalho tem como objetivo apresentar as dificuldades enfrentadas para obter acessibilidade ao sistema Judiciário nas soluções de conflitos inerentes a toda Sociedade, e mediante isto, a arguição ao problema a ser exposto no que diz respeito a ausência a um tratamento igualitário, a um resultado individual, justo e célere perante a análise das lides. Nesse contexto, tratar sobre a efetividade do acesso à Justiça perante a prestação Jurisdicional das demandas interpostas, visando expor a eficácia para os cidadãos ao propor, ou contestar uma ação sem a constituição de um patrono a causa, principalmente aqueles hipossuficientes de recursos. Relatando deste modo, os obstáculos enfrentados que ocasionam a imprestabilidade dos mecanismos utilizados no poder Judiciário para suprir a significativa procura. Pretende-se, portanto, mediante Revisão Bibliográfica pontuar a escassez do Judiciário de expedir respostas hábeis e igualitárias que culminam na lesividade aos direitos fundamentais básicos, reiteradamente para aqueles que se tornam mais prejudicados na relação processual por não conseguirem suprir com demora do processo dada as degradáveis condições financeiras para arcar com os custos Jurisdicionais. Por fim, fomentar que o puro acesso ao Judiciário não garante condições adequadas de paridade de armas para sustentar e desenvolver o litígio.

Palavras-chave: Justiça, Acesso, Dificuldades, Morosidade, Efetividade.

Abstract

This work aims to present the difficulties faced to obtain accessibility to the judicial system in the solutions of conflicts inherent to every society, and through this, the argument to the problem to be exposed regarding the absence of an equal treatment, an individual result, fair and speedy before the analysis of the lawsuits. In this context, deal with the effectiveness of access to justice before the jurisdictional provision of the lawsuits filed, aiming to expose the effectiveness for citizens when proposing, or contesting a lawsuit without the constitution of a lawyer, especially those low income ones. In this way, it reports the obstacles faced that cause the lack of efficiency of the mechanisms used by the Judiciary to meet the significant demand. It is intended, therefore, by means of Bibliographical Review, to punctuate the scarcity of the Judiciary to issue skillful and egalitarian answers that culminate in the injury to basic fundamental rights, repeatedly for those who become more prejudiced in the procedural relationship for not being able to overcome the delay of the process given the degrading financial conditions to afford the jurisdictional costs. Finally, the pure access to the Judiciary does not guarantee adequate conditions of equality of arms to sustain and develop the litigation.

Keywords: Justice, Access, Difficulties, Sluggishness, Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça refere-se a uma mutação de amplo alcance para que não se insira como metafórico, e, para aduzir um acesso efetivo a proteção Judicial faz-se necessário perpassar por um sistema igualmente acessível a todos para uma produção socialmente adequada. Assim, poder expedir resultados e entradas igualitárias para aqueles que possuem vulnerabilidade social e econômica, e, conseqüentemente, trazer barreiras de desistência ou aceitação de propostas desproporcionais advindas das custas processuais relativas a morosidade processual.

A ordem Jurídica Constitucional ao que se refere aos direitos sociais fundamentais é uma garantia que protege o acesso efetivo à Justiça inerente a todos os cidadãos, logo, torna-se imprescindivelmente importante trazer ao conhecimento geral as limitações do direito social básico, e principalmente, discorrer e dar conhecimento para a população que carece de informação sobre suas prerrogativas.

Adentrando a este ponto, a pesquisa busca responder ao seguinte questionamento: Toda a Sociedade é composta de iguais oportunidades para solucionar os conflitos? Pode-se detonar que a coletividade é composta de divergentes meios para a solução de um conflito, pois, a prestação Judiciária gratuita ainda se encontra obscura, a população carece de informação. Seja por não conhecer /enxergar o poder Judiciário como pacificador de um problema que deve ser tratado juridicamente, ou, por não possuir vontade de iniciação Judicial.

O objetivo principal desse trabalho se refere a compreender porque a entrega da prestação da tutela jurisdicional do Estado perante a resolução dos conflitos de interesse não ocorre de forma justa e eficaz, mesmo sendo uma garantia Constitucional, o que se limita apenas ao encaminhamento da pretensão ao Judiciário de maneira formal, mas, não há uma garantia do devido processo legal, da igualdade entre as partes e do direito do contraditório e da ampla defesa. Compreender assim, a verdadeira efetividade para aqueles que procuram o pacificador das lides, buscando entender a problemática instalada ao acesso à Justiça e os obstáculos pertinentes para conceder um tratamento a qual é devido perante as demandas interpostas.

Quanto aos objetivos específicos trata-se sobre entender como o acesso efetivo a Justiça concedido de maneira justa e eficaz acarretaria em finalização de conflitos inerentes da vida em Sociedade que se perpetuam durante anos por ausência de dissolução. Adentrando em seguinte, a apontar as dificuldades enfrentadas para obter um pedido apreciado pelo Judiciário e/ou dar continuidade processual quando o exequente/executado não detém recursos financeiros suficientes. Por fim, e não menos importante, descrever que as normas implementadas por meio da celeridade processual e dos princípios norteadores sucederiam avanços até a realização da concretização da efetividade plena promulgada.

A Metodologia de pesquisa utilizada nesse trabalho é a Revisão Bibliográfica e o texto utilizou publicações dos últimos vinte anos, de modo a trazer do clássico até a atualidade por meio de livros Jurídicos que pertencem ao título proposto, a busca tem como principais embasamentos os seguintes autores: Mauro Cappelletti; Bryant Garth, Ricardo Ge-

raldo Rezende Silveira e José Welligton Bezerra da Costa Neto.

2. OBSTÁCULOS PARA OBTER UM ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

Conforme apresenta Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12) “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos [...]”. Esse pensamento norteia a ideia central ao primário direito de ação inerente a todos os cidadãos ao qual é garantido constitucionalmente através da apreciação do poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. Por se inserir como basilar a todos deve atingir o fim social a qual se destina, visto que os conflitos são inerentes a vida em Sociedade tendo, portanto, o poder Judiciário como pacificador das lides para resguardar direitos.

Segundo Cappelletti e Garth (1988), o mecanismo adotado para a proteção Judicial deve possuir igualdade quanto a inserção de todos e, e em seguinte, produzir respostas individuais e aceitas no meio social. O modelo aceitável traria uma forma irreconhecível dentro de um processo contendo partes que tramitariam em cunho de igualdade e circunstâncias que se diferenciariam apenas por barreiras jurídicas argumentativas de cada causídico que representam as partes.

Entrando nessa premissa, pontua-se que tal acesso é raso visto que as partes adentram na relação processual em diferentes áreas de comodidade, de um lado composto por aquele que irá suprir a demora do processo por ter condições de arcar com as despesas ocasionadas pela morosidade e de outro, aquele que não possui condições de permanecer a mercês Jurisdicional dado os custos da demanda, porquanto, diante disso, aceita receber menos do que era de fato devido por acreditar ser a melhor escolha. A figura ideal traria a abrangência plena por se igualar em relação a paridade de armas e ao fim, a finalização da submissão ao órgão pacificador se fracionaria apenas em méritos Jurídico entre ambos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

De outro modo, a perpetuação de uma ação gera custos para as ambas as partes, que em determinado momento poderá levar ao caminho do abandono da causa seja pela intimidação por conter recursos escassos para o custeio, seja por acatar qualquer valor oferecido por entender que a continuidade da lide gera transtornos maiores e gastos que não poderão ser sanados, é o que disciplina Cappelletti e Garth (1988).

De acordo com José Welligton Bezerra da Costa Neto (2013), somente a admissibilidade aos Tribunais não trazem plenitude suficiente para sustentar o ingresso em Juízo de forma eficaz, mas, a aplicabilidade deste instrumento atendendo as exigências constitucionais exigidas ensejaria um acesso a ordem Jurídica justa mediante tutela Jurisdicional que somente pode ser acatada e proporcionada por um sistema eficiente. Entretanto, constata-se desse modo, que tão somente um sistema elencado e seguido na Constituição Federal (CF) pode proporcionar a proteção Judicial efetiva.

Entrando nessa oportunidade, o liame existente quanto a duração razoável do processo previsto constitucionalmente se perfaz expressamente importante, pois, o tempo transcorrido dentro de um processo condiz com a notória posição processual perante uma

das partes de grau de desvantagem se correlacionado ao adversário ao tempo naturalmente exigido do decurso temporal do processo (NETO, 2013).

De acordo com Neto (2013), o decurso do tempo é um obstáculo meramente visível ao ponto que o prazo temporal é impreciso por ser igualmente transcorrido para todos, o que leva a discernir que o diferencial se trata dos efeitos deste período, logo, o tempo de forma isolada não transporta transtornos, mas, rigorosamente na especificidade individual de uma das partes na relação processual relacionada ao fator tempo.

Contudo, ao encontra-se a mercês dessas situações típicas elencadas torna-se imprescindível a aplicação de um sistema que possua mecanismos que possam trazer movimentações e inerente a isso, acelerar o desenvolvimento processual a fim de conceder tutelas urgentes para o reestabelecimento da isonomia material para um tratamento diferenciado dos mais fracos de forma a aproximar os componentes e reduzir as desigualdades (NETO, 2013).

Para Neto (2013), a igualdade tratada constitucionalmente corresponde a uma isonomia por meio da lei, e a uma isonomia na lei o que condiz que a relação Jurídica processual equivale a um tratamento paritário por meio do Juiz e perante o processo, quanto a imparcialidade do magistrado se respalda na manifesta validação da compatibilidade entre o autor e o réu nas ações.

Ao que se refere a igualdade de oportunidades se relaciona com a continuidade de garantir o contraditório elencado para ambas as partes, pois, a paridade de armas é uma garantia para os disputantes que o órgão Judicial se obriga a exigir que os métodos utilizados não se submetam ao padrão do togado, mas, ao enquadramento a norma pré-estipulada prescrita mediante lei para todos os processos, de acordo com Neto (2013).

Para Ricardo Geraldo Rezende Silveira (2020), o atual sistema e o modelo de acesso à Justiça no Brasil demonstram nitidamente a ineficiência e a desproporção financeira que se destacam como as principais fragilidades. Uma das diretrizes para tais acontecimentos se resume ao objetivo primordial em proporcionar uma decisão ao final do litígio sobre aquilo que o Estado foi acionado indicando a parte vencedora e os preceitos dos fatos e argumentos legais, não dirimindo os custos até aquela sentença.

O Judiciário ao que preze ao serviço prestado para um acesso efetivo à Justiça e justo, tocaria não apenas em uma resposta a solução, mas, a um trabalho conveniente para os litigantes e para o Estado ao que diz respeito a adequação, a qualidade, ao tempo, e aos custos oriundos. Entretanto, a óbice se instaura na estruturação concedida pela ausência de Juízes, servidores e até mesmo em incrementar mais equipamentos, o que ensejaria mais recursos (SILVEIRA, 2020).

A inadequação das ferramentas utilizadas para o acesso à Justiça e ao Judiciário se expõe como responsável primordial das consequências do sistema adotado. Portanto, a eficiência se presume a utilização de meios adequados para os fins que se destinam, assim como, a ineficiência se dará por utilizar meios inadequados de acesso ao Judiciário que agrava os recursos espedidos para essa utilidade, e, afronta os demais direitos fundamentais, como preconiza Silveira (2020).

Ao acionar a inercia do Judiciário e obter a apreciação de um Juiz não se exaure o objetivo final apenas por se direcionar a um órgão pacificador e resolutivo, a celeridade e efetividade precisam estarem correlacionadas ao que se trata sobre economicidade perante a proporcionalidade para os problemas Jurisdicionais e processuais, os impactos orçamentários não devem se inserirem como uma discussão para impactar o andamento dos procedimentos (SILVEIRA, 2020).

O Estado na impossibilidade de custear a acessibilidade a Justiça deve no mínimo oferecer o mais conveniente e oportuno acesso dentro das possibilidades e dentro das limitações impostas, ao passo que os congelamentos dos gastos ocasionados diminuiriam os danos relacionados a capacidade do fornecimento da prestabilidade (SILVEIRA, 2020).

Para Wilson Alves de Souza (2013), a prestação do serviço Jurisdicional é cobrada na medida em que são gerados investimentos para custear o local e toda a equipagem e matérias necessários, além dos servidores. Diante disso, o Estado faz a cobrança das custas processuais como forma de amenizar os recursos desfrutados, a indagação se resume para os litigantes como um custo a mais, por ter que desembolsar também valores para os pagamentos dos honorários advocatícios e as vezes, até perito e outros assistentes que se fazem precisos e, ao final, ainda há o ônus da sucumbência.

A gratuidade da Justiça se pronuncia apenas como a desnecessidade de pagamento de qualquer taxa ou custa junto ao poder Judiciário que independe do resultado da causa e, garante ao não pagamento dos honorários de sucumbência da parte contrária, quanto a assistência Judiciária gratuita é através da Defensoria Pública (DP) que se aduz como conceder um Advogado a parte sem conter o pagamento direto para tanto, o que se resume como duas vertentes concedidas aos necessitados (SOUZA, 2013).

A grande vertente trata-se necessariamente do conceito de pessoa necessitada e quais indivíduos poderiam se encaixar nesse critério, há como diferenciar aquele que postula e é reconhecidamente rico e aquele que postula e é reconhecidamente pobre, mas, há uma lacuna enfrentada quando aquele que postula pode se qualificar ou não como necessitado, e por isso, abre margens para passíveis discussões para ter acesso ou não ao direito à gratuidade do acesso à Justiça (SOUZA, 2013).

Quanto ao termo necessitado, importa frisar que não se conceitua como sendo aquele miserável ou pobre, mas, exclusivamente que no universo do caso concreto não terá como arcar com as despesas processuais oriundas da demanda, as circunstâncias resultam gastos que colocariam a si próprio ou o meio familiar em dificuldades financeiras, é o que preconiza Souza (2013).

Quando não ocorrer o exposto, dada a ausência dos defensores públicos perante a abrangência de necessitados e a escassez de servidores, é crucial salientar que o postulante pode relatar diretamente ao Magistrado de forma simples e por via oral para que por tempo estabelecido nomeie um defensor público ou um defensor dativo para resguardar os direitos estabelecidos na CF, o grande obstáculo reiterado são as grandes demandas com incumbência gratuita e a falta de agentes para a defesa (SOUZA, 2013).

Conceitua-se que a obtenção do direito à gratuidade da Justiça não se refere sobre o polo em que se encontra aquele que procura a defesa, podendo atuar como autor ou

como réu do processo tendo apenas a premissa de ser concedido aquele que se encontra juridicamente necessitado para a tutela Jurisdicional, a atuação do polo em que se enquadra não retira o direito à gratuidade, entretanto, ainda há desconhecimento quanto a este direito (SOUZA, 2013).

3. O ACESSO À JUSTIÇA E A INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), o auxílio de um advogado torna-se necessário ou fundamental para esclarecer as normas implementadas que se findam incompreensíveis e também, essenciais em decorrência dos ritos oriundos para o ajuizamento de uma demanda. O meio de solucionar os conflitos por via Judicial traz à tona a realidade que será enfrentada quanto aos elevados custos da inserção essencial de um patrono a causa e dos respectivos serviços prestados.

Dessa maneira, os litigantes são obrigados a arcar com as despesas para solucionar um conflito no Judiciário, seja com despesas de honorários advocatícios ou custas Judiciais. A exceção que se perfaz sobre a vertigem do ônus da sucumbência se firma na parte ter a plena certeza e consciência de vencer, o que se torna estritamente raro dado as comuns imprecisões de um processo, traduzido como um outro gasto do vencido, em pagar ao vencedor os honorários advocatícios decorrentes do advogado constituído (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Conforme apresenta Cappelletti e Garth (1988), a punição para aquele que na relação processual se determinou como vencido é 2 (duas) vezes maior devido ao pagamento da sucumbência de ambas as partes que não é estimada em decorrência da variação dos honorários advocatícios, sendo, portanto, inviável a exata quantia que custará a perca. As pequenas causas com quantia irrisória são aquelas que mais se lesionam pelos empecilhos dos custos em decorrência da grande possibilidade de estes ultrapassarem o valor da causa.

Seguindo esse pensamento, caso isso não venha a ocorrer, a descrição da petição pode causar a futilidade do requerimento, ao ponto que os custos corriqueiros de uma demanda são crescentes em detrimento ao valor postulado que se atenua. Ao passo que o fator tempo é determinante para ocasionar valores injetados ao Judiciário, uma vez que os disputantes que almejam uma solução Judicial vão permanecer a mercês desse resultado em média de 2 (dois) anos, chegando até a 3 (três) anos, ou mais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

As implicações desta circunstância se correlacionado aos índices de inflações são assoladores, o que implica ao pressionamento econômico em empurrar para a desistência da ação, pois, alarga e eleva o desembolso dos fracos financeiramente e terminam a impulsionar e permitir negociações irrelevantes e diversas das quais verdadeiramente se fazia jus (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Para José Welligton Bezerra da Costa Neto (2013), ao que se refere a Assistência Jurídica prestada pela DP e a Justiça gratuita, ainda se aduzem com significativa carência que não suprimidas uma vez que, existem outras especificidades que não são abrangidas

como por exemplo, as realizações de perícias e obtenção de diversas documentações.

Ademais, embora o Estado satisfaça uma significativa parte para desembolsar o sistema Judicial de salários e estrutura material, a outra parte que incumbe aos litigantes entrega uma redução quantitativa perante ao poder estatal frente aos processos, podendo ser apontado as custas judiciais e honorários do advogado como incumbências dos componentes processuais. A penalização do vencido do ônus sucumbencial se atrela a duas vertentes: penalista e estritamente ao ressarcimento, todavia tais correntes estão próximas (NETO, 2013).

Neto (2013), apresenta a primeira vertente penalista da condenação da sucumbência sendo a que se apoia como aquela em que pretende punir a parte que outrora foi injusta e agiu improba por meio da litigância de má-fé, a segunda vertente que é restrita ao ressarcimento visa que o disputante perdedor tenha uma diminuição patrimonial anteriormente sofrida pelo direito do vencedor.

Entretanto, ainda há uma terceira vertente sendo a que mais se aproxima da responsabilidade do reembolso processual, tendo como base a sucumbência pura e simples, concatenando que o direito é imutável de maneira que não pode haver uma desvalorização deste direito, mas, em verdade, trazer o reconhecimento, e, as despesas são respostas a decretação do direito (NETO, 2013).

Por seguinte, existem 2 (dois) princípios que delimitam as custas e as despesas processuais, sendo a antecipação e a responsabilidade objetiva do vencido. No mais, o sistema Brasileiro é altamente sucumbente por ser duplamente punido, sendo mais uma das características de cunho financeiro que limitam o acesso à Justiça e acabam afastando a nação a pretensão Jurisdicional (NETO, 2013).

Segundo Neto (2013), os provimentos que devem estar atrelados ao adentrar ao Poder Estatal quanto aos riscos de sucumbência e aos demais dispêndios como custas, honorários e perícias são nitidamente face aos carentes economicamente uma indisposição de litigar que pode levar até a renúncia ao exercício aos direitos, ou inclusive a especifica não tentativa de pleitear sobre um direito pertencente e válido.

Para Wilson Alves de Souza (2013), o problema socioeconômico é outro cerne que invade a esfera dos recursos escassos afetando diretamente o acesso à Justiça e relacionando-o ao problema educacional instalado, iniciando pelo mandato entre o advogado e o cliente para representação judicial e extrajudicial que se inicia com desconfiança e, esse descrédito leva até a não contratação.

A cultura da falta de confiança se correlaciona aos mais pobres e se incorpora e fixa em delineada sociedade, que se exacerba em casos de deslizamentos éticos e jurídicos dos advogados, como por exemplo, a omissão das prestações de contas aos clientes e o patrocínio infiel, por isso, a não punição pelos órgãos que deveriam fiscalizar e aplicar sanções para essas práticas trazem o foco da não submissão estatal (SOUZA, 2013).

A margem da desconfiança se estende aos demais agentes do poder Judiciário e do Ministério Público e se correlaciona em descrédito na imparcialidade e em acreditar na obstrução das penalidades de tais ações ou na ausência da fiscalização, logo, a venda de

sentenças favoráveis a outros como forma de usufruir ganhos é um exemplo do pensamento perpetuado aos mais desfavorecidos economicamente e um dos impedimentos a adentrar a esfera Judicial (SOUZA, 2013).

Outro problema cultural são as cerimônias e formalidades embutidas de maneira desnecessária, a exemplo das vestes que se introduzem como intimidações daqueles cheios de simplicidade colaborando aos humildes economicamente empecilhos ao acesso à Justiça (SOUZA, 2013).

A cultura e os pensamentos inseridos em determinados lugares carregam extrema dificuldade em mudanças ou são mais abrangentes para serem solucionados já que a mudança cultura se dar em longo prazo, porquanto, a solução estaria atrelada nitidamente na exigência ética inerente a todos, em especial aos condutores do direto, por seguinte, na punibilidade dos órgãos fiscalizadores para eventuais acontecimentos para ocasionar o restabelecimento da confiança, por fim, ressalta-se que vestes e formalidades não resguardam e não contribuem para a eficiência da prestação do serviço jurisdicional (SOUZA, 2013).

As barreiras concernentes aos socioeconomicamente desfavorecidos são evidentes na forma que são intimidadoras em retirar e culminarem o ambiente Judiciário menos usual aos cidadãos financeiramente humildes, sendo, portanto, danoso aos que almejam ter uma solução de um terceiro por meio de uma prestação Jurisdicional justa, ética e eficiente (SOUZA, 2013).

Ricardo Geraldo Rezende Silveira (2020), descreve que o acesso à Justiça entra no patamar da educação, saúde e do transporte público e, por isso, tem como dever conceder na medida do viável um custo admissível para quem o sistema foi criado, sendo desde então observados os limites do Estado em não conceder a totalidade, por consequência haverá uma contraprestação que seja adequada e proporcional aos desvalidos de maneira econômica.

O modelo do acesso à Justiça ideal carece de produção de condições matérias que possam infundir em menores preços ou em garantir uma pequena quantidade da elevação, de modo a suspender o crescimento demasiado dos altos custos que são problemas anexados aos embaraços relativos a prestação Jurisdicional. A economicidade atrela-se a efetividade e a celeridade do processo do mesmo modo que se une a proporcionalidade, pois, estão apenas em uma ligação quanto ao impacto orçamentário que estipulam contratempos processuais (SILVEIRA, 2020).

O Estado não pode custear a integralidade de um acesso, ficando mais longe a expectativa para custear um acesso perfeito, no mais, mesmo com demais despesas a serem pagas para os cidadãos ao utilizarem esse mecanismo de defesa o Estado deve incrementar o melhor acesso razoável e plenamente possível a todos (SILVEIRA, 2020).

A desproporção orçamentária relativa ao custo da estruturação da justiça Brasileira é um problema geral instituído de fato, e, notoriamente, a cada ano tramitam milhares de processos, e, cada vez mais que se perpassa os anos tendem a aumentarem, de fato são números altos que se tornam mais elevados se comparados em relação a outros países (SILVEIRA, 2020).

Delimitando essa ideia, cada Magistrado no Brasil recebe anualmente incontáveis processos ao passo que se concretiza a ideia de que não existem poucos Juízes, mas, numerosos processos. Levando diretamente aos custos globais da atividade Judicial Brasileira, alcançando os funcionários que auxiliam aos Juízes nessa empreitada. Observado o impasse, não há o que se opor quando a realidade da onerosidade correspondente aos valores das ações (SILVEIRA, 2020).

O custo individual por cada processo é alto ao ser equiparado a outros países, e, isso acontece por diversos fatores como por exemplo, o julgamento de numerosas causas simples e repetitivas, no mais, o custeio do direito de litigar fixa custo do processo para as partes que almejam possuírem uma resposta própria para cada situação em sua especificidade (SILVEIRA, 2020).

4. O ACESSO À JUSTIÇA E A MOROSIDADE PROCESSUAL

Para Nelson Batista da Silva Norberto (2019), a demora Processual e a abundância de processos entulhados no Tribunal de Justiça (TJ) são um dos principais problemas enfrentados para um acesso à Justiça célere. O maior dos problemas se concretiza pela falta de estruturação física, pela ausência de agentes, pela péssima condição de trabalho e especialmente, pelo desprovimento de apoio dos poderes Executivo e Legislativo.

O poder Judiciário é insolvente quanto a obrigação de promover a Justiça na circunstância que justiça atrasada se trata de plena injustiça e porquanto, deixa de cumprir a função social primária da pacificação social. Para um processo contextualizado por meio da celeridade se faz necessário um ordenamento do poder Judiciário com ordens próprias e rodeado da apreciação das necessidades humanas sem que haja a existência de tormentos quanto aos dados, tratando-se exclusivamente sobre a promoção da justiça por meio das respostas das lides eminentes da vida em sociedade (NOBERTO, 2019).

O poder Executivo tem a função de administrar, enquanto o poder Legislativo tem a função de legislar, já o poder Judiciário tem a função de julgar, das quais formam as funções dos poderes do Estado perante a Sociedade. Entretanto, os poderes Executivo e Legislativo se partem e ocorre o desequilíbrio estatal que acaba por ser segurado e efetivado pelo poder Judiciário o que o sobrecarrega uma vez mais por ser o poder considerado como a última instância para compor os conflitos, tendo desde logo, a obrigatoriedade de oferecer respostas hábeis e a responsabilidade de promover resultados satisfatórios (NOBERTO, 2019).

No que tange aos princípios básicos da celeridade processual e da duração razoável do processo, o Artigo (ART) 5º da CF dispõe que “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988). Esse ART leva a ideia primordial incumbido como direito fundamental assegurando a garantia que todos os processos devem possuir agilidade na entrega da prestação Jurisdicional promovida através do TJ.

Concernente a morosidade decorrente da prestação Jurisdicional a CF utiliza-se de outros meios para resguardar a pacificação social e os direitos fundamentais, tendo em

vista que a razoável duração do processo sendo um princípio basilar não serve como instrumento político, mas, como direito fundamental excepcional a fim de que seja utilizado como uma alternativa para solucionar as desavenças e não para estimular combates, logo, servindo tão somente para apaziguar (NOBERTO, 2019).

Para Luciana Gross Siqueira Cunha e Daniela Monteiro Gabbay (2017), a lentidão processual se dar pelas demandas repetitivas que trazem um alto índice de litigiosidade e contribuem para atrelar maior procura judicial e conseqüentemente ocasionar a degradação da delonga.

A lentidão se desdobra nas taxas de congelamento das demandas e o papel do Judiciário Brasileiro sofre grandes questionamentos acerca da atribuição no meio social e da declinação discernente a fração ínfima de resoluções ao alargamento das petições direcionadas ao pacificador dos litígios judiciais (CUNHA; GABBAY, 2017).

O poder Judiciário Brasileiro é diagnosticado em crise dada ao grande aumento de casos novos a cada ano que se passa, e, dada as taxas de litigiosidade que sofrem expressivos crescimentos, assim como, há grande quantidade de processos pendentes de decisões fazendo com que a morosidade permaneça e se configure como um dos fatores que se atrela ao desempenho judicial e no entanto, haja grande contribuição para a crise implementada face a Justiça (CUNHA; GABBAY, 2017).

A inefetividade da Justiça derivada da morosidade e litigiosidade possui determinada responsabilidade atrelada ao próprio poder Judiciário, seja porque a distância da agilidade gera mais quantidade de diligências seja porque não há uniformidade das decisões pelas instâncias do Judiciário das quais geram novas lacunas de teses jurídicas que criam a curto prazo um gerenciamento de novos volumes de pleitos (CUNHA; GABBAY, 2017).

As ações e os grandes volumes se inserem como definição da repetição de causas e do requerimento da particularidade de conclusões pessoais para obter um respaldo jurídico como meio de prova a ser utilizado, outro impasse são os ritos burocráticos utilizados ou ainda, a ineficiência da administração pública em gerenciar e combater as inconformidades das partes (CUNHA; GABBAY, 2017).

Outro ponto a ser explanado se reitera na quantidade considerável de questões que poderiam ser facilmente resolvidas fora do meio judicial, sendo até pela via extrajudicial, as solicitações que possuem este modelo interferem em causas mais urgentes e relevantes fazendo com que na maioria nas vezes sejam perdidas por ações dessa natureza (CUNHA; GABBAY, 2017).

Conforme disciplina Wilson Alves de Souza (2013), o problema da duração de um processo se dar pela dinâmica dos procedimentos pois, o Juiz além de ouvir o autor, ainda precisa ouvir ao réu, e todo o tramite que advém dessa relação como por exemplo, colher provas orais em audiências, determinar perícias, inspeções e designar diversas atividades corriqueiras. De modo conseqüente esse mecanismo é utilizado em incontáveis ações judiciais de forma excessiva e que normalmente resulta que as sentenças sejam demoradas.

Ocorre que, a demora processual tem passado bem longe da razoabilidade ao qual são inseridas, se tornando ainda mais grave quando invade a chamada efetividade da

Justiça pois, fere diretamente os direitos fundamentais dos cidadãos que aciona a inércia da tutela jurisdicional do Estado. Deixando a mercês a confiabilidade dos entes estatais ao se submeterem no perigo da demora do qual, pode resultar em dano grave ou em difícil reparação do bem (SOUZA, 2013).

Um julgamento é prejudicial e desgastante para ambas as partes e também para o Estado na medida em que um julgamento sem eficácia reitera a ideia da falta de credibilidade das instituições estatais face a toda a sociedade quanto ao cumprimento funcional, além, da perda dos objetivos e do valor investimento ao terminar uma causa sem retornos (SOUZA, 2013).

Para as partes o desgaste é ainda maior por tem o direito violado e não ser protegido, pelo gasto investido para obter um meio de comprovação e ressarcimento, pela perda do tempo principalmente dada a demora, pelo gasto com atos processuais individuais como comparecer em audiências e por toda a angústia até o resultado do julgamento (SOUZA, 2013).

Esperar por um tempo razoável causa um grande desgaste psicológico que se agrava quando está fora dos padrões da normalidade, e, receber do judiciário depois de todo o trâmite uma decisão favorável que contenha poucos ou nenhum resultado prático acaba resultando em doenças físicas e psíquicas e por diante em mais desgaste financeiros (SOUZA, 2013).

Não é raro em consequência relativa à demora das sentenças terminar por ocasionar acordos inviáveis entre as partes e que verdadeiramente não resolvem o atrito de maneira justa, mas, a parte mais fraca da relação não possui condições de esperar ainda mais tempo, preferindo até, perder no todo ou em parte do direito. Essa circunstância se desenvolve dando uma falsa resolução rápido do litígio (SOUZA, 2013).

O princípio da celeridade impede que o processo fique parado por muito tempo e as razões da demora excessiva dos julgamentos é causado em primeiro lugar por:

[...] colocar as leis processuais, com os seus procedimentos cheios de formalidades desnecessárias, como causa primeira, e até mesmo única, da demora excessiva dos julgamentos das causas, passando-se a se clamar por reformas legislativas que, num passe de mágica, serviram como panaceia para resolver o grande mal da morosidade da prestação jurisdicional (SOUZA, 2013, p. 341).

Em segundo lugar o problema da morosidade jurisdicional trata-se de:

[...] o exercício da função jurisdicional, como é elementar, exige estrutura suficiente, funcionários suficientes, mas, sobretudo, juízes suficientes para resolver os processos pendentes. Desse modo, o primeiro passo para se verificar a causa da demora excessiva dos processos é relacionar a quantidade destes com a quantidade de juízes disponíveis à população, para daí se constatar se os governos fizeram os investimentos necessários no que se refere às necessidades dos cidadãos nesse plano (SOUZA, 2013, p. 341).

Nesse estreita, se faz importante denotar que os mais prejudicados do atraso da tutela judicial tratam-se dos menos privilegiados da população inseridos na classe baixa dos quais não podem segurar toda esse decurso temporal e não possuem força política para pressionar os agentes do poder Executivo e Legislativo para investirem na administração da Justiça (SOUZA, 2013).

É preciso discernir o terceiro lugar do problema de os processos não se movimentarem de forma célere, qual seja:

[...] parcela de responsabilidade pela demora excessiva da prestação jurisdicional deve ser atribuída ao próprio Judiciário no plano da própria administração da justiça. Alguns exemplos podem ser trabalhados: casos de juízes e servidores que não desempenham suas tarefas regularmente, deixando, inclusive, de comparecer ao serviço sem qualquer justificativa; apuração e punição adequada de tais condutas pelos órgãos de controle; aplicação criteriosa dos recursos financeiros; racionalização do serviço jurisdicional (SOUZA, 2013, p. 351).

Ademais, os agentes do poder Judiciário não podem deixar de cumprir sua função jurisdicional e não devem priva-se das devidas responsabilidades inerentes da profissão com a prática de atos que não condizem com suas atividades, podendo tais incidentes serem também atribuídos à parte e seus causídicos quando possuem má-fé ou não. Tendo em mente que procuradores com poucas experiências e que não possuem preparo técnico podem atuar em atos processuais de maneira errônea prejudicando o andamento processual por resultarem em retificação ou em demais despachos para complementação (SOUZA, 2013).

Não podendo deixar de mencionar as duas figuras embutidas entre as partes postulantes, a primeira figura é aquela parte que possui integral interesse e disposição para acelerar o processo e todos os procedimentos por ter tido o direito violado, enquanto a segunda figura é aquela parte que violou o direito de outrem e por isso, possui integral interesse e total disposição para atrasar o julgamento da causa e usa de artimanhas para desacelerar ainda mais os feitos (SOUZA, 2013).

Nessa estante, aquele que teve o bem tutelado ferido anseia por um procedimento célere e quem obteve vantagem sobre o ocorrido tenta ao máximo atrasar todo o processo, por esse motivo, o provimento de cargos já existentes que estão vagos e novos projetos tendo em mente as necessidades da população fariam com que essas situações não prejudicassem o andamento processual ou que ocorresse de forma mais célere mesmo com essas prerrogativas (SOUZA, 2013).

O Poder Judiciário deve atuar atentamente sobre a atividade administrativa desempenhada, e também no que tange a fiscalização e as punições de magistrados e servidores faltosos e nas preparações respectivas. Quanto a atuação Jurisdicional está deve evitar atos processuais desnecessários e delimitar quanto forem auferidas pelas partes e seus advogados, e quanto a estes, uma atuação a fim de evitar delongas (SOUZA, 2013).

As causas de pequeno valor que sobrecarregam o judiciário e prejudicam as demais ações de maior relevância deveriam possuir instituições de órgãos jurisdicionais para retirar essa sobrecarga e facilitar as movimentações e diminuir a morosidade processual,

para que a celeridade pudesse adentrar para todos, entretanto, o valor econômico não define a complexidade da causa o que necessitaria de uma análise minuciosa que poderia facilmente pelos números das demandas nesse seguimento trazer outra meio de paralisação judicial dos processos (SOUZA, 2013).

Outra forma de resolver os conflitos de forma mais célere é por meio da arbitragem que é fora da atuação judicial, mas, com validade de um processo judicial, sendo conferida a um árbitro que funciona como um Juiz, no mais, é perceptível que esse meio de solucionar os conflitos tem um custo elevado pois, o pagamento de todas as despesas processuais incumbe as partes assim como, os honorários do árbitro, e é conferido as partes a escolha de um juiz privado para obtenção de uma solução rápida (SOUZA, 2013).

As classes menos privilegiadas não possuem condições para arcar com esse tipo de procedimento sendo obrigadas a se submeterem ao Juízo estatal da forma que se encontram, ou na segunda alternativa em não optarem por uma resposta estatal dada as circunstâncias das quais estão inseridas (SOUZA, 2013).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Notadamente, este estudo realizado através da revisão bibliográfica por meio de livros Jurídicos de autores recentes e retrógrados buscou enfatizar sobre o acesso à Justiça e a notória importância em meios as dificuldades apresentadas. Além disso, conforme demonstrado no decorrer da pesquisa ilustrou-se a barreira ocasionada entre o genuíno acesso à Justiça como o ingresso ao Judiciário e a efetiva igualdade em uma relação processual perante a ausência da concessão dos elementos norteadores para um acesso justo e eficaz.

O capítulo 1 (um) adentrou ao primeiro objetivo específico e buscou discorrer de maneira geral os obstáculos para obter um acesso efetivo à Justiça, relatando que a presença de tais elementos perpetua um processo por vários anos que leva os problemas da vida em sociedade não obterem uma solução que de fato resolva os problemas postulados e, por seguinte, acarreta na delonga da finalização da demanda. Concatenando que o direito de ação é inerente a todos assim como a produção de respostas individuais e aceitas no meio social fazem parte da proteção Judicial, entretanto, as partes adentram em uma ação com grandes diferenças e não apenas pelas dissemelhanças Jurídicas dos causídicos, o que os tornam desproporcionais por ausência de paridade de armas.

O capítulo 2 (dois) adentrou ao segundo objetivo específico buscando discorrer sobre a dificuldade enfrentada dada a insuficiência de recursos financeiros para adentrar ou permanecer em uma disputa processual pelos anos que se penduram uma causa, discorrendo sobre o gasto com a defesa para constituir um patrono a causa e as custas processuais provenientes da ação. Além do mais, o ônus da sucumbência trata-se de mais uma inserção de gastos, tornando para pequenas causas uma verdadeira oportunidade de ultrapassarem o valor discutido processualmente o que enseja a desistência da parte prejudicada financeiramente na relação processual ou há uma aceitação irrelevante se somado todas as necessidades como documentações e realizações de perícias para o fiel andamento do rito.

Por fim, o capítulo 3 (três) adentrou ao terceiro objetivo específico que relatou sobre a morosidade processual e todos os pormenores que envolve a ineficácia da razoável duração do processo garantido constitucionalmente, dentre os quais se destacam as altas taxas de litigiosidade, as demandas repetitivas, a ausência de uniformidade das decisões, os ritos burocráticos, as questões que poderiam ser solucionadas fora do meio Judicial, a evidente escassez de servidores, defensores e Juízes suficientes para arcar com a grande procura, a falta de estrutura que carregue todo o trâmite e por fim, a carência das atividades desempenhadas regularmente.

Considerando as ponderações realizadas, a pesquisa buscou responder ao seguinte questionamento: Toda a sociedade é composta de iguais oportunidades para solucionar os conflitos? Pode-se dizer que foi plenamente respondida a pergunta que gira em torno da pesquisa observado o objetivo geral que se eximiu em compreender o motivo ao qual a entrega da prestação da tutela Jurisdicional do Estado não ocorre de maneira justa e eficaz o que se desmistificou dentre os objetivos específicos e respondeu ao presente questionamento.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2022

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira; GABBAY, Daniela Monteiro. **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário**: Uma análise empírica. São Paulo: Saraiva, 2017.

NETO, José Welligton Bezerra da Costa Neto. **Assistência Judiciária Gratuita**: Acesso à Justiça e Carência Econômica. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NOBERTO, Nelson Batista da Silva. **A Razoável duração do Processo**: Direito fundamental objetivamente enquadrado numa constituição realista e o problema da pacificação social. Brasil: Nelson Batista da Silva Noberto, 2019.

PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. **Acesso à justiça e pobreza**: um recorte através da defensoria pública. Ceará: Dialética, 2021.

SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. **Acesso à justiça**: O direito fundamental em um ambiente de recursos escassos. São Paulo: Almedina, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de. **Acesso à justiça**: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. São Paulo: Boreal, 2013.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2013.

CAPÍTULO 2

DIREITO AO SIGILO SOROLÓGICO DO TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV

*RIGHT TO SEROLOGICAL SECRECY OF THE WORKER WITH THE HIV
VIRUS*

João Pedro Vieira Farias Menezes¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O presente trabalho de pesquisa visa trazer informação, bem como demonstrar que todos devem ser respeitados independente de sua sorologia ou situação vivente. Trazendo a realidade do trabalhador soropositivo do ambiente laboral, este que além de enfrentar uma sociedade recheada de preconceitos fruto de pensamentos adquiridos ignorantemente, lida com situações vexatórias e muitas das vezes discriminatórias dentro do trabalho. Ademais, é destacado seus direitos assegurados por lei, que garantem sobretudo o respeito a sua dignidade e individualidade, campos que devem ser rigorosamente resguardados, passeando pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como também pelo direito a vida privada do sujeito em discussão. Além disto é exposto as penalidades aquele que discrimina ou divulga o status sorológico com mero cunho de ferir a honra daquele trabalhador. De modo que não se pode deixar passar em branco estas situações que dificulta ou impeça o sujeito soropositivo ao ingresso no mercado de trabalho.

Palavras-chave: HIV. Dignidade da Pessoa Humana. Estigma. Sigilo. Direitos Trabalhistas.

Abstract

The present research work aims to bring information, as well as to demonstrate that everyone should be respected regardless of their serology or living situation. It brings the reality of the HIV-positive worker in the workplace, who, besides facing a society full of prejudices resulting from ignorantly acquired thoughts, deals with vexatious situations and many times discrimination at work. Furthermore, it is highlighted their rights guaranteed by law, which guarantee, above all, the respect for their dignity and individuality, fields that must be rigorously safeguarded, going through the Principle of Dignity of the Human Person, as well as the right to privacy of the subject under discussion. Furthermore, those who discriminate or disclose the serological status with the mere intention of hurting the honor of that worker are exposed to penalties. In this way, situations that hinder or prevent HIV-positive individuals from entering the job market cannot be ignored.

Keywords: HIV. Dignity of the human person. Stigma. Secrecy. Labor Rights.

1. INTRODUÇÃO

O povo brasileiro, uma sociedade miscigenada marcada pela diversidade nos faz refletir que a primeira instante se caracteriza como uma sociedade tolerante, mas a realidade em pleno século 21 é outra, ainda mais se tratando de um vírus rodeado de tabus e preconceitos que é o HIV (vírus da imunodeficiência humana), que ataca o sistema imunológico, responsável pela proteção do organismo das demais doenças.

Com a modernização e a globalização no mercado de trabalho, ficou ainda mais fácil o acesso a informações sobre aquele candidato à vaga oferecida ou trabalhador de determinada empresa. Tal feito, trouxe consigo também seu lado negativo, onde o acesso rápido e fácil de informações da vida das pessoas, viola em algumas situações o direito à vida privada expondo as suas intimidades. Tratando-se do portador do vírus HIV, essa violação traz à tona uma série de agravantes, expondo em algumas situações o trabalhador ser tratado de forma cruel por sua condição vivente.

Tendo em vista a violação da vida privada e a intimidade, como também o não respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o soropositivo precisa de dispositivos que o amparem em situações de discriminação seja no ambiente de trabalho ou em outro eventual lugar. Levando em consideração o que discorre sobre os direitos trabalhistas, o empregado soropositivo no ato de sua admissão, tem seu direito ao sigilo de sua sorologia, que garante não ser exposto a situações de discriminação.

Em busca de conhecimento, este trabalho tem por finalidade desmistificar os preconceitos passeando pelos princípios jurídicos e direitos, sobretudo trazendo as informações necessárias sobre os direitos do trabalhador soropositivo, dispositivos que podem ser acionados em caso de preconceito, bem como explicar as penalidades caso ocorra uma discriminação por status sorológico.

2. REALIDADE DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO EM CONTEXTO SOCIAL E LABORAL

Em contexto social e laboral, o portador do vírus HIV além de atravessar em si diversas barreiras, ainda tem que lidar com uma sociedade circundada e inflamada de pensamentos arcaicos adquiridos pela falta de informação sobre a doença. Podemos destacar que mesmo não tendo a doença em sua fase manifestada ou estando em tratamento com antirretrovirais com carga indetectável, este trabalhador é um trabalhador como qualquer outro, podendo exercer suas atividades no ambiente de trabalho, mostrando seu potencial laboral e não representando nenhum risco no que tange a contaminação dos demais trabalhadores.

A Constituição Federal em seu artigo 3º, Inciso IV, discorre sobre seus objetivos fundamentais, onde se busca promover o bem de todos e livre de preconceitos, independentemente de sua cor, raça, sexo, idade, dentre outras formas de discriminação. Tudo

isso para tentar eliminá-la, onde na sua prática existe dispositivos legais que podem ser acionados no âmbito judicial brasileiro. E além de ter seus direitos fundamentais como qualquer outro cidadão, possuem também uma legislação que o amparem por representarem um grupo frágil e que precisa de dispositivos para o amparar de preconceitos e discriminação.

Migrando para o ambiente de trabalho, é elencado ainda mais os direitos e garantias fundamentais, de modo que se pode destacar o direito a igualdade em conjunto a liberdade, seguridade contra a demissão sem justa causa, além dos demais direitos trabalhistas dispostos na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas).

Houveram tempos o quais os trabalhadores soropositivos eram vedados de atuar em determinadas áreas, como por exemplo saúde e alimentação, o que isolava ainda mais, fortalecendo os tabus que cercam a doença. Mas com passar dos anos e reconhecendo isto como uma prática que violava e discriminava o portador do vírus HIV, os órgãos profissionais e sindicatos assumiram posição e opuseram a esta prática que fora construída pelo medo e preconceito.

Se caracteriza de suma importância a eliminação de preconceitos no ambiente de trabalho no que tange aos portadores do vírus HIV, até mesmo como um ato de conscientização com teor informativo acerca da doença, mostrando que tal conduta discriminatória é crime, além de evitar o sofrimento do indivíduo, onde na maioria das vezes tal prática pode trazer consequências psicológicas severas aquele trabalhador.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio discorre sobre as garantias das necessidades vitais de cada indivíduo, também disposto no artigo 1º, Inciso III da Constituição Federal. Este que no final do século XX, transformou-se em um princípio do ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo explicação, entende-se que:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo (TAVARES, 2006, p.498).

Diante o exposto, entende-se que não se deve colocar tal trabalhador a qualquer situação vexatória e discriminatória por conta de sua sorologia, o considerando desigual, não o promovendo ou na maioria das vezes negando emprego por conta de sua condição, o que lhe exclui da sociedade.

Quando se fala na fase pré-contratual deste sujeito soropositivo, ele também se encontra amparado e com seu sigilo sorológico garantido. No momento o qual se pede exames para admissão e for pedido o teste de HIV, constata-se um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana além de violar os princípios da não discriminação e da igualdade. Quando a conduta correta seria avaliar por exames médicos apenas aquilo que



diz a sua capacidade laborativa, não invadindo sua vida privada.

O portador do vírus HIV, no exercício de suas atividades é um trabalhador como qualquer outro e se vê cumprindo com as obrigações impostas em seu contrato de trabalho, de tal modo, nenhum soropositivo deve ser destrutado em seu ambiente de trabalho exercendo de forma correta suas atividades, pelo simples fato de seu status sorológico uma vez que isso não o diferencia dos demais trabalhadores de determinado local.

“Para o trabalhador soropositivo ou doente de AIDS, a manutenção da relação de trabalho é uma necessidade. O trabalho tem função terapêutica contribuindo para o desenvolvimento do sentimento de utilidade, de integração social do trabalhador, propiciando-lhe não só a estabilidade econômica, quando não a fonte de renda, e a tranquilidade psíquica e mental para enfrentar a doença”.

Nesta fala de João Hilário Valentim (2003), é ressaltado que o trabalho tem papel relevante na vida da pessoa com HIV, por se um direito fundamental que garante seu sustento. Ademais, se caracteriza como um fator primordial no bem estar daquele trabalhador, sendo uma função terapêutica.

3. O RESPEITO AO DIREITO A VIDA PRIVADA DO PORTADOR DO VÍRUS HIV

No tocante ao direito de personalidade, toda pessoa deverá de gozar de seu direito a vida privada, bem como a sua privacidade respeitada. Acerca disso, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, expõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

É correto reiterar que a proteção a intimidade deve ser respeitada, pois é nela que se encontra o rol de informações que dizem respeito ao indivíduo, devendo permanecer no anonimato. No que tange ao anonimato e sigilo do portador de HIV, este só poderá ser quebrado mediante os casos que discorrem a legislação, seja ela por justa causa ou por autorização expressa da pessoa portadora do vírus.

A Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Portadora do Vírus HIV, no ano de 1989, em seu inciso VIII, afirma que nenhum sujeito deve fazer referência à doença de terceiros, sem o consentimento da mesma. Onde a privacidade do indivíduo soropositivo deve ser assegurada pelos órgãos competentes. Além disso, o Código Civil também se posiciona, defendendo o direito à vida privada em seu artigo 21, alegando que a vida privada da pessoa natural é um direito inviolável.

A discriminação do indivíduo soropositivo já pode se iniciar em sua fase pré-contratual, onde para sua admissão ao cargo em destaque se exige exames médicos e pode surgir dentre eles o exame anti-HIV, porém já se tem uma portaria acerca do assunto:

Portaria 1.246 / 2010 do Ministério do Trabalho e Emprego, Art. 2º: "Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV.

Parágrafo único: O disposto no caput deste artigo não obsta que campanhas ou programas de prevenção da saúde estimulem os trabalhadores a conhecer seu estado sorológico quanto ao HIV por meio de orientações e exames comprovadamente voluntários, sem vínculo com a relação de trabalho e sempre resguardada a privacidade quanto ao conhecimento dos resultados.

O sujeito soropositivo tem seu direito assegurado de manter em sigilo sua sorologia dentro de seu ambiente do trabalho, visto que tal exigência gera um certo desconforto aquele trabalhador, de modo a ser exposto ferindo diretamente a sua privacidade, trazendo à tona sua vida privada contendo informações que o mesmo tem sob suas mãos o controle. Onde cabe a tão somente aquele sujeito contar a alguém ou não sobre sua condição.

É necessários o amparo e o respeito a vida privada deste sujeito laborativo das situações discriminatórias, uma vez que com o avanço da tecnologia e o acesso rápido a vida das pessoas dá espaço para que estas situações ocorram. E em caso de qualquer violação, a primeiro momento se deve imediatamente registrar o acontecimento a Delegacia do Trabalho daquela região.

José Cabral Pereira Fagundes Júnior (2002, p. 83) também se posiciona no que corresponde ao respeito à vida privada e intimidade do soropositivo quando diz:

"à busca, portanto, pela efetividade do respeito à vida privada e à intimidade dos portadores do HIV, resulta da consequência natural da observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, visando realçar os objetivos da República Federativa do Brasil, notadamente no que concerne à construção de uma sociedade livre, justa e solidária..."

Se reforça, portanto, que a existência real do respeito ao sigilo sorológico anda em conformidade aquilo que dispõe o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, onde respeitado traz consigo o progresso de uma sociedade justa e livre de preconceitos, se caracterizando como um ambiente agradável aquele indivíduo que por vezes é colocado em situações vexatórias.

O direito ao sigilo sorológico do portador de HIV é algo sério, pois vai muito além do que se possa imaginar, estendendo-se até depois da morte do portador, conforme diz a Resolução 1.359 do Conselho Federal de Medicina em seu artigo 2º.

Art. 2º - O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes com AIDS; isso se aplica inclusive aos casos em que o paciente deseja que sua condição não seja revelada sequer aos familiares, persistindo a proibição de quebra de sigilo mesmo após a morte do paciente.

Logo, se faz necessário a consagração do respeito daquilo que diz concerne ao sigilo deste indivíduo. De modo que tal status de sorologia porventura venha à tona, acarreta diversos problemas no indivíduo, dentre eles psicológicos, motivado por vezes pelo pre-

conceito enraizado na sociedade sobre a doença. Portanto, o sigilo se faz necessário e é um instrumento de valor para a asseguuração dos direitos aos portadores do vírus HIV.

4. DIVULGAÇÃO DO STATUS SOROLÓGICO COMO PRÁTICA CRIMINOSA

No que tange a divulgação do status sorológico do portador do vírus HIV é uma prática criminosa e sobre isso há uma lei que ampara este indivíduo. A Lei nº 12.984/14, sancionada pela presidente Dilma Rousseff criminalizou a discriminação dos portadores de HIV, onde na constatação de algum ato que vise ferir a honra e a dignidade do soropositivo por meio da divulgação de sua condição, é tipificado como crime sob pena de 1 a 4 anos de prisão.

Nos ditames da lei, fica vedado a proibição negar trabalho, bem como a prática de exoneração ou demissão daquele trabalhador por sua condição. Também discorre que é proibida a divulgação do status sorológico dos portadores, com intenção de ferir a dignidade daquele sujeito.

Esta Lei veio para dar ainda mais amparo aos portadores de HIV, visto que antes não era tratada como tal, logo, na existência de uma lei específica ficou firmado o aumento da pena aqueles que cometem atos discriminatórios.

Foi promulgada no dia 3 de Janeiro, uma lei que traz mais amparo ainda ao soropositivo no que tange a seu sigilo, a Lei nº 14.289/2022, sendo autor o senador Randolfe Rodrigues, fruto da (PLS 380/2013). Esta torna obrigatória o sigilo e a preservação das informações daquele portador, onde este sigilo profissional só poderá ser quebrado mediante determinação da lei, pela autorização do portador em discussão ou por justa causa.

A lei discorre que este sigilo começa a ser obrigatório em diferentes âmbitos, dentre eles o campo trabalhista. O descumprimento desta lei, põe o agente público ou privado às penalidades dispostas na LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), onde as multas variam em até 2% do faturamento da empresa em seu último ano.

Além desta, o estado do Paraná no ano de 2004 já tinha em promulgação a Lei 14.362, que proibia a discriminação dos portadores de HIV, quando no ano de 2014 adveio a Lei Federal 12.984 que passou a criminalizar esta conduta:

Art. 1º. Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:

I - Recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;

II - Negar emprego ou trabalho;

III - Exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;

IV - Segregar no ambiente de trabalho ou escolar;

V - Divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender lhe a dignidade;

VI - Recusar ou retardar atendimento de saúde.

Todos esses meios legislativos vieram para trazer um maior conforto e segurança no meio laboral para o trabalhador soropositivo. Direcionando e traçando os caminhos jurídicos, bem como trazendo as informações para que tais situações vexatórias e sobretudo preconceituosas não venham acontecer.

E como estabelece o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos os seres humanos nascem livres e proporcionais naquilo que tange a dignidade, bem como no que diz respeito aos direitos. Fazemos parte de uma integralidade dotados de razão e consciência, por causa disto devemos agir ao próximo com o espírito de fraternidade.

Tais instrumentos jurídicos deveriam ser explanados de forma mais abrangente, sobretudo para esclarecer os direitos assegurados ao portador vírus HIV, bem como viesse a conhecimento das pessoas alegando que discriminar ou negar emprego a alguém por conta de uma doença é crime. Todos merecem um ambiente laboral liberto de preconceitos, até pelo que é por meio do emprego que se garante a sobrevivência.

Portanto, no reconhecimento de algum ato de exposição da condição sorológica com cunho discriminatório que vise ferir a intimidade e a vida privada do soropositivo no ambiente de trabalho, existem mecanismos judiciais que podem e devem ser acionados para amparar a vítima e punir o agressor, ressaltando que tal prática é criminosa, e que acima de tudo segrega um pensamento arcaico adquirido de uma doença que hoje em dia o portador tem seu sigilo assegurado por legislação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foi explanado as dificuldades de parte da população que busca emprego ou já se encontra nele por conta de sua sorologia. Destacando as diversas barreiras que este indivíduo atravessa para garantir o seu sustento, como se não bastasse ter que lidar com o vírus passa a lidar também com uma sociedade recheada de preconceitos, o que afeta diretamente o funcionamento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Este trabalhador, além de garantido o sigilo de sua sorologia tem direito ao respeito de sua vida privada, este que se caracteriza como um direito inviolável. Deve ser respeitada acima de tudo sua intimidade que no ambiente de trabalho não têm relevância, de modo que ninguém deverá fazer referência de terceiros sem o consentimento do mesmo. Além de informar que os exames pedidos no trabalho, só se deve analisar a capacidade laborativa daquele trabalhador, qualquer coisa a mais pode ser enquadrada como um desrespeito a vida privada.

O soropositivo, portanto, como qualquer outra pessoa deverá gozar de um emprego agradável e livre de preconceito, não podendo ser destrutado e tampouco discriminado por sua condição, posto que sua doença no meio laboral não o diferencia dos demais. E

ao reconhecer algum ato que vise ferir sua honra por conta da sorologia, existem mecanismos judiciais que o amparem e puna o agressor.

Referências

BRASIL. Lei nº 12.984, de 17 de junho de 2014. **Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm Acesso: 30 out. 2022.

BULGARELLI, A. F.; TÁVORA, P. R. **Aids e discriminação, a enfermidade no ambiente laboral / Aids and discrimination, the disease in the contextual labour environment**; DOI: 10.4025/ciencucidsaude.v12i4.10919. Ciência, Cuidado e Saúde, v. 12, n. 4, p. 797 - 803, 5 dez. 2013.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Todos%20os%20seres%20humanos%20nascem.> Acesso em: 30 abr. 2022.

Direitos das PVHIV | Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/direitos=-das-pvha#:~:text=XI%20%2D%20Toda%20pessoa%20com%20HIV.> Acesso em: 28 abr. 2022.

É ilegal pedir exame de HIV no admissional? Disponível em: <https://www.saudeocupacional.org/2015/08/e-ilegal-pedir-exame-de-hiv-no-admissional.html>. Acesso em: 4 abr. 2022.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral. **Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. P.83

Leis Estaduais. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14362-2004-parana-veda-discriminacao-aos-portadores-do-virus-hiv-ou-a-pessoas-com-aids.> Acesso em: 30 abr. 2022.

NASCIMENTO, João Pedro. **HIV/AIDS: Do combate à estigmatização à efetivação de direitos.** 2016. 59 f. Dissertação (graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZANOTELLI DE ALVARENGA, R. **Trabalho e HIV os direitos do trabalhador portador do HIV.** [s.l: s.n.]. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95096/2014_alvarenga_rubia_direitos_trabalhador.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 4 abr. 2022.

CAPÍTULO 3

AÇÃO PENAL

CRIMINAL ACTION

Cesar Augusto Sousa Campelo¹

Augusto Cesar Sousa Campelo¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

Trata-se de uma monografia realizada sobre o tema ação penal, sendo discutidos todos os temas e institutos relacionadas a esta temática, bem como fundamentada em doutrinadores de grande relevância e Leis para os discentes em Direito, bem como os Bacharéis em Direito. A ação penal é um meio exercido pelo Estado para o exercício do efetivo “jus puniendi” estatal, para uma condenação ou absolvição. A persecução penal iniciará a partir da infração penal praticada, no entanto, a ação penal iniciará com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime pelo Juiz. Nesta presente monografia estudaremos uma revisão bibliográfica, onde será apresentado o livro de Aury Lopes Junior, Renato Brasileiro de Lima, Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez e Edilson Mougénot. Por fim, no desenvolvimento desta presente monografia foi realizado o estudo sobre as principais características da ação penal, as espécies de ação penal e as condições da ação penal para uma eventual propositura de uma denúncia ou queixa-crime.

Palavras-chave: Ação penal, Condições da ação penal, Espécies de ação penal, Características da ação penal.

Abstract

It is a monograph carried out on the subject of criminal action, with all themes and institutes related to this theme being discussed, as well as based on highly relevant scholars and Laws for Law students, as well as Bachelors in Law. Criminal action is a means exercised by the State for the exercise of the effective state “jus puniendi”, for a conviction or acquittal. The criminal prosecution will start from the criminal offense committed, however, the criminal action will begin with the receipt of the complaint or criminal complaint by the Judge. In this monograph we will study a bibliographic review, where the book by Aury Lopes Junior, Renato Brasileiro de Lima, Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez and Edilson Mougénot will be presented. Finally, in the development of this present monograph, a study was carried out on the main characteristics of the criminal action, the species of criminal action and the conditions of the criminal action for an eventual filing of a complaint or criminal complaint.

Keywords: Criminal action, Conditions of criminal action, Species of criminal action, Characteristics of criminal action.

1. INTRODUÇÃO

A ação penal é um instituto jurídico imprescindível para a aplicação do “jus puniendi” no caso concreto, tendo em vista o meio pelo qual o Estado-Juiz se convence em relação à absolvição ou condenação do réu. Trata-se de um direito público subjetivo, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, conforme consubstanciado na Constituição Federal, bem como assegura a dignidade da pessoa humana, que, outrossim, é um direito fundamental consubstanciado na Constituição Federal.

Imperioso ressaltar, que o tema a ser abordado, é indispensável para os discentes em Direito, pois nela, encontram-se as fases a serem percorridas de toda a persecução penal. A ação penal é complexa e abrangente, haja vista que todo o processo penal gravita sobre esse instituto importantíssimo, garantindo todos os direitos fundamentais previsto no ART. 5º na Constituição Federal.

A ação penal é necessária para uma condenação ou absolvição do réu? A ação penal é o meio, ou seja, o instrumento para condenação ou absolvição do réu, portanto, haverá a presença da acusação, contraditório e ampla defesa, comunicações de atos processuais, produção de provas, audiência de instrução e julgamento e, havendo a possibilidade de interposição de recursos, em razão dessa exposição, temos a dimensão da imprescindibilidade deste tema.

Neste presente trabalho tem como objetivo principal compreender a ação penal no decorrer da persecução penal, prevista no ART. 24 ao 62 do Código de Processo Penal e especificamente descrever as características da ação penal, demonstrar as espécies da ação penal e bem como conhecer as condições da ação penal, conforme consubstanciado no Código de Processo Penal.

Nesta presente monografia, foram explicitados os autores Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci, Renato Brasileiro de Lima e Aury Lopes Jr. Todos os autores são consagrados no Direito Processual Penal, possuem uma vasta experiência nesta área, e são referências para vários discentes em Direito, bem como, operadores do Direito, tais como, Magistrados, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Delegados de Polícia Civil e Federal etc.

2. CITAR AS CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO PENAL

Compreendem-se como as características da ação penal, autonomia, abstrato, subjetivo e instrumental. A autonomia diz respeito que o Direito Processual Penal não se confunde com o Direito Penal. A característica abstrata entende-se que a ação penal independe do resultado do processo. A característica da subjetividade compreendida como titular da ação penal pública é o Ministério Público, em regra, e o titular da ação penal privada é o querelante ou seu representante legal. E a instrumentalidade se refere que a ação penal é o meio que o Estado-Juiz vai exercer o “jus puniendi”.



Para Fernando Capez entende que as características da ação penal são: a autonomia, abstrato, subjetivo, público, assim entende, Fernando Capez:

A ação penal é:

- (i) um direito autônomo, que não se confunde com o direito material que se pretende tutelar;
- (ii) um direito abstrato, que independe do resultado final do processo;
- (iii) um direito subjetivo, pois o titular pode exigir do Estado-Juiz a prestação jurisdicional;
- (iv) um direito público, pois a atividade jurisdicional que se pretende provocar é de natureza pública.

Para o doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

a característica do direito público é a atividade jurisdicional que se pretende provocar é de natureza pública. Daí se dizer que a ação penal é um direito público. Mesmo nas hipóteses em que o Estado transfere ao ofendido a possibilidade de ingressar em juízo (v.g., em regra, nos crimes contra a honra), tal ação continua sendo um direito público, razão pela qual se utiliza a expressão ação penal de iniciativa privada. (2020, pg. 294).

Em que pese essas características serem tradicionais no ordenamento jurídico, Renato Brasileiro de Lima, acrescenta mais duas características da ação penal, o direito determinado e o direito específico.

Renato Brasileiro assevera que:

o direito determinado: o direito de ação é instrumentalmente conexo a um fato concreto, já que pretende solucionar uma pretensão de direito material. Outrossim, o direito específico: é entendido como o direito de ação penal apresenta um conteúdo, que é o objeto da imputação, ou seja, é o fato delituoso cuja prática é atribuída ao acusado. (2020, pg. 294).

Para Edilson Mougenot, as características da ação penal são:

- a) Caráter público: a ação penal é direito público, porquanto, do ponto de vista subjetivo, exercido em face do Poder Público (Estado), e, do ponto de vista objetivo, contém uma pretensão de elevada relevância social (uma pretensão punitiva, fundada em direito material penal). Além disso, direito de ação é sempre exercido em face do Estado, já que tem por objetivo o último provocar a aplicação do direito penal material a um fato concreto.
- b) Constitui direito subjetivo: o direito de ação, categoria na qual se inclui o direito de ação penal, constitui uma faculdade – ou dever, no caso da ação penal pública, como adiante se verá – de agir, com a finalidade de obter tutela a determinado interesse.
- c) É direito autônomo: a autonomia do direito de ação penal significa que sua existência e a possibilidade de que seja exercido independem de qualquer relação jurídica material. Sua autonomia decorre da própria autonomia do direito processual com relação ao direito material, já anteriormente abordada.

d) É direito abstrato: essa característica da ação penal é, também, decorrente da autonomia do direito de ação em relação ao direito material. A doutrina que classifica a ação como direito abstrato contrapõe-se à corrente, outrora dominante, que a encara como direito concreto, segundo a qual o direito de ação surge da situação concreta em que ocorra violação de um direito material. Com efeito, o direito de ação, ou seja, o direito (ou poder) de obter um pronunciamento do Poder Judiciário, ao contrário do que inicialmente se considerava, não decorre da violação de direito material. Qualquer pessoa que tenha capacidade de agir poderá exercer o direito de ação, ainda que nenhuma violação a direito tenha ocorrido. A circunstância de que o autor da ação não tenha razão, ou de que não se tenham preenchido os requisitos necessários para que obtenha a tutela pleiteada, não obsta à concretização do direito de ação, uma vez que em todos esses casos o Poder Judiciário estará obrigado a manifestar-se, ainda que seja para decidir contra o autor da ação, ou para declarar extinto o processo sem julgamento do mérito. É, pois, direito abstrato porque independe do provimento jurisdicional, seja ele favorável ou desfavorável, justo ou injusto (2019, pg. 248).

Portanto, para a doutrina majoritária, existem de forma consolidada entre eles, somente quatro características da ação penal, são eles: direito autônomo, direito abstrato, direito subjetivo e o direito público, todos explanados por estes doutrinadores, há uma exceção que o Renato Brasileiro de Lima que acrescenta mais duas características da ação penal, são eles: o direito determinado e o direito específico.

3. APRESENTAR AS ESPÉCIES DA AÇÃO PENAL

A atual sistemática do código de processo penal traz dois tipos de espécie de ação penal, que pode ser pública ou de iniciativa privada, segundo o qual no caso concreto, a depender do caso, aplicar-se-á uma dessas ações. O art. 100 do Código de Processo Penal define a regra no Código Penal, da seguinte forma: A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. Ou seja, a regra é de que a ação penal pública é a regra no nosso ordenamento jurídico, aplicando por exceção, a ação penal de iniciativa privada.

Fernando Capez entende da seguinte forma sobre a sistemática das espécies de ação penal:

A par da tradicional classificação das ações em geral, levando-se em conta a natureza do provimento jurisdicional invocado (de conhecimento, cautelar e de execução), no processo penal é corrente a divisão subjetiva das ações, isto é, em função da qualidade do sujeito que detém a sua titularidade (2020, pg. 265).

A ação Penal Pública tem como titular o Ministério Público, e se subdivide em ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou seu representante legal e a requisição do Ministro da Justiça.

A Ação Penal Pública Incondicionada ocorre quando não necessita de representação do ofendido para instaurar ação penal. A ação penal pública condicionada à representa-

ção do ofendido ou seu representante legal ou à requisição do Ministro da Justiça ocorre quando, uma infração é praticada necessita de um desses legitimados para que a ação penal possa prosseguir.

Outrossim, Fernando Capez nos ensina:

Dentro dos casos de ação penal pública (exclusiva do Ministério Público), ainda há outra subdivisão, em ação penal pública incondicionada e condicionada. No primeiro caso, o Ministério Público promoverá a ação independentemente da vontade ou interferência de quem quer que seja, bastando, para tanto, que concorram as condições da ação e os pressupostos processuais. No segundo, a sua atividade fica condicionada também à manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal. É a letra do art. 100, § 1º, do Código Penal: "A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça" (2020, pg. 264).

A regra no ordenamento jurídico brasileiro é a ação penal pública incondicionada, no entanto, poderá ser de ação penal de iniciativa privada, a depender da infração penal praticada. A ação de iniciativa privada se subdivide em três, quais sejam: ação privada personalíssima, exclusivamente privada e ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública. A primeira ocorre quando somente o ofendido poderá intentar o seu exercício jurisdicional. A ação penal exclusivamente privada (ação penal de iniciativa privada propriamente dita) ocorre quando, o ofendido ou seu representante legal, somente estes podem intentar com a queixa-crime e em caso de morte ou declarado ausente por decisão judicial poderá o cônjuge, ascendente, descendente e irmão, nesta ordem, de acordo com o art. 31 do Código de Processo penal.

Renato Brasileiro de Lima em seu manual de Processo penal discorre da seguinte forma sobre a ação penal de iniciativa privada:

No silêncio da lei, a ação penal é pública incondicionada. Há, porém, situações em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação

penal à vítima ou ao seu representante legal, a eles concedendo o *jus persecuendi in judicio*. É o que ocorre na ação penal de iniciativa privada, verdadeira hipótese de legitimação extraordinária (ou substituição processual), já que o ofendido age, em nome próprio, na defesa de um interesse alheio, pois o Estado continua sendo o titular da pretensão punitiva. Na ação penal de iniciativa privada, o autor da demanda é denominado de querelante, ao passo que o acusado é chamado de querelado, sendo a peça acusatória chamada de queixa-crime (2020, pg. 345).

No que concerne as denominações da ação penal pública e ação penal de iniciativa privada, temos a denúncia e queixa-crime. A peça acusatória denomina-se denúncia que será utilizada somente nas ações penais públicas e será oferecida pelo Membro do Ministério Público, enquanto na ação penal de iniciativa privada a peça acusatória é denominada de queixa-crime e será oferecida pelo querelante ou seu representante legal.

Em suma, Fernando Capez, Renato Brasileiro de Lima entendem que a peça acusatória da ação penal pública é denominada como denúncia, por outro lado, a peça acusatória

da ação penal de iniciativa privada é a queixa-crime.

4. EXPLICITAR AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

As condições da ação penal é um instituto que, para haver a ação penal deve-se observar todos os requisitos da ação penal, que são: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse de agir, sendo denominadas de condições genéricas. No entanto, há previsão em doutrina que, além disso, há condição específica que pode ser de procedibilidade, Fernando Capez nos ensina da seguinte forma:

São requisitos que subordinam o exercício do direito de ação. Para se poder exigir, no caso concreto, a prestação jurisdicional, faz-se necessário, antes de tudo, o preenchimento das condições da ação. Ao lado das tradicionais condições que vinculam a ação civil, também aplicáveis ao processo penal (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para agir), a doutrina atribui a este algumas condições específicas, ditas *condições específicas de procedibilidade*. São elas: "(a) representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça; (b) entrada do agente no território nacional; (c) autorização do Legislativo para a instauração de processo contra Presidente e Governadores, por crimes comuns; e (d) trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento, no crime de induzimento a erro essencial ou ocultamento do impedimento". (2020, pg. 266).

Fernando Capez, ao tratar das condições da ação penal, sendo a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse de agir, diz:

POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO

Se no processo civil o conceito de possibilidade jurídica é negativo, isto é, ele será juridicamente admissível desde que, analisado em tese, o ordenamento não o vede, no processo penal seu conceito é aferido positivamente: a providência pedida ao Poder Judiciário só será viável se o ordenamento, em abstrato, expressamente a admitir. Nesse passo, a denúncia deverá ser rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime. Essa hipótese poderá, após oferecida a defesa dos arts. 396 e 396-A do CPP, dar causa à absolvição sumária do agente (CPP, art. 397, III).

INTERESSE DE AGIR

Desdobra-se no trinômio **(i) necessidade** e **(ii) utilidade** do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido, e **(iii) adequação** à causa, do procedimento e do provimento, de forma a possibilitar a atuação da vontade concreta da lei segundo os parâmetros do devido processo legal.

A *necessidade* é inerente ao processo penal, tendo em vista a impossibilidade de se impor pena sem o devido processo legal. Por conseguinte, não será recebida a denúncia, quando já estiver extinta a punibilidade do acusado, já que, nesse caso, a perda do direito material de punir resultou na desnecessidade de utilização das vias processuais. Essa hipótese poderá, após oferecida a defesa dos arts. 396 e 396-A do CPP, dar causa à absolvição sumária do agente (CPP, art. 397, IV).

A *utilidade* traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o

interesse do autor. Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins a que se presta, dir-se-á que inexistente interesse de agir. É o caso, e. g., de se oferecer denúncia quando, pela análise da pena possível de ser imposta ao final, se eventualmente comprovada a culpabilidade do réu, já se pode antever a ocorrência da prescrição retroativa. Nesse caso, toda a atividade jurisdicional será inútil; falta, portanto, interesse de agir. Esse entendimento, todavia, não é absolutamente pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Por fim, a *adequação* reside no processo penal condenatório e no pedido de aplicação de sanção penal.

LEGITIMIDADE PARA AGIR

É, na clássica lição de Alfredo Buzaid, a pertinência subjetiva da ação. Cuida-se, aqui, da legitimidade *ad causam*, que é a legitimação para ocupar tanto o polo ativo da relação jurídica processual, o que é feito pelo Ministério Público, na ação penal pública, e pelo ofendido, na ação penal privada (CPP, arts. 24, 29 e 30), quanto o polo passivo, pelo provável autor do fato, e da legitimidade *ad processum*, que é a capacidade para estar no polo ativo, em nome próprio, e na defesa de interesse próprio (CPP, arts. 33 e 34). (2020, pg 267).

Na visão de Renato Brasileiro de Lima, possui um entendimento semelhante ao de Fernando Capez, vejamos:

No âmbito processual penal, as condições da ação subdividem-se em condições genéricas, assim compreendidas como aquelas que deverão estar presentes em toda e qualquer ação penal, e condições específicas (de procedibilidade), cuja presença será necessária apenas em relação a determinadas infrações penais, certos acusados, ou em situações específicas, expressamente previstas em lei. Como condições específicas da ação penal, podemos citar, a título de exemplo, a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça.

Quanto às condições genéricas da ação penal, grande parte da doutrina entende que são aplicáveis ao processo penal as mesmas condições da ação tradicionalmente trabalhadas pelo processo civil – à luz da sistemática do novo CPC, legitimidade e interesse de agir –, sendo que há controvérsias quanto à verdadeira natureza jurídica da justa causa. Outra corrente (minoritária) entende que, diante da necessidade de se respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, as condições genéricas da ação penal devem ser buscadas dentro do próprio processo penal: prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa.

Para além das condições genéricas da ação penal, cuja presença é obrigatória em todo e qualquer processo penal, há determinadas situações em que a lei condiciona o exercício do direito de ação ao preenchimento de certas condições específicas. Sua presença também deve ser aferida pelo magistrado por ocasião do juízo de admissibilidade da peça acusatória, impondo-se a rejeição da denúncia ou da queixa, caso verificada a ausência de uma delas (CPP, art. 395, II). (2020, pg 309).

Portanto, ante estas explanações acerca das condições da ação penal, trata-se de uma ação penal que sem essas condições, o juiz, no juízo de admissibilidade poderá rejeitar ou acolher a denúncia ou queixa-crime. A ação penal tem dois tipos de condições, são eles: as condições genéricas e as condições específicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se de uma monografia que versa sobre um tema muito relevante para os operadores do direito, tendo em vista que, nela percorre todos os procedimentos até o trânsito em julgado. As características da ação penal devem ser analisadas, pois elas são essenciais para a propositura de uma denúncia ou queixa-crime.

As espécies da ação penal devem ser observadas, pois cada infração penal tem um tipo de ação penal, que em regra, é de ação penal pública incondicionada no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, também existe a ação penal pública condicionada à representação e a ação penal de iniciativa privada.

No que concerne às condições da ação penal, são de suma importância para o processo penal, pois sem as condições da ação penal, o Juiz, no juízo de admissibilidade poderá rejeitar a denúncia ou a queixa oferecida. Essas condições são obrigatórias para o prosseguimento da ação penal.

Referências

- CAPEZ. Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- DE LIMA. Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal em Volume Único**. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- JR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal**. São Paulo. Saraiva Jur, 2019.
- NUCCI. Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAPÍTULO 4

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ADMINISTRATIVE DISHONESTY

José Inácio Lindoso Alves¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O presente trabalho tem como tema a Improbidade Administrativa cometida por agentes públicos e políticos e busca abordar de maneira clara e objetiva os atos ilícitos e imorais que tem o condão de desestruturar a Administração Pública. Sendo assim, o tema será trabalhado diretamente sob a égide da Lei específica em questão, a Lei nº 8429/92 e, a Constituição Federal do Brasil de 1988. Diante do tema abordado, espera-se que a sociedade possa ter ainda mais contato com a verdade, com a Lei e principalmente, com o conhecimento. Como dizem há tempos, conhecimento é poder; mas este conhecimento não deve ser utilizado para o cometimento de atos ilícitos, mas, para trazer à luz que o povo não poderá ser enganado, ainda que a promessa seja maior que o ideal de sociedade perfeita.

Palavras-chaves: improbidade administrativa. agente público. moral administrativa. Estado. corrupção.

Abstract

The present work has as its theme the Administrative Improbity committed by public and political agents and seeks to clearly and objectively address the illicit and immoral acts that have the power to disrupt the Public Administration. Therefore, the theme will be worked directly under the aegis of the specific Law in question, Law nº 842/92 and the Federal Constitution of Brazil of 1988. In view of the theme, it is expected that society can have even more contact with the truth, with the Law and above all, with knowledge. As they have long said, knowledge is power; but this should not be used for the commission of illicit acts, but, to bring to light that the people cannot be more aware, even if the promise is that the ideal of perfect.

Keywords: administrative dishonesty. public agent. administrative morality. state. corruption.

1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso visa abordar o tema *Improbidade Administrativa* e a Aplicação da Lei nº14.230/2021 no Ordenamento Jurídico brasileiro através da análise doutrinária e jurisprudencial aplicável ao Direito Administrativo com o intuito dirimir dúvidas sobre as possíveis sanções que o Administrador Público pode sofrer ao ser enquadrado no crime de Improbidade Administrativa, sendo utilizado o método de pesquisa bibliográfica.

Desde que o Brasil fora descoberto e colonizado por portugueses entende-se que a população brasileira ainda vive uma cultura que não lhe é pertencente. O território sempre alvo de colonizadores das mais variadas nacionalidades e ensejou no coração dos futuros habitantes o sentimento de competição, de que devesse fazer o que fosse necessário para conquistar o que desejava e tomar, nem que fosse à força, aquilo que lhe beneficiaria de alguma forma. Foi o que ocorreu durante a escravização de índios e negros africanos, desde 1500. Temos assim, hábitos e culturas distorcidos. Entendia-se sempre os dois vieses: O político sempre vence porque tem o poder nas mãos (dinheiro público) ou, rouba, mas pelo menos faz. Não existe um político honesto na sua integralidade.

Tendo em vista que a cultura de corrupção utilizando o poder e o dinheiro público se faz até os dias atuais é que o estudo se faz necessário, principalmente, devido ao momento em que o Brasil vive, que apesar de toda a problemática causada por uma Pandemia, não ficou imune às armadilhas dos malfeitores de colarinho branco que se apropriam de coisa pública desde a sua iniciação na vida política até a sua retirada. Tem-se neste cenário agentes públicos e políticos aproveitando-se para propor a si e a seus comparsas o enriquecimento ilícito e por consequência, o prejuízo material à sociedade civil, que muitas vezes paga com a vida pela falta de escrúpulos e caráter de quem deveria manter o equilíbrio na relação entre o Estado e o povo.

Diante do tema abordado, espera-se que a sociedade possa ter ainda mais contato com a verdade, com a Lei e principalmente, com o conhecimento. Como dizem há tempos, conhecimento é poder; e este conhecimento não deve ser utilizado para o cometimento de atos ilícitos, mas, para trazer à luz que o povo não poderá ser enganado, ainda que a promessa seja maior que o ideal de sociedade perfeita. O conhecimento é a maior arma que o cidadão de bem pode ter contra os corruptos. O poder emana do povo e para ele deve ser usado.

Assim, pretende analisar os requisitos necessários em que o agente público é enquadrado no crime de Improbidade Administrativa, bem como as sanções aplicáveis a cada caso. Verificar, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, se há casos em que houve de fato condenação e cumprimento das penas aplicáveis nos casos de processos transitados em julgado. Relacionar os casos em que há a tentativa e a consumação do crime de Improbidade Administrativa; o que fez cada agente agir ou deixar de fazê-lo em cada etapa.

2. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Introdução

De acordo com a Constituição Federal de 1988, Carta Magna brasileira, o administrador público tem o dever de agir dentro dos parâmetros éticos e legais dispostos em nosso ordenamento jurídico. Sendo assim, deve agir com moralidade e probidade dentro do serviço público. Mas não somente isto! Tem a obrigação de atuar dentro da legalidade e publicizar os seus atos.

Falar de Improbidade Administrativa convém, primeiramente, falar sobre de onde decorre tal definição em Lei específica. Portanto, cabe aqui falar antes o que é moralidade e probidade dentro da Administração Pública que em quase nada difere dos demais âmbitos.

Dispõe o princípio da moralidade que a Administração pública tem o dever de manter um comportamento de acordo com a moral, a ética, os bons costumes, os princípios da justiça, equidade e com as regras da boa administração. Enquanto pode-se observar que a moralidade não apresenta mais que um conceito que está definido, inclusive na Constituição Federal do Brasil de 1988, aquilo que diz respeito a improbidade administrativa já está delimitado em Lei e estabelece punições para o servidor que incidem em tal crime. A probidade é, portanto, o ato de agir com honestidade, retidão e integridade.

Tendo o agente praticado algum ato ilícito, sua conduta poderá ser regulada dentro da esfera cível, penal e administrativa, uma não sendo capaz de anular as demais, é que pode ser denominado como tríplice responsabilidade do agente público. Podendo também inserir numa quarta possibilidade de responsabilização através da Lei de Improbidade Administrativa. É o que está disposto no artigo 12 da referida Lei. Nas palavras do Min. Luiz Fux, "O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o hábil". (STJ REsp 734984/SP).

2.2 Constitucionalidade dos atos de improbidade administrativa

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §4º, "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". Apesar de estar disposto na Carta Magna brasileira, sua eficácia é limitada cuja aplicação somente se deu através da Lei de Improbidade, Lei nº 8429/92.

O dever de probidade administrativa está prevista em outros dispositivos constitucionais, tais como o artigo 14, §9º, 15, inciso V, 85, inciso V. Tais dispositivos tratam da possibilidade de cassação, inelegibilidade e crime de responsabilidade cometidos por agentes públicos e/ou políticos.

Para a defesa da moralidade administrativa, há alguns mecanismos de defesa a se-



rem utilizados, tais como Ação Popular e a Ação de Improbidade Administrativa. A primeira possibilita a qualquer cidadão a propor a ação para anular ato lesivo ao patrimônio público à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. A segunda refere-se aos atos de improbidade como está previsto no artigo 37, §4º da Constituição Federal. Neste caso, permite-se propor a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

No caso da Ação de Improbidade, somente o Ministério Público ou a Pessoa Jurídica é titular de direitos, tendo como possíveis efeitos da decisão a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; multa civil; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Tratando-se deste assunto, a conclusão é de que a competência privativa é da União.

Deve-se lembrar que no caso de ato de improbidade os prejudicados acima citados não são os únicos a serem contemplados no rol legal, mas também todos aqueles que de alguma forma estão ligados aos Poder Público, seja por subvenção seja por benefício ou incentivo.

É sujeito passivo aquele que sofre em decorrência dos atos ilegais praticados por agente público/político. Neste termo, tem-se que as pessoas jurídicas que compõe a legitimidade para propor a ação de improbidade são a Administração Pública Direta e Indireta, empresas incorporadas ao patrimônio público, entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo oriundos de órgãos públicos.

Conforme está disposto no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, o agente público, servidor ou não, pode praticar o ato de improbidade. Inclusive, os funcionários e dirigentes de sindicatos, entidades assistenciais e demais integrantes do sistema S.

2.3 Moralidade dos atos administrativos

O ato de improbidade refere-se à violação do princípio da probidade administrativa, ou seja, violação do dever de o agente público agir dentro da moralidade durante a gestão dos bens públicos. O ato de improbidade refere-se a violação do princípio da probidade administrativa, ou seja, violação do dever de o agente público agir dentro da moralidade durante a gestão dos bens públicos.

É dever do agente público agir com honestidade, exercendo a sua função sem que para isto se aproveite dos poderes que lhe foram conferidos e tão pouco apropriando-se de coisa pública. É dever do agente público agir com honestidade, exercendo a sua função sem que para isto se aproveite dos poderes que lhe foram conferidos e tão pouco apropriando-se de coisa pública.

O Superior Tribunal de Justiça enfatizou que " a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo". A ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador". Para que seja tipificado como Ato de Improbidade Administrativa, segundo

o STJ, a conduta do agente deve ser caracterizada pelo dolo e a culpa, além da desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.

De acordo com a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, a ofensa aos princípios constitucionais é mais grave que transgredir uma norma. É devido ao princípio da publicidade, em que todos os atos devem ser públicos e estar disponíveis ao cidadão que eu possível ter acesso aos atos praticados pelo agente público. São princípios da Administração pública a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, portanto, todo agente público tem o dever de zelar por todos eles.

2.4 Sujeitos ativos e passivos da improbidade administrativa

Segundo a Lei de Improbidade Administrativa, os sujeitos passivos são aqueles que sofrem a ação, o ato criminoso, como os órgãos e as entidades públicas. E os sujeitos ativos serão sempre agentes públicos, servidores e empregados públicos que integram o quadro de funcionários/servidores do órgão/entidade afetado.

De acordo com a LIA o agente público é toda pessoa física que exerça função pública ou de interesse público nos órgãos da Administração Pública, independentemente se recebe ou não remuneração, se tem vínculo ou não com o órgão em questão. Sendo assim, agentes públicos podem ser os servidores públicos, os particulares em colaboração com o Poder Público, os agentes autônomos e os agentes políticos, com exceção do Presidente da República.

Mas o que são agentes autônomos? São aqueles pertencentes do Poder Judiciário, dos Ministérios Públicos, dos Tribunais de Contas e o Chefe da Advocacia-Geral da União. Já os particulares em cavitação com o Poder público "são aqueles que exercem atividades e gerenciam as verbas públicas nas empresas privadas que são controladas pelo Estado".

3. NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Introdução

O Brasil, desde o ano 1500, sempre passou por mudanças políticas oriundas de grandes movimentos sociais e políticos que visavam melhorar a situação em que o povo brasileiro se encontrava em cada época. Temos então, movimentos como a Inconfidência Mineira (1789); Revolução Federalista (1893 e 1895); Revolta da Chibata (1910); Movimentos Estudantis (1930, 1937, 1948); Diretas Já (1984), entre outros.

Com o intuito de libertar-se do domínio do governo comandado por militares por 21 anos, denominado Ditadura militar, no ano de 1985 fora convocada a Assembleia Nacional Constituinte pelo então presidente José Sarney. Durante cinco meses os cidadãos brasileiros e as entidades representativas puderam encaminhar suas sugestões para que fossem adicionadas ao texto constitucional. No mesmo ano, houve um debate com a Comissão



Provisória de Estudos Constitucionais, conhecida como Comissão Afonso Arinos. Somente no ano de 1987 é que a promulgação de uma nova constituinte passou a ser debate dos parlamentares, sendo instalada a Assembleia Nacional Constituinte. Após passar por 4 alterações em seu texto original, em 5 de outubro de 1988 fora promulgada a nova Constituição Federal do Brasil, sendo chamada também de Constituição Cidadã.

A nova Constituição Federal de 1988 tem como objetivo resguardar o direito as liberdades civis e as garantias individuais, propor a retomada das Eleições diretas, acabar com a censura à imprensa, dar aos analfabetos o direito ao voto, estabelecer outros direitos trabalhistas e a reforma do sistema tributário nacional. Além disto, prevê as competências de cada órgão, setor e poder, sendo harmônicos, mas nunca superiores entre si. Cada um com suas obrigações sem que haja invasão na competência dos demais. Prevê também as possibilidades de perda, suspensão e cassação dos direitos políticos e deixa claro que é contra qualquer ato de corrupção e afronta às normas constitucionais.

Sabe-se, porém, que apesar de todos os dispositivos regulamentadores de condutas sociais e morais negativas presente no ordenamento jurídico brasileiro não é suficiente para que haja diminuição na prática de agentes corruptos que atuam no cenário político brasileiro. Portanto, há a necessidade de um judiciário mais atuante e presente e de um sistema penitenciário mais sério, livre de favores e benesses. O mal deve ser combatido como o mesmo rigor que se exige uma conduta reta de quem tem o dever de escudar os direitos e garantias de cada cidadão. Entretanto, mesmo com a promulgação de um Constituição Cidadã e a liberdade de um sistema opressor, o que se vê é que dia após dia há um aumento de casos de corrupção que ocorrem, principalmente dentro do serviço público amparado pelos poderes ilimitados concedidos pelos políticos maliciosos eleitos com a falsa promessa de que seria diferenciado em suas ações.

Ao relembrar os primórdios da formação da sociedade brasileiras, verifica-se que desde sempre havia o ato de corrupção dentro da Coroa Real portuguesa. Em seu escrito "O Sermão do bom ladrão", o padre Antônio Vieira expôs as infrações cometidas pelos colonos e administradores de Portugal no Brasil:

Os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos.

De 1500 até o ano de 1992 não se ouvia falar em leis com duras penas para aquele que cometia o ato ilegal de corrupção, mais conhecido como desvio de verbas públicas ou superfaturamento de obras/serviços públicos. Apesar de desde sempre haver Comissões Investigativas ou intenções em combatê-los através da força. Mas, no ano de 1992, com um insaciável e incansável desejo por mudança e luta contra a destruição da nação brasileira, que apesar de tardia, é muito necessária até os dias atuais, foi promulgada a Lei de Improbidade Administrativa, chamada de LIA.

A Lei nº 8.429/92 dispôs sobre as sanções que podem/devem ser aplicadas aos agentes públicos que podem ocorrer nos casos em que a) os atos importam enriquecimento ilícito do agente público, b) atos que causam prejuízo ao Erário, c) atos que atentem contra os princípios da Administração Pública. As sanções podem ocorrer na esfera política, penal, cível e administrativa.

Durante sessão plenária nas casas legislativas do Senado e Câmara Federal no ano de 2021, o Senado aprovou a Lei nº14.230 que representa algumas mudanças na antiga LIA. A alteração na redação original da LIA traz novos questionamentos e possibilidades caracterizadoras do ato ilícito de Improbidade. Sendo assim, o debate acerca das alterações, ainda que pontuais, se faz necessário.

3.2 Lei de improbidade administrativa: paralelo entre as leis 8.429/92 e 14.230/21

Inicialmente, cabe ressaltar que a nova LIA não revoga a LIA de 1992. No entanto, suas alterações trazem um marco importante, tanto positivamente quanto negativamente. De acordo com a Lei 8.429/92, os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, não gerando, portanto, a cassação dos direitos políticos. Significa que a penalidade sofrida pelo agente ímprobo será apenas temporária.

A Lei 8.429/92 tem caráter nacional, aplicável a todos os poderes, cujo regime sancionatório é caracterizado por uma atuação coadjuvante ao preexistente. Significa que, antes de entrar no ordenamento jurídico lá no ano de 1992, já existia a possibilidade de Processo Administrativo Disciplinar em casos de Improbidade, no entanto, a LIA não revogou a aplicabilidade decorrente do PAD mas surgiu como regulamentação adicional. Os atos de corrupção e má-fé sempre existiram. Assim, tem-se que o Ato de Improbidade não é considerado crime e tampouco mera infração administrativa mas devem sofrer processo judicial. A competência para a aplicabilidade da sanção decorrente do ato ímprobo cabe tão somente ao magistrado.

Importante destacar que a LIA não se voltou apenas ao Agente Público, mas também ao particular que induzir, concorrer e beneficiar-se da prática do ato de improbidade. Do artigo 9º ao 11, tem-se na LIA nº 8.429/92 que os atos que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário, atentam contra os princípios da Administração Pública ou que concedem ou aplicam indevidamente o benefício financeiro tributário incorrem na Improbidade Administrativa.

Via de regra, a LIA nº 8429/92 dispõe que o Ato de Improbidade requer o dolo (com intenção de praticar tal ato). Em casos excepcionais, admite tanto o dolo quanto a culpa. Portanto, nos casos de enriquecimento ilícito, violação aos princípios e concessão indevida de benefício fiscal/tributário admite o dolo. No caso de prejuízo ao erário (imperícia, imprudência, negligência), dolo/culpa dependendo de cada caso concreto.

Com a nova redação, só serão considerados atos de improbidade aqueles oriundos de condutas dolosas. A lista dos Atos passa a ter um rol taxativo. O Ministério Público passa a ter exclusividade na propositura da ação. A suspensão dos direitos políticos passa a ser de até 14 anos (artigo 12) e houve alteração quantos as multas e os prazos prescricionais, além da exigência do trânsito em julgado. Nepotismo passa a ser considerado como Ato de Improbidade. Outra alteração foi a de que apenas os atos que importam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e aqueles que violam os princípios da administração pública estão incluídos no rol exemplificativo do artigo 8º e ss.

De acordo com o parágrafo 3º do artigo 1º da LIA 14.230/21, sem que seja comprovado o ato doloso com fim ilícito, o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas não gera a responsabilidade por ato de improbidade.

Quanto ao parágrafo 8º do artigo 1º, quando a ação ou omissão decorrer de divergência interpretativa da lei, ainda que a jurisprudência não tenha sido pacificada não será considerada como Ato de Improbidade.

Não houve, no entanto, alteração quanto ao alcance da LIA, sendo aplicada a todos os Entes da Federação, tanto na Administração Pública Direta e Indireta quanto a Entidades privadas que receba recursos públicos ou que concorra ao Erário para criação ou custeio. A repercussão do ressarcimento dos prejuízos é limitada a contribuição dos cofres públicos.

A partir da nova redação da LIA, a conduta do agente deve ser baseada no dolo. De acordo com o artigo 3º da Lei 14.230/21: "As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra *dolosamente* para a prática do ato de improbidade". Ainda, no artigo 1º, §3º temos que "O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa".

De acordo com a Constituição Federal do Brasil de 1988, o poder Legislativo é responsável por criar, editar e alterar/emendar leis que visam regular as ações de seu povo. Ademais, para que isto ocorra de forma a beneficiar a todos, com seus direitos e obrigações, os responsáveis devem, em sua totalidade e integralidade, ter uma vida ilibada, íntegra e capaz de servir de exemplo para os seus administrados. Ora, são os responsáveis por gerir através de reguladores formais os atos que são considerados ilícitos, ilegais e até mesmo imorais.

Ocorre que, com o passar dos anos, apesar do sentimento de mudança, a sociedade brasileira não tem conseguido se livrar dos sanguessugas de colarinho branco, usurpadores da máquina pública. Isto por quê, ao chegar ao poder, aquele que deveria zelar pela moral e bons costumes e probidade administrativa é o primeiro a iniciar a corrupção no seio da política brasileira. Trocam favores e votos por vagas em órgãos públicos, superfaturamento em licitações e até mesmo desvio de verbas pública e bens materiais.

Mesmo em meio ao caos provocado por uma pandemia catastrófica em termos mundiais, a sociedade brasileira presenciou casos de corrupção, principalmente no setor da saúde que precisou receber mais verbas que o de costume para tentar salvar vidas. Verdadeiros marginais à solta sucateando a saúde pública do Brasil e limitando a oportunidade de se obter sucesso no tratamento contra a doença viral causada por SARS-COV19. Segundo a Polícia Federal, no ano de 2020 o desvio chegou a R\$2 bilhões de reais. No mesmo ano, a população brasileira, enquanto lutava para sobreviver teve que assistir isolado por Lockdown sem poder trabalhar prefeitos, vereadores e deputados sendo investigados, presos ou respondendo a processos pelo ato de corrupção.

Com a alteração da Lei, aprovada pelos próprios corruptos, em sua maioria, não se tem mais notícia de que qualquer ilicitude tenha sido observada e punida devido ao requisito mais brando para o ato ilícito ser considerado como crime de improbidade adminis-

trativa. Então, agora, só o ato de querer cometer o crime e causar dano à administração pública é que é considerado como crime. É como dizer que aceitar propina para liberar algo ou fazer vista grossa para um mal necessário (ao seu próprio bem) não teve a intenção de causar danos e não é suscetível de ser penalizado. Mas aquele que desvia verba pública com o único intuito de enriquecer ou sucatear um setor público é punível. Não há lógica no que modificaram e aprovaram. Isto causará em via de regra margem para que todo o ato corrupto seja considerado culposo e nunca doloso. Portanto, o termo doloso jamais deveria ter saído do texto legal. Com a nova redação da LIA, muitas brechas foram abertas e a sociedade mais uma vez ficou descoberta e sem segurança jurídica perfeita.

Após a publicação da Lei nº 14.230/21 notou-se que as sanções sofreram algumas modificações e perdas. Sendo assim, faz-se necessário entender e traçar um paralelo entre as mudanças ocorridas. Na Lei anterior, nos casos de enriquecimento ilícito ocorria a perda dos bens acrescidos ilicitamente, o ressarcimento integral do dano, perda da função, suspensão dos direitos políticos por 8 ou 10 anos, multa civil de até 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial, proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios por 10 anos.

No caso de causar prejuízo ao erário, havia a perda dos bens acrescidos ilicitamente, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos, multa civil de até 2 vezes o dano ao erário e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios por 5 anos.

Ao violar os princípios administrativos, a consequência é de ressarcir integralmente o valor do dano, a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos, multa civil de até 100 vezes a remuneração do agente e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios por 3 anos.

Quanto a concessão indevida de benefício tributário ou fiscal, tem-se a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos, multa civil de até 3 vezes o benefício concedido. Devido a nova LIA/2021, ocorreram algumas alterações importantes que, a depender da situação em questão, podem afetar negativamente a sociedade. Com a Lei nº 8429/92, em seu artigo 12 tem-se já com a alteração devida que:

Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio

majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). (BRASIL, 1992).

Sendo assim, observa-se que após a sentença judicial o ressarcimento integral do dano ocorrerá através do direito de propriedade do agente que praticou o ato. Há agora a comunicabilidade das instancias, o que antes não era permitido, via de regra. Então, qualquer que seja a razão pela qual a absolvição criminal ocorra se houver confirmação pelo colegiado a ação impede o tramite por Improbidade Administrativa. Nos casos de sentença nas esferas civis e penais haverá comunicação com a Ação de Improbidade Administrativa se houver absolvição do agente indiciado por inexistência da conduta e negativa de autoria. Haverá também uma compensação em relação às sanções de outras esferas.

4. OCORRÊNCIA E CLASSIFICAÇÕES DAS SANÇÕES

A Lei de Improbidade Administrativa, tanto de 1992 quanto a de 2021 que prevê algumas alterações e não revoga a anterior, mas complementa, dispõe sobre os agentes que se enquadram no ato ilícito e as sanções oriundas de sentenças condenatórias.

Primeiramente, cabe destacar o conceito gramatical de sanção que se refere a “pena ou recompensa que corresponde à violação ou execução de uma lei”. Diz respeito a uma consequência por descumprir uma norma jurídica. Portanto, a Lei deve determinar em seu texto o tipo e as ocorrências em que devem ser aplicadas.

Nos casos em que se observou a Improbidade Administrativa as sanções tiveram natureza administrativa, política, civil e penal. As sanções aplicáveis segundo a LIA 14.230/21 nos casos de enriquecimento Ilícito são a perda dos bens acrescidos ilicitamente, ressarcimento integral do dano se houver dano efetivo, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por até 14 anos, multa civil igual ao acréscimo patrimonial e proibição ao direito de contratar com o Poder Público ou receber benefícios por até 14 anos.

Quanto ao prejuízo ao erário haverá perda dos bens acrescidos ilicitamente, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de até 12 anos, multa civil igual ao dano ao erário e proibição de contratar com o Poder público ou receber benefícios por até 12 anos.

Quando houver violação ao Princípio da Administração Pública, deverá ressarcir integralmente o dano se houver dano efetivo, multa civil de até 24 vezes a remuneração do agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios por até 4 anos.

As sanções por ato de improbidade administrativa só podem ser efetivas quando do trânsito em julgado. Nos casos em que houver atos de menor ofensa, ocorrerá apenas multa, perda dos bens e ressarcimento ao erário. No caso em que ocorra a perda da fun-

ção pública, via de regra, só atingirá o vínculo que o agente detinha na época do cometimento da infração; a exceção se dará nos casos em que houver gravidade da infração, sendo estendido aos demais vínculos. Nos casos excepcionais, o magistrado poderá duplicar a multa. E quando a sanção for de ressarcimento ao erário, esta poderá ser em até 48 meses.

A absolvição criminal sobre os mesmos fatos, independentemente dos motivos, se confirmada por decisão colegiada impede o trâmite por Ação de Improbidade. Sentenças das esferas cível e criminal se comunicam com a proposição da Ação de Improbidade. Se houver absolvição por inexistência de conduta ou negativa de autoria não haverá condenação e não precisa de uma decisão colegiada. Haverá também uma compensação com sanções de outras esferas. Assim, uma ação que tramita na esfera cível não impedirá de responder das demais esferas, mas diminuirá os efeitos e peso das demais sanções.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios é de conhecimento da sociedade brasileira que passou por um processo de colonização e escravidão das mais variadas formas que há um senso de corrupção e ilegalidade adjacente na cultura do povo. Não de forma generalizada, mas de forma específica e nefasta.

O cidadão brasileiro cansado de toda a má sorte que enfrenta tentou encontrar numa nova forma de governo um meio de ter suas cicatrizes apagadas. Ledo engano! Tem-se cada vez mais a falta de moralidade e princípios éticos por quem deveria garantir o regular funcionamento de um sistema que tinha tudo para ser perfeito, ou chegar perto disto.

No entanto, com o passar dos anos, o que se observa é que não se pode mais confiar integralmente naquele que fora eleito pelo povo para administrar os bens da sociedade, ou mesmo aquele que fora indicado ou aprovado para administrar as pastas públicas desta Nação.

Apesar de compreender que a legislação deve acompanhar a evolução dos hábitos, costumes e anseios sociais não há que se deixar afrouxar as regras para punir aquele que tenta a todo custo de forma dolosa e culposa destruir o que foi construído a base de muita luta e punições por querer uma sociedade livre e justa de fato.

As alterações ocorridas na Lei de Improbidade Administrativa acabaram ocasionando um sentimento de impotência e fragilidade ante aquele que é mau, imoral e age na ilegalidade. Limitar as sanções e os casos em que se deve punir é dizer ao povo que desviar, manipular e causar dano ao Ente Administrativo é menos prejudicial ao povo que os demais atos considerados crimes ou ilícitos.

Sendo assim, é dever e obrigação do cidadão probo contribuir para que o mau não prevaleça na Administração Pública, que haja fiscalização e cobrança.



Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021. Institui a alteração da Lei de Improbidade Administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.230%2C%20DE%2025,que%20disp%C3%B5e%20sobre%20improbidade%20administrativa

BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. Institui a Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

CORRUPÇÃO NO BRASIL. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2022. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Corrup%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil&oldid=63329242>. Acesso em: 4 abr. 2022.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. São Paulo: Atlas, 2019.

FILHO, Marino Pazzaglini. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. São Paulo: Atlas, 2018.

JUNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2016.

MELLO, Cesar Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAPÍTULO 5

ANÁLISE DA APOSENTADORIA DE PESSOAS TRANSGÊNEROS NO RGPS: A LIMITAÇÃO DOS REQUISITOS AO PADRÃO BINÁRIO CISNORMATIVO

ANALYSIS OF THE RETIREMENT OF TRANSGENDER PEOPLE IN RGPS: THE LIMITATION OF REQUIREMENTS TO THE CISNORMATIVE BINARY STANDARD

Kristh Elyda Melo Rodrigues¹

Isabela Aparecida Ribeiro Mouzinho¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O objetivo da presente pesquisa é discutir de que forma o sistema de aposentadoria do RGPS se aplica às pessoas transgêneros diante do padrão binário cisnormativo contido nele. A distinção de tratamento para o homem e para a mulher feita pelo sistema previdenciário gera uma indagação quando uma pessoa transgênero, que não se encaixa nesse padrão binário cisnormativo, precisa se aposentar. A pesquisa realizada foi pautada em revisão bibliográfica, na qual foram consultados livros, dissertações, cartilhas, artigos científicos e legislação, selecionados através de busca nas seguintes bases de dados Google Acadêmico e Bibliotecas física e online, se classificando como uma pesquisa qualitativa e descritiva. Chegou-se à conclusão de que os critérios legais de aposentadoria excluem a população transgênera porque esse grupo não se enquadra no padrão utilizado pela previdência social. Além disso, é importante se atentar para outras questões peculiares a essas pessoas: a dificuldade de inserção no mercado de trabalho, que gera a incapacidade contributiva e a baixa expectativa de vida causada principalmente pela violência. É essencial que se leve em consideração todo o contexto social de vida do transgênero e, com isso, se estabeleça regras de aposentadoria capazes de satisfazer o interesse desse grupo dentro da previdência social e da seguridade social como um todo, a fim de minimizar as questões sociais sofridas por eles, que são a baixa escolaridade, violência e exclusão do mercado de trabalho.

Palavras-chave: Aposentadoria. Transgêneros. RGPS. Padrão Binário Cisnormativo.

Abstract

The aim of this research is to discuss how the RGPS retirement system applies to transgender people in view of the cisnormative binary standard contained in it. The distinction of treatment for men and women made by the social security system raises an inquiry when a transgender person, who does not fit this binary cisnormative standard, needs to retire. The research was based on a bibliographic review, in which books, dissertations, booklets, scientific articles and legislation were consulted, selected through search in the following Google Academic databases and physical and online libraries, classifying itself as a qualitative and descriptive research. It was concluded that the legal criteria of retirement exclude the transgenic population because the group does not fit the standard used by social security. In addition, it is important to look at other issues peculiar to these people: the difficulty of insertion in the labor market, which generates the contributory disability and the low life expectancy caused mainly by violence. It is essential to take into account the entire social context of life of transgender people and, with this, establish retirement rules capable of satisfying the interest of this group within social security and social security as a whole, in order to minimize the social issues suffered by them, which are low schooling, exclusion from the labour market.

Keywords: Retirement. Transgender. RGPS. Cisnormative Binary Standard.

1. INTRODUÇÃO

A Seguridade Social surge através de um lento processo histórico evolutivo em que o Estado entende a sua obrigação de suprir as necessidades básicas dos indivíduos. Ela cumpre esse papel em três esferas: na Saúde através do atendimento de todos os cidadãos no Sistema Único de Saúde (SUS), na Assistência Social por meio de programas sociais e na Previdência Social.

Esta última se manifesta através do Direito Previdenciário e ampara seus contribuintes e dependentes em momentos de hipossuficiência. Apesar de ter passado por reforma recentemente, a legislação previdenciária ainda não acompanha o desenvolvimento da sociedade, já que o legislador se manteve omissivo em face de realidades que precisam ser normatizadas, como é o caso da aposentadoria de pessoas transgêneros.

O sistema de aposentadoria é pautado em um padrão binário cisnormativo, dando tratamento diferente para o homem e para a mulher. Isso gera discussão quando uma pessoa que não se adequa a essa cisnormatividade precisa se aposentar, como é o caso das pessoas transgêneros. Assim, essa análise é de suma importância, pois interfere diretamente na vida desse grupo de pessoas.

Diante disso, surge o seguinte questionamento: dentro do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), quais requisitos serão aplicados para a concessão de aposentadoria às pessoas transgêneros? Esse questionamento é importante porque os requisitos de aposentadoria se baseiam em dois pontos principais: a quantidade de contribuições e a idade, que variam de acordo com o gênero do indivíduo. Logo, pode ser que a pessoa transgênero seja prejudicada ou beneficiada nesse momento de escolha do gênero em que serão pautados os requisitos.

Por isso, esse trabalho teve como objetivo principal discutir de que forma o sistema de aposentadoria do RGPS se aplica às pessoas transgêneros diante do padrão binário cisnormativo contido nele. Isso foi feito através do desenvolvimento de três capítulos para facilitar o entendimento da temática. No primeiro capítulo foram abordadas as diversidades de gênero, através da análise da distinção entre orientação sexual, sexo biológico e identidade de gênero, da caracterização dos transgêneros e dos desafios enfrentados pela população trans.

No segundo capítulo foi apresentado a Seguridade Social, por meio do estudo da proteção social, do direito previdenciário e do instituto da aposentadoria. E o terceiro capítulo teve como foco a pesquisa sobre a aposentadoria do transgênero, sendo comentado a divergência de tratamento entre os sexos e a ponderação dos requisitos.

Esta pesquisa é classificada como qualitativa e descritiva e foi pautada em revisão bibliográfica, na qual foram consultados livros, dissertações, cartilhas, artigos científicos e legislação, selecionados através de busca nas seguintes bases de dados Google Acadêmico e Bibliotecas. Os trabalhos e livros utilizados como referência são de autores contemporâneos previdenciários e autores estudiosos sobre a temática transgênera.



2. DIVERSIDADE DE GÊNERO

2.1 Diferença entre orientação sexual, sexo biológico e identidade de gênero

Desde a educação básica, é ensinado aos estudantes as partes do corpo humano e o que diferencia um homem de uma mulher. Porém, pouco se fala sobre identidade de gênero, por que as pessoas ainda carregam um pré-conceito acreditando que falar desse assunto influencia as crianças e adolescentes e foi por isso que em 2019 João Dória, governador de São Paulo, mandou recolher todas as apostilas de ciências que tratavam da diversidade sexual sob a alegação “Não aceitamos apologia à ideologia de gênero” (GLOBO, 2019). Essa fala do governador expressa não só a opinião dele, mas de muitos brasileiros que desconhecem a real necessidade de ensinar, desde cedo, o conceito de identidade de gênero.

Para tratar desse assunto, primeiro é preciso saber distinguir orientação sexual, sexo biológico e identidade de gênero, expressões comumente confundidas. Maria Berenice Dias (2017, p. 87) define orientação sexual como “[...] a capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relação íntimas e sexuais com essas pessoas.” Ou seja, orientação sexual está relacionada a atração que um indivíduo sente por outro.

Antigamente o termo utilizado era opção sexual, mas este foi substituído por orientação sexual porque trazia uma ideia de que o indivíduo escolhia por quem sentia o desejo, podendo facilmente optar por qualquer inclinação sexual. Assim, a orientação sexual não é algo definido no indivíduo desde o seu nascimento, são as características próprias somadas a vivências e experiências que constroem a orientação sexual de cada pessoa.

A orientação sexual, portanto, está relacionada ao gênero pelo qual o sujeito se atrai sexualmente e nela as pessoas podem se classificar como heterossexual, homossexual, bissexual, pansexual e assexual. Segundo Mari Soares (2018), heterossexual é aquela pessoa que sente atração afetiva e sexual por pessoas do gênero e sexo oposto, o homossexual se atrai por pessoas do mesmo gênero e sexo, o bissexual possui desejo por pessoas dos sexos masculino e feminino, em relação ao pansexual a atração independe de gênero ou sexo biológico e o assexual não sente atração por nenhum gênero ou sexo.

Sexo biológico está relacionado ao “conjunto de informações dos cromossomos, órgãos genitais, capacidades reprodutivas e características fisiológicas secundárias que distinguem ‘machos’ e ‘fêmeas’” (SENA; SOUSA; BRITO, 2018, p. 07). Ele está relacionado às diferenças biológicas e anatômicas dos corpos. Além do sexo masculino e feminino, já conhecidos, existem também os intersexuais, indivíduos que possuem genitálias ambíguas ou ausentes.

Em relação a gênero, trata-se de uma construção social do sexo biológico, ou seja, como o indivíduo mostra para a sociedade a sua sexualidade (SOARES, 2018). Logo, identidade de gênero é a forma como a pessoa se identifica e deseja ser reconhecida, independente do sexo biológico atrelado a ela. Assim, “A identidade traduz o entendimento que a pessoa tem sobre ela mesma, como ela se descreve e deseja ser reconhecida”

(SENA; SOUSA; BRITO, 2018, p. 10). Nela há a classificação das pessoas em cisgênero que se reconhecem com o sexo biológico que nasceram, existindo uma identificação do sexo biológico com o gênero e pessoas transgêneros, que apresentam uma incongruência de gênero, não existindo compatibilidade entre sexo e gênero. Esta última é tema deste trabalho.

2.2 Caracterização dos Transgêneros

A transgeneridade não é algo que surgiu na atualidade. Na verdade, desde os tempos antigos há indivíduos que apresentaram expressões de gênero diferente das impostas, mas por conta de condenações morais havia um receio em assumir a incongruência de gênero. Hoje eles possuem mais visibilidade devido a busca estatal de proteção das minorias, a prevalência de princípios constitucionais como liberdade e dignidade da pessoa humana e, principalmente, a luta de grupos militantes.

Segundo Rafael Barifouse (2018) a expressão transgênero foi utilizada primeiro por John Oliven no livro Higiene Sexual e Patologia publicado nos anos 60, no qual a palavra era utilizada como contrário do termo cisgênero. A partir daí, passou-se a utilizá-la com mais frequência. E atualmente possui diversas definições, mas que convergem sempre para um mesmo sentido.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) traz a definição de transgênero no art. 1º da Resolução nº 2.265 de 2019, afirmando que "compreende-se por transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero". O conceito dado pelo CFM expressa muito bem a essência da transgeneridade, que é a não compatibilidade do gênero no qual a pessoa se identifica com o sexo biológico, se resumindo à expressão incongruência de gênero.

São considerados transgêneros as pessoas que se incluem nas seguintes diversidades de gêneros, segundo Sena, Sousa e Brito (2018):

- Mulher transexual: pessoa que possui uma identidade de gênero feminina e se reconhece como mulher, mas nasceu com o sexo biológico masculino;
- Homem transexual: pessoa que possui uma identidade de gênero masculina e se reconhece como homem, mas nasceu com o sexo biológico feminino;
- Travesti: pessoa que nasceu com o sexo masculino, tem identidade de gênero feminina e assume papéis de gênero diferentes dos impostos pela sociedade;
- Crossdressers: pessoa que não se considera travesti ou transexual, mas utiliza adereços para vivenciar diversos papéis de gêneros por motivos profissionais ou íntimos;
- Drag queen: indivíduo do sexo masculino que se veste de mulher por motivos ar-

tísticos ou de entretenimento;

- Drag king: indivíduo do sexo feminino que se veste de homem por motivos artísticos ou de entretenimento.

2.3 Conquistas e desafios da população trans

Por quase três décadas a Organização Mundial da Saúde (OMS) considerou o transgênero como portador de transtornos mentais na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde CID-11, o que cooperou para o preconceito contra as pessoas trans. Em 2009 os avanços começaram, quando o SUS, através da Portaria do Ministério da Saúde nº 1.820, começou a aceitar o uso de nome social em todos os serviços da rede pública de saúde do Brasil (VIEIRA, 2021).

No ano de 2016 foi publicado o Decreto nº 8.727 que passou a resguardar a identidade de gênero nas repartições e órgãos públicos federais exigindo respeito ao nome social e vedando a utilização de expressões discriminatórias. Mas foi em 2018, em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275 que o Supremo Tribunal Federal (STF) permitiu a realização administrativa da alteração do prenome e da classificação de gênero no cartório civil, independentemente de procedimento cirúrgico. Neste mesmo ano a OMS removeu os indivíduos transgêneros do rol de transtornos mentais e reclassificou em condições relativas à saúde sexual (VIEIRA, 2021).

Apesar dessas conquistas, os transgêneros ainda se defrontam com o desafio de inserção na sociedade, principalmente quando se fala em mercado de trabalho. A falta de aceitação social inviabiliza a inserção desse grupo de pessoas nos ambientes escolares, assim a maioria não conclui sequer o ensino médio. Isso gera a falta de qualificação profissional que, somada ao preconceito social, causa a exclusão dos transgêneros no mercado de trabalho formal.

São raros os casos de pessoas trans que concluem uma graduação, porque desde jovem assim que demonstram sinais de transgeneridade elas são rechaçadas, rejeitadas e excluídas e por conta disso abandonam a escola muito cedo. A principal consequência é a exclusão desse grupo do mercado de trabalho e o único meio que encontram para manter sua subsistência é se inserir no trabalho informal como cabelereiras, maquiadoras e principalmente como profissionais do sexo.

Nesse contexto, pode-se observar que há uma grande diferença entre a expectativa de vida da população transgênera e da população cisgênera. O valor referente àquela corresponde a menos da metade do número desta. Enquanto os cisgêneros vivem em média 75,5 anos, os transgêneros só atingem a média de 35 anos. Essa diferenciação ocorre principalmente pelo preconceito ainda existente que induz ao cometimento de crimes de ódio (BORTONI, 2017).

3. SEGURIDADE SOCIAL

3.1 A proteção social e a seguridade social

Proteção social é a preocupação em amparar pessoas em determinadas situações de hipossuficiência, através de medidas práticas. Essa preocupação sempre existiu. A forma mais antiga de proteção social é através da caridade que foi feita inicialmente por civis e posteriormente a igreja também assumiu esse papel. Foi só a partir do século XIX que o Estado iniciou sua atuação na proteção social após ser pressionado através das greves geradas pelo desenvolvimento da sociedade industrial.

Luana Alves Vieira (2021, p. 03) afirma que “a história da seguridade social no mundo é marcada por movimentos sociais organizados, junto com o desenvolvimento do capitalismo industrial e lutas por melhores condições de trabalho”. O desenvolvimento da sociedade e conseqüentemente das formas de trabalho, sem uma regulação legal, trouxe situações prejudiciais aos trabalhadores e estes se viram obrigados a exigir do Estado um mínimo amparo através de reivindicações. A partir disso o Estado começou a assumir uma responsabilidade perante os trabalhadores.

As relações de emprego à época da Revolução Industrial não tinham regulamentação alguma e isso acarretava na submissão dos trabalhadores à vontade dos empregadores, que colocavam àqueles em situações laborativas análogas a de escravos. Não se falava em garantias mínimas. Diante dessa realidade, os trabalhadores começaram a se organizar e realizar manifestações exigindo melhores condições de trabalho e de subsistência. A partir daí o Estado assumiu, gradualmente, um papel ativo na garantia dos direitos mínimos dos trabalhadores, iniciando sua transição para Estado de Bem-Estar Social (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Para que ocorresse essa efetiva proteção social, o Estado precisava amparar os indivíduos em certos eventos, garantindo, pelo menos, que eles tivessem o mínimo existencial. Foi com essa finalidade que a Constituição Federal (CF) instituiu a seguridade social, presente nos arts. 194 a 204. Esse sistema de proteção abarca três programas de grande relevância, que são a saúde, a assistência e a previdência, visando garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido com fundamento na solidariedade humana (ROCHA, 2018).

A CF conceitua a seguridade social em seu art. 194: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1998). Ela é o meio pelo qual o Estado busca efetivar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil presentes no art. 3º da CF quais sejam:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Um dos três pilares da Seguridade Social é a saúde, que está regulada nos arts. 196 a 200 da CF. Ela se constitui de ações e serviços descentralizados realizados pelos órgãos



federais, estaduais e municipais atuando em conjunto para garantir um atendimento integral. O objetivo não é se limitar apenas a assistência médica, mas também promover medidas preventivas relacionadas ao bem estar da comunidade, como as sanitárias, nutricionais, educacionais e ambientais (ROCHA, 2018).

O SUS é quem executa a Política Nacional de Saúde (PNS), regulada pelas Leis n. 8.080/90 e 8.142/90. Além disso, também faz parte da saúde a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada pela Lei n. 9.782/99 que promove o controle sanitário e a fiscalização da produção e consumo de produtos, cooperando para a atividade de prevenção (ROCHA, 2018).

A CF no art. 199 estabelece que a assistência à saúde é livre para a iniciativa privada. Assim, as pessoas jurídicas de direito privado podem atuar de forma complementar na garantia desse direito constitucional. Ainda, existem os Planos Privados de Assistência à Saúde, regulados pela Lei n. 9.656/98, que oferecem coberturas de custos assistenciais à saúde e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), regulada pela lei n. 9.961/2000, que é o órgão responsável por regular essa assistência complementar (ROCHA, 2018).

Outro pilar da seguridade é a assistência social. Prevista na CF nos arts. 203 e 204, que exerce ações de proteção dos hipossuficientes. Estes são selecionados com base nas pessoas que possuem maior necessidade, pois é impossível incluir todos aqueles que precisam já que nela não existe vínculo contributivo (ROCHA, 2018). Têm como objetivos, conforme versa o art. 203 da CF:

- I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
- VI – a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza (BRASIL, 1988).

A assistência social é inspirada no princípio da solidariedade, pois busca disponibilizar aquilo que é absolutamente indispensável com o fim de cessar o estado de necessidade do protegido, seja através de alimentos, roupas, moradia ou benefícios pecuniários (ROCHA, 2018). Ela tem o objetivo de auxiliar as pessoas em um momento de necessidade para que seja colocado em prática o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os indivíduos tenham, pelo menos, o mínimo existencial necessário para sua sobrevivência.

Assim, “cabe ao Estado a prestação de assistência social às pessoas carentes, sem exigência de qualquer contribuição, visando assegurar o mínimo existencial, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana” (AGOSTINHO, 2020, p. 33). Não seria lógico exigir dessas pessoas, que já estão em um momento de necessidade, uma contribuição como requisito obrigatório para que sejam amparadas pelo Estado, até porque geralmente elas não têm nem o necessário para manter sua subsistência.

O terceiro pilar é a previdência social, também conhecida como seguro social. Ela

surgiu com a finalidade de auxiliar os trabalhadores no enfrentamento de riscos isolados constantes na vida em sociedade, amparando apenas alguns indivíduos em um tempo determinado. A principal característica da previdência, e que a diferencia dos demais componentes da seguridade social, é a compulsoriedade e contributividade. A filiação dos trabalhadores é de caráter obrigatório e para que eles sejam considerados segurados precisam contribuir financeiramente para o sistema (ROCHA, 2018).

3.2 Previdência Social

Existem duas ordens de regimes na previdência social, os regimes públicos obrigatórios que são compostos pelo regime geral, regulado pela lei n. 8.213/91, para todos os trabalhadores que exercem atividade remunerada e pelos regimes próprios de previdência para os servidores ocupantes de cargos efetivos nos entes federados e os regimes complementares, que se organizam de forma autônoma e são de filiação facultativa (ROCHA, 2018).

O RGPS utiliza um sistema de repartição simples, no qual os trabalhadores em atividade financiam os benefícios e serviços concedidos aos trabalhadores inativos, com base no princípio do solidarismo contido no art. 3º, I, da CF. Nesse sistema de repartição é fundamental que se monitore a taxa de dependência que é a relação entre o número de trabalhadores ativos e inativos, pois com o baixo índice de natalidade e o aumento da expectativa de vida essa taxa pode se tornar desproporcional e causar um colapso no sistema previdenciário (ROCHA, 2018).

O RGPS é regulado pela lei n. 8.213/91, que é o Plano de Benefícios da Previdência Social. Possui uma filiação compulsória e automática para aqueles determinados como segurados obrigatórios e possibilita a filiação facultativa de pessoas que não se enquadram no rol de segurados obrigatórios. Estes segurados obrigatórios são os trabalhadores da iniciativa privada. (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Os benefícios e serviços serão concedidos nas situações em que esteja visível um risco social regulado por lei. Os riscos sociais cobertos pelo RGPS estão elencados no art. 201 da CF:

- I – cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;
- II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º (BRASIL, 1988).

Algumas situações, chamadas de contingências sociais, são resguardadas pelos regimes previdenciários, pois estes têm como finalidade amparar os seus beneficiários quando vitimados por esses eventos (ROCHA, 2018). Esses riscos sociais são fatos que ocorrem

causando um desajuste nas condições normais da vida, gerando necessidades a serem atendidas, que não podem ser satisfeitas pelo próprio indivíduo naquele momento.

O órgão responsável pelo gerenciamento do plano de benefícios e serviços previdenciários do RGPS é o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Ele foi criado pela lei n. 8.029 no ano de 1990 e é uma autarquia federal que tem a competência de conceder, negar e revisar os benefícios e serviços do RGPS aos segurados e seus dependentes (AMADO, 2020). Além disso, cabe a ele ainda as funções descritas no art. 5º da Lei nº 11.457/2007, que são emitir certidão de tempo de contribuição, gerir o fundo do RGPS e calcular o montante das contribuições para emitir o documento de arrecadação.

A CF traz os pilares da seguridade social, fixando seus princípios no art. 194. Dentre eles estão o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento e o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. Somente estes serão discutidos neste trabalho tendo em vista que o rol de princípios é muito extenso e os demais não possuem grande relevância para essa pesquisa.

O princípio da universalidade de cobertura e do atendimento significa a realização de ações, serviços e pagamento de prestações às pessoas que necessitem, aplicado nos três pilares da seguridade. (CASTRO; LAZZARI, 2020). Ele pode ser analisado sob o aspecto subjetivo, resguardando todas as pessoas que trabalham no país e os seus dependentes e sob um aspecto objetivo tentando atender a todos os riscos sociais contidos no Plano de Benefícios (ROCHA, 2018).

Analisando especificamente a aplicação desse princípio na previdência social, a universalidade não significa a concessão de direitos iguais para todos os trabalhadores, pois os valores dos benefícios dependerão do salário de contribuição do segurado. (ROCHA, 2018). Esta universalidade é uma igualdade material, que busca igualar os desiguais e distinguir os iguais na medida das suas discrepâncias. Nesse sentido, a cobertura está ligada as situações que serão protegidas e o atendimento é o provimento de serviços e benefícios aos segurados (AGOSTINHO, 2020).

O princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços leva em consideração que o INSS não possui capacidade financeira para cobrir todas as situações de contingências sociais. O objetivo é utilizar os recursos disponíveis para atender os que mais precisam, através da seleção das contingências mais importantes e distribuição ao maior número possível de necessitados. (AGOSTINHO, 2020).

3.3 Instituto da aposentadoria

Como já citado acima, um dos riscos sociais cobertos pelo RGPS é a idade avançada. Nesse caso há a aplicação de um benefício previdenciário chamado aposentadoria. Esta, segundo Castro e Lazzari (2020), tem como características a durabilidade e a substituição da renda do segurado para assegurar a sua subsistência, pois o envelhecimento é uma questão que gera a limitação da capacidade laborativa.

O tipo de aposentadoria a que este trabalho se refere é a aquela aplicada aos segu-

rados do RGPS que trabalhavam em ambiente urbano. Nela, como versa o inciso I, do parágrafo 7º, art. 201 da CF, o segurado precisa cumprir condições etária e de tempo de contribuição, que foram modificadas recentemente pela Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019. O homem deve ter 65 anos de idade e completado 20 anos de contribuição, ao passo que a mulher deve ter 62 anos de idade e cumprido 15 anos de contribuição previdenciária no momento da aposentadoria.

Vale observar que a Reforma da Previdência também trouxe regras de transições, para que não houvesse um aumento brusco dos requisitos, sendo estes modificados gradualmente, com o passar dos meses, até que sejam atingidas as exigências da lei nova.

Pode-se perceber que há uma divergência de tratamento entre homens e mulheres neste momento de aposentadoria, sendo os critérios mais benéficos para a mulher. Isso ocorre por fatores biológicos e sociais. O primeiro fator está relacionado a reprodução, já que a gestação acarreta mudanças físicas e emocionais na mulher, além do fato de que ela geralmente é a responsável pela maior parte dos cuidados com a criança. Já em relação a questões sociais, a mulher historicamente teve dificuldades para se inserir no mercado de trabalho e receber uma remuneração equiparada a do homem.

Essa diferença de tratamento é feita com o objetivo de se atingir uma igualdade material entre os sujeitos que ocupam posições desiguais: homens e mulheres. Essa desigualdade também tem referência na dupla jornada desempenhada pela mulher e busca-se um ajuste de prejuízos com a aplicação dos critérios mais benéficos (BENEDETTI, 2020).

4. PONDERAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS DE APOSENTADORIA PARA OS TRANSGÊNEROS

Como já definido nos capítulos anteriores, apesar de ter sofrido reforma recentemente pela EC nº 103/2019, a previdência social ainda se mantém omissa em relação a algumas mudanças sociais, possuindo uma ultrapassada visão binária cisnormativa dos requisitos para a concessão de alguns benefícios previdenciários. Para a aposentadoria no RGPS o segurado precisa cumprir requisitos etário e de carência, havendo tratamento diferenciado de acordo com o seu sexo. Diante disso, gera-se discussão acerca da aposentadoria de pessoas transgêneros.

Nesse contexto, a autarquia federal responsável por conceder os benefícios previdenciários é o INSS. Este órgão integra a administração pública indireta e segue todos os seus princípios. Um dos mais importantes é o da legalidade, que consiste na aplicação literal da lei estando os agentes públicos autorizados a fazerem, no exercício de suas funções, apenas aquilo que a lei expressamente prevê. Porém, as regras sobre aposentadoria não incluem a população transgênera e isso deixa o INSS em uma situação de inércia quando se defronta com casos concretos de aposentadoria de pessoa transgênero, visto que ele fica impossibilitado de realizar interpretações ou analogias por estar pautado no princípio da legalidade.

No momento da solicitação do pedido de concessão de aposentadoria junto ao INSS



é necessário a apresentação de alguns documentos e é importante que a pessoa transgênero já tenha realizado as alterações de gênero e prenome no assento de nascimento ou casamento no próprio cartório. Esse direito foi legalizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Provimento nº 73.

Em ato contínuo, o indivíduo deve abrir um processo administrativo diante do INSS, seguindo as orientações da Instrução Normativa nº 77 do INSS/ PRES (BRASIL, 2015) para retificar seus dados no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). Assim, só depois de realizadas estas alterações é que o transgênero deve solicitar administrativamente o benefício previdenciário. Porém, nem todas as pessoas trans fazem essa retificação de informações junto ao CNIS.

Alguns autores defendem a concessão de aposentadoria de acordo com as informações dos registros públicos. Eles acreditam na aplicação das regras de forma proporcional com base no período em que o indivíduo se identificou com cada um dos gêneros para manter o equilíbrio do sistema (JORGE, 2017). Nessa linha de raciocínio o homem trans seria prejudicado, pois teria que contribuir por mais tempo e a mulher trans beneficiada com requisitos mais brandos.

Além disso, deve-se atentar para o fato que utilizar a alteração dos registros públicos como data de mudança do gênero não é o ideal, visto que o gênero é resultado de processo de construção e geralmente o indivíduo mostra características de transgeneridade desde criança (BUTLER, 2019). Logo, é impossível que se estabeleça uma data como momento exato em que houve a transição de gênero, pois essas características já nascem com o indivíduo. O que ocorre, por vezes, é a exposição tardia da incongruência de gênero.

A aplicação do critério proporcional citado acima é baseada na preocupação com o equilíbrio do sistema financeiro e atuarial, princípio contido no art. 201 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ele tem a finalidade de assegurar o equilíbrio entre receitas e despesas (AMADO, 2020). Porém, é impossível que a aplicação dos critérios de aposentadoria com base integralmente no gênero identitário cause algum impacto financeiro relevante no sistema previdenciário, já que a população transgênera tem um número reduzido.

Além disso, a preocupação com o surgimento de fraudes é desnecessária já que o procedimento é demorado, levando em média dois anos somente para conseguir o atestado médico, não sendo muito vantajoso para o indivíduo que tem o objetivo de fraudar o sistema esperar todo esse tempo (CAFÉ PREVIDENCIÁRIO, 2021). A própria legislação estabelece critérios bem rígidos para que o indivíduo que se considera transgênero consiga um atestado médico que confirme a sua transgeneridade.

Outros autores defendem que a concessão de aposentadoria deveria ser de acordo com o gênero que o indivíduo se identifica, sem adotar critérios proporcionais. É o momento em que o transgênero passou pela cirurgia de redesignação sexual ou por tratamentos hormonais que seria considerado como momento da mudança de gênero e não o que consta nos registros públicos (SIQUEIRA; NUNES, 2018). Porém, diante dessa corrente de pensamento os indivíduos que não buscam passar por tratamentos médicos porquê não sentem necessidade de alterar seus corpos seriam excluídos.

A justiça tem estabelecido o entendimento de que o gênero a ser considerado para fins de aposentadoria deve ser o contido na certidão de nascimento no momento do requerimento da aposentadoria. Seguindo essa linha de raciocínio, a mulher trans seria beneficiada, por cumprir um tempo menor de contribuição e idade e o homem trans prejudicado (BENEDETTI, 2020). Não existe um consenso sobre o assunto, é por isso que a maioria das discussões que versam sobre isso seguem para o judiciário.

O posicionamento das cortes superiores é respeitar a identidade de gênero das pessoas trans, garantindo os seus direitos. Porém, a inexistência de norma específica que torne esse pensamento legal inviabiliza a concessão dos benefícios no âmbito administrativo, sendo necessário levar a causa ao sistema judiciário (ARAÚJO, 2021). Assim, quando uma pessoa transgênero tenta se aposentar seguindo o procedimento administrativo no INSS e não consegue por conta de imbróglio devido a mudança de gênero, ela recorre ao judiciário e é obrigada a esperar por todo o rito processual judiciário para conseguir o benefício, o que se torna mais demorado.

As regras aplicadas para a concessão de aposentadoria estão previstas no art. 201, §7º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Este dispositivo legal exige como critério etário que o homem tenha no mínimo 65 anos e a mulher 62 anos. Essa diferenciação entre os sexos está relacionada a fatores biológicos e sociais, já que a mulher é a principal responsável pela reprodução da espécie humana o que gera mudanças físicas e emocionais em seu corpo além de geralmente possuir a maior responsabilidade pelo filho e devido à dificuldade de inserção e valorização da mulher no mercado de trabalho.

Assim como o raciocínio de que a mulher deve ter o direito de se aposentar mais cedo por sofrer dificuldade de ascensão na sociedade, devido ao preconceito e machismo ainda enraizados, os transexuais também deveriam ter o direito de se aposentar mais cedo, independentemente do gênero, já que esse grupo sofre grandes dificuldades de desenvolvimento social e profissional (BENEDETTI, 2020). Por isso, o ideal seria a formulação de uma legislação específica para a inclusão desse grupo de pessoas no sistema previdenciário, mais especificamente falando de aposentadoria.

Esse pensamento vem da análise das questões peculiares a essas pessoas: a baixa expectativa de vida causada pela violência e a dificuldade de inserção no mercado de trabalho, que gera a incapacidade contributiva. Infelizmente, no Brasil o índice de violência contra pessoas trans ainda é muito alto. Em 2021 foram contabilizados 140 assassinatos de pessoas trans. O país ocupa, há 13 anos, o primeiro local no ranking de países em que mais matam trans (VALENTE, 2022). E isso levando em consideração apenas os casos registrados, pois não existe um órgão público nacional que recolha informações e faça pesquisas acerca da temática. Quem desenvolve essa atividade hoje é a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA).

Essa violência só evidencia mais ainda a discriminação e preconceito existentes na sociedade. São atitudes que impactam diretamente na vida de toda uma classe social que vive com medo, pois não sabem se, ao sair, chegarão vivos em casa. Isso influencia na expectativa de vida dessa população, já que, por conta da frequente violência, muitos transgêneros morrem cedo. A média de expectativa de vida do transgênero é de 35 anos, 40 anos a menos que uma pessoa cisgênero (BORTONI, 2017).

Diante dessas informações, fica claro a impossibilidade de aplicação do sistema de aposentadoria cisnormativo a essas pessoas, pois como um indivíduo que em média viverá 35 anos poderá se aposentar se a idade mínima de aposentadoria ultrapassar os 60 anos e ele deve contribuir por, no caso mais benéfico, 15 anos? Vai contra os princípios da isonomia e igualdade da pessoa humana exigir dos transgêneros requisitos que eles não são capazes de cumprir por questões alheias, causadas pela própria sociedade.

Além disso, deve-se analisar o fato de que muitos transgêneros não frequentam ambientes escolares por conta do preconceito que sofrem. Os transgêneros compõem apenas 0,3% dos estudantes de instituições públicas de ensino superior (VENTURA, 2021) e, pior que isso, 70% das pessoas trans não concluem o ensino médio (GANDRA, 2019). Isso gera a desqualificação profissional dessas pessoas, que somada ao preconceito existente no momento das contratações empregatícias, fica quase impossível a sua inserção no mercado formal de trabalho.

Com isso, a capacidade contributiva da pessoa trans fica prejudicada, pois se esta não trabalha, ou ganha quantia insuficiente para contribuir com a previdência ela não terá seus direitos previdenciários, como a aposentadoria, resguardados. Já que a contribuição para o sistema é uma exigência para tornar o trabalhador um segurado.

Diante do exposto, ficou claro que os critérios legais de aposentadoria excluem a população transgênera, já que esse grupo não se encaixa no padrão binário cisnormativo estabelecido na previdência social. Além disso, como defende Heloisa Helena Pancotti (2020), é essencial que se leve em consideração todo o contexto social de vida do transgênero e, com isso, se estabeleça regras de aposentaria específicas capazes de satisfazer o interesse desse grupo e da sociedade. Somado a isso, é muito importante a realização de outras medidas dentro da seguridade social com o intuito de minimizar as questões sociais sofridas por eles, que são a baixa escolaridade, violência e exclusão do mercado de trabalho.

Referências

- AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.
- AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- ARAÚJO, Flaviene Mendes. **A invisibilidade das pessoas transgênero no direito previdenciário: análise das concessões (in)existentes direitos à aposentadoria**. São Luís: Centro Universitário UNDB, 2021. Disponível em: <http://repositorio.undb.edu.br/jspui/handle/areas/526>. Acesso em 25 out. 2021.
- BARIFOUSE, Rafael. **Como ser transgênero foi de 'aberração' e 'doença' a questão de identidade**. BBC News Brasil, São Paulo, 30 set. 2018. Não paginado. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-44651428>. Acesso em: 01 abr. 2022.
- BENEDETTI, Carla. **Como solucionar a polêmica equação da aposentadoria de transexuais**. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-07/benedetti-aposentadoria-transexuais-solucionar-equacao>. Acesso em: 25 abr. 2022.
- BORTONI, Larissa. **Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional**. Senado, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional#:~:text=Cis%20ou%20cis-g%C3%AAneros%20%C3%A9%20a,%C3%A9%20de%2075%2C5%20anos>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto** nº 8.727, de 28 de **abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 28 abr. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional no 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Senado Federal, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa no 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, [2020]. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia//asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria** nº 1.820, de 13 de **agosto de 2009**. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Ministério da Saúde, Brasília, DF, 13 ago. 2009. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/comum/5724.html>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BUTLER, Judith. **Corpos que Importam**: os limites discursivos do sexo. (e-book). 1ª

CAFÉ PREVIDENCIÁRIO IBDP: Previdência Social e Transgêneros. [Locução de]: Heloisa Helena Pancotti. Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, 27 abr. 2021. Podcast. Disponível em: Acesso em: 15 out. 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Ferreira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.265, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. Governo Federal, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 31 mar. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. ed. – São Paulo: N-1 Edições, 2019.

GANDRA, Alana. **Escola é primeiro gargalo à inserção de pessoas trans no mercado**. Agência Brasil, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/escola-e-primeiro-gargalo-insercao-de-pessoas-trans-no-mercado?amp>. Acesso em: 25 abr. 2022.

GLOBO. **Doria manda recolher apostila de ciência que fala sobre diversidade sexual: 'Não aceitamos apologia a ideologia de gênero'**. G1 São Paulo, São Paulo, 03 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/09/03/doria-manda-recolher-livros-de-ciencia-que-fala-sobre-diversidade-sexual-nao-aceitamos-apologia-a-ideologia-de-genero.ghtml>. Acesso em: 25 de out. 2021.

JORGE, Társis Nametala Sarlo. **Direitos Humanos, Direito de Família, Sucessões e Previdência Social**: Temas Controversos. 1ª ed. Curitiba: Instituto Memória, 2017.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **CID-11 Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**. 2019. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>. Acesso em: 02 abr. 2022.

PANCOTTI, Heloísa Helena da Silva. **Previdência Social e Transgêneros**: proteção previdenciária, benefícios assistências e proteção saúde para transexuais e travestis (e-book). 2ª ed. – Curitiba: Juruá, 2020.

PINHEIRO, Tarcísio Dunga. **Entre dados e dúvidas: uma análise do transfeminicídio no Brasil**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.



ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 16. Ed., ver. Atual., e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

SENA, Ariane; SOUSA, Giovana; BRITO, Mattheus. **Entendendo a diversidade sexual**. 1ª. Ed. Salvador: ESDEP, 2018. Disponível em: https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2019/01/cartilha_diversidade-sexual.pdf. Acesso em: 15 de out. 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. NUNES, Danilo Henrique. O transgênero e o direito previdenciário: omissão legislativa e insegurança jurídica no acesso aos benefícios. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 25, p. 50-67, abr. 2018. Disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/view/5022>. Acesso em: 20 abr. 2022.

SOARES, Mari. **Identidade de gênero e orientação sexual: o porquê de você ter conhecimento sobre tudo isso**. Zebklub, jun. 2018. Disponível em: <https://zenklub.com.br/identidade-de-genero/>. Acesso em 01 abr. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 4.275 / DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. P. 2-12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2022.

VALENTE, Jonas. **Brasil registrou 140 assassinatos de pessoas trans em 2021**. Agência Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2022-01/brasil-registrou-140-assassinatos-de-pessoas-trans-em-2021%3famp>. Acesso em: 20 abr. 2022.

VENTURA, Luiz Alexandre Souza. **Universidades federais têm apenas 0,3% de estudantes transexuais**. Estadão, 2021. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/universidades-federais-tem-apenas-03-de-estudantes-transexuais/%3famp>. Acesso em: 25 abr. 2022.

VIEIRA, Luana Alves. **Aplicabilidade dos requisitos para fins de concessão de aposentadoria para a população transgênera no RGPS**. Juiz de Fora, 26 pág. , 2021. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3749/1/Luana%20Alves%20Vieira.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

CAPÍTULO 6

A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS E A TOLERÂNCIA ZERO

BROKEN WINDOWS THEORY AND ZERO TOLERANCE

Igor Gabriel Corrêa Cutrim¹

Erika Karolline Maciel Da Silva¹

Isabella Del Bosco Moreira¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O problema do trabalho é relacionado ao questionamento da importância da janelas quebradas e a tolerância zero no combate à criminalidade, com o objetivo geral buscando entender-se qual a relevância do tema para o Direito penal, com o intuito de apresentar as principais fases da janelas quebradas e da tolerância zero, principalmente no que se refere aos crimes de menor potencial ofensivo e o modelo aplicado para sancioná-los, e compreender o desenvolvimento relacionado ao modo de processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo no Brasil, entre eles o surgimento do acordo penal em busca de celeridade na prestação jurisdicional. Expor especificamente sobre críticas de autores direcionadas ao tema, sobretudo em exposição a desigualdade e a possibilidade de superlotação carcerária, algo que foi muito questionada com a tentativa de sua aplicabilidade no Brasil, e um dos principais pontos das considerações finais é a impossibilidade da aplicação da tolerância zero no Brasil. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica principalmente em livros, artigos científicos e leis. Um dos principais pontos detalhados nas considerações finais é a impossibilidade de aplicação da tolerância zero no Brasil, devido a flexibilidade do Direito penal brasileiro em algumas situações.

Palavras-chave: Janelas Quebradas, Tolerância Zero, Criminalidade, Crimes.

Abstract

The problem of the work is related to the questioning of the importance of broken windows and zero tolerance in fighting crime, with the general objective seeking to understand what the relevance of the subject to criminal law, in order to present the main stages of broken windows and zero tolerance, especially with regard to crimes of less offensive potential and the model applied to sanction them, and understand the development related to the way to process and judge crimes of less offensive potential in Brazil, including the emergence of the criminal agreement in search of speed in judicial provision. Expose specifically on the criticism of authors directed to the theme, especially in exposure to inequality and the possibility of prison overcrowding, something that has been much questioned with the attempt of its applicability in Brazil, and one of the main points of the final considerations is the impossibility of applying zero tolerance in Brazil. The methodology used is bibliographic research mainly in books, scientific articles and laws. One of the main points detailed in the final considerations is the impossibility of applying zero tolerance in Brazil, due to the flexibility of Brazilian criminal law in some situations.

Keywords: Broken windows, Zero Tolerance, Criminal, Crimes.

1. INTRODUÇÃO

Em meados dos anos 80, a tolerância zero, mostrou-se uma solução para dificuldades de segurança pública da cidade de Nova York, mediante um artigo elaborado pelos autores James Q. Wilson e George L. Kelling, publicado na revista *The Atlantic Monthly*. Em anos anteriores, a teoria das janelas quebradas, tornou-se um experimento elaborado pela universidade Stanford, liderado pelo psicólogo Philip Zimbardo, com o objetivo de desvincular o fator social da criminalidade.

A temática possui conteúdo relacionado a segurança pública, e outros fatores sensíveis debatidos por estudiosos do Direito penal e por todos os Estados em seus sistemas jurídicos e legislativos, meio de afastar-se possíveis lesões a ordem pública e os Direitos e garantias fundamentais, a vista disso, estabelece segurança jurídica ao cidadão titular de direito.

A teoria das janelas quebradas e a tolerância zero, foram ferramentas utilizadas para manter a ordem e melhorar os resultados obtidos em combater a criminalidade, com o objetivo de tornar-se uma referência para qualquer cidade no mundo, e apesar da diferença política entre a janelas quebradas e a tolerância zero, ocorreram bons resultados pelo mundo inteiro, principalmente no combate aos delitos menores.

A função do Direito penal é a proteção dos bens jurídicos mais sensíveis, e por consequência, aqueles que cometem lesões devem ser responsabilizados pelo Estado, porém a doutrina penalista questiona até que ponto deve ser imposta a pena pelo Titular do Direito de punir o suposto criminoso.

O trabalho está dividido em três capítulos, sendo o primeiro capítulo discorrendo sobre a teoria das janelas quebradas e o legado histórico da Tolerância Zero, em seguida o segundo capítulo será baseado nos crimes de menor potencial no Brasil e os juizados especiais criminais, o terceiro capítulo será abordado a divergência entre o sistema processual penal no Brasil e a inflexibilidade da teoria das janelas quebradas e do programa da Tolerância Zero.

O método utilizado é a pesquisa bibliográfica, portanto as fontes utilizadas para o desenvolvimento do trabalho portará, artigos científicos, legislações, livros com doutrinadores clássicos e modernos, com pontos divergentes relacionados ao tema, entre eles, Davidson de Abreu e Loic Wacquant, autor da obra clássica prisões da miséria.

2. TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS E O LEGADO HISTÓRICO DA TOLERÂNCIA ZERO

A teoria das janelas quebradas decorre de uma experimentação criada em 1969, pelo psicólogo e professor universitário Philip Zimbardo, ao deixar dois carros idênticos: um localizado na zona perigosa da cidade de Nova York, o Bronx, e outro na zona rica em



Palo Alto, na Califórnia. Em sequência, o carro no Bronx, foi vandalizado. E o de Palo Alto permaneceu da mesma maneira por uma semana.

Em seguida foi realizado um novo passo no experimento: O Professor Zimbardo quebrou uma das janelas do carro com um martelo. Em um período curto de tempo, o carro foi vandalizado, exatamente como o outro do Bronx. As conclusões do Zimbardo foi que a falta de punição aos pequenos delitos está conectada com o aumento da criminalidade e em virtude da desordem a consequência é ocorrer ainda mais desordem. Ante exposto, é importante observar o entendimento da doutrina sob a teoria das janelas quebradas, consoante aos pequenos delitos:

A base doutrinária da teoria das janelas quebradas são as correntes do positivismo criminológico e a criminologia sociológica, além da política criminal, fundadas no utilitarismo e prevencionismo. Partindo do pressuposto de que não é só a falta de meios de subsistência, de educação e de justiça que leva ao crime, a tolerância da sociedade e do estado com os pequenos delitos pode ser a maior causa (DE OLIVEIRA, 2016).

O pesquisador observou que a criminalidade não possui relação absoluta com a pobreza, outros fatores são válidos, como a desordem, a ausência da legislação, o abandono, atuando psicologicamente, permitindo alguns infratores à vontade para cometer crimes. É nítido que em um bairro com o maior índice de periculosidade como o Bronx, o carro seria destruído rapidamente, por fim, havia fatores naquela região beneficiariam a prática de crimes. Porém, acontecimentos semelhantes podem acontecer em qualquer lugar com a fiscalização reduzida das autoridades e por qualquer apatia daqueles que estão ao redor da local.

A apresentação da teoria aconteceu em março de 1982, no artigo publicado "Broken Windows", para compreender-se a teoria, é necessário que considere um edifício com janelas de vidro quebradas. Se por acaso, não ocorra a reparação imediata, logo outras serão vandalizadas. Se nada for reparado, o próximo passo é a invasão do prédio, e tratando-se de um prédio desocupado, pessoas poderão apossar-se dele.

No princípio do artigo, os autores James Q. Wilson e George L. Kelling, apontaram os resultados de um programa realizado no policiamento do estado de Nova Jersey, iniciado em meados da década de 70, nomeado de programa de bairros seguros e limpos, que foi instaurado em 28 cidades. O objetivo do programa era o policiamento em pé, em duplas.

Após cinco anos, foi publicado o resultado do programa, por uma organização sem fins lucrativos intitulada de National Police Foundation, e segundo Abreu (2021), a organização era aplicada a promover o policiamento, através da inovação e da ciência. No entanto, não foi obtido o êxito para reduzir a criminalidade, mas os moradores dos bairros, e logo, a imagem da polícia melhorou.

O livro "Consertando as janelas quebradas: restaurando a ordem e reduzindo o crime em nossas comunidades", foi publicado em 1996, por George L. Kelling e Catherine Coles, com o argumento exposto em 1982 e aborda a teoria em relação ao crime, apresentando estratégias para a redução da violência:

Em 1996, Kelling, em conjunto com Catherine Coles, lançou a obra definitiva sobre a teoria das janelas quebradas: *Fixing Broken Windows – Restoring Order and Reducing Crimes in Our Communities* (Consertando as Janelas Quebradas – Restaurando a Ordem e Reduzindo o Crime em Nossas Comunidades). Nesta obra, o autor iria além, e demonstraria a relação de causalidade entre a criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções. Assim como a desordem leva à criminalidade, a tolerância com pequenos delitos e contravenções, leva, inevitavelmente à criminalidade violenta (RUBIN, 2003).

Um ambiente limpo e ordenado, é defendido pela teoria, por passar a mensagem que a área é controlada, e o contrário abastece o comportamento criminoso a sensação de liberdade para causar a destruição. A presunção é a comunicação entre o local e a pessoal, e para Abreu (2021), a teoria se tornou popular em grande parte do mundo, inclusive no Brasil.

A teoria deixou um legado, perante os resultados excelentes obtidos na cidade de Nova York, diversas cidades adotaram a filosofia das janelas quebradas, as autoridades policiais, responsável direta pelo combate ao crime, passaram a entender, a ação defendida por essa teoria, e por consequência, a carência de coletas de dados criminal que facilite a construção de estratégias mais eficaz para a diminuição de práticas delituosas.

A implementação da política das janelas quebradas, contribuiu para a diminuição de crimes leves e graves, assim apontou um estudo sobre a criminalidade na cidade de Nova York organizado por George L. Kelling e William H. Souza, em 2001, e essa redução ocorreu durante dez anos subsequentes. Desse modo, os autores apontaram que as políticas com base nas janelas quebradas, possuíam eficiência.

A janelas quebradas tornou-se referência para o programa político Tolerância zero, adotado por Giuliani, prefeito de Nova York em meados dos anos 1990, embora a proposta não seja sinônima, foi um fator essenciais para a queda da violência, assim como o crescimento econômico, a legislação mais rígida, a ação mais eficiente da polícia e as condições demográficas, referente ao envelhecimento da população e a facilidade de apuração das gerações mais velhas sobre as consequências do crack, foram as principais responsáveis pela diminuição de crimes em geral, no intervalo de vinte anos.

No início da década de 1990, a cidade de Nova York registrava uma queda de homicídios. Em 2010, houve uma diminuição de homicídios ainda mais expressiva. A menor taxa dos últimos setenta anos ocorreu em 2018. E ainda obteve diminuição em roubos de automóveis e em geral. Em comparação com algumas cidades brasileiras, São Paulo em 2018, obtém números elevados em homicídios. O Rio de Janeiro, somando as mortes, por homicídios, lesões corporais seguidas de morte e as intervenções policiais, teve redução em óbitos, apresentando uma queda em homicídios dolosos, entretanto, as mortes por intervenção policial teve um aumento:

Em 1990, Nova York registrava 2.240 homicídios. Em 2010, a cidade contava 536 homicídios. Em 2018, Nova York teve a menor taxa de homicídios dos últimos setenta anos de sua história, registrando 289 mortes: a menor desde a década de 1950. Houve queda de roubos de automóvel e de roubos em geral (ABREU, p. 25, 2021).

Outras cidades do mundo, também adotaram o programa de Tolerância Zero, na cidade de Lowell, no estado de Massachusetts, foi realizado um trabalho em 2005, por pesquisadores das universidades de Harvard e Suffolk, em conjunto com a polícia local, com o objetivo de identificar pontos com a maior taxa de criminalidade.

Em parte desses locais, melhoraram a iluminação urbana, as autoridades acompanharam as fiscalizações de construções aplicando a legislação local, limpavam o lixo, pessoas que praticavam contravenções penais leves foram detidas em maior número e aumentaram o auxílio de saúde mental à pessoas sem abrigo.

O Japão não adotou a Tolerância Zero na mesma proporção de Nova York, por ter uma cultura baseada nas janelas quebradas, antes mesmo dela ter sido criada. A tradição, honra e respeito, influência na segurança pública. O sistema penitenciário são de extrema disciplina e as escolas também possuem um padrão de rigidez e respeito. O Estado japonês tem baixos índices de crimes, por não valorizar a periculosidade do preso ou o crime cometido, as autoridades não evita esforçar-se para aplicar a punição.

O programa apresentou bons números no decorrer do tempo, contudo foram surgindo algumas críticas por estudiosos do tema, sob a atuação do Estado no controle da criminalidade, a incompatibilidade com os direitos humanos e desigualdade relacionada ao Estado Democrático de Direito, por entender-se que a Tolerância Zero humilha a classe mais pobres, latinos e negros:

políticas radicais e intransigentes – como a tolerância zero, o movimento de lei e ordem e o direito penal do inimigo – contrariam a Constituição Federal, em seus artigos 1º, I e 3º, III, na medida em que estimulam a intensificação da pobreza e propagam a desigualdade que o Estado Democrático de Direito se propõe a erradicar (BOLDT; KROHLING, 2011).

Apesar das críticas direcionadas a Tolerância Zero, houve eficiência na punição dos crimes de menor potencial ofensivo nos locais que adotaram o programa, com uma estratégia rígida contra pedestres violentos, bêbados, sem-teto, adolescentes barulhentos, pichadores nas estações de metrô, mendigos e infratores em geral.

3. CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO NO BRASIL E O JUÍZADO ESPECIAL CRIMINAL

Os crimes de menor potencial ofensivo foram tratados com inflexibilidade no sistema da tolerância zero, a fim de evitar decadência e destruição. No Brasil, há procedimentos específicos e um juízo natural estabelecido para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo, previsto na Constituição Federal de 1988.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, me-

diante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 1988)

Com o objetivo de prestar celeridade e informalidade à prestação da jurisdição e estimular a solução consensual do processo penal, sendo assim, renovando a imagem da vítima e possibilitando a justiça penal disponibilizar-se para os crimes mais graves. Seguindo a previsão constitucional de 1988, em 26 de novembro de 1995, a lei 9.099/95 de juizados especiais, entrou em vigor.

“a Constituição do Brasil, em seu art. 98, trouxe previsão da instituição dos juizados especiais criminais com competência para processar e julgar os delitos de menor potencial ofensivo. A regulamentação do dispositivo adveio com a promulgação da Lei no 9.099/1995, instituindo um discurso de despenalização e de descarcerização, na “tendência do mundo globalizado, com a influência preponderante dos sistemas dos países da common law”, propiciando o ingresso da “justiça criminal consensual” no sistema jurídico brasileiro²⁰, que, por sua vez, alcançou a criminalidade de massa, “que diz respeito aos crimes praticados com pequena ou nenhuma organização”. (TÁVORA; ALENCAR, p.1198, 2016)

O processo penal anterior a lei de juizados especiais criminais, instaurava um processo contencioso, respeitando os princípios constitucionais, entretanto com a finalidade de aplicar uma pena privativa de liberdade. Com o surgimento da lei 9.099/95, a jurisdição consensual obteve espaço e afastou a jurisdição de conflitos, dessa maneira, as partes envolvidas buscam um acordo, evitando a todo custo um processo penal.

Posteriormente, alguns princípios a exemplo da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, foram superados cedendo espaço a disponibilidade, discricionariedade, oportunidade e a busca da solução consensual. Contudo não há mais necessidade de um conflito entre o ministério público e a defesa do acusado, sem a possibilidade de um acordo.

O procedimento comum usado pelo juizado especial criminal é o sumaríssimo, devido os critérios do legislador ao analisar a pena máxima em abstrato. A pena máxima igual ou superior, será aplicado o rito ordinário, a pena máxima inferior a 4 anos e superior a 2 anos, o rito é o sumário, e o sumaríssimo é utilizado para os delitos de menor potencial ofensivo que a pena máxima não supere 2 anos.

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei (BRASIL, 1941).

Contudo, além dos crimes com a pena em abstrato não superior a 2 anos, o procedimento comum sumaríssimo aplica-se as contravenções penais, consoante o conceito da norma do artigo 61 da lei 9.099/95, alterada pela lei 11.313/2006, cumulada ou não com a pena de multa. Anterior a essa modificação a pena em abstrato para os crimes de menor potencial ofensivo não poderiam obter um período superior a 1 ano.

“Com o advento da lei nº 11.313, de junho de 2006, o art. 61 da lei nº 9.099/95 foi alterado, passando a prever expressamente que se consideram infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais (qualquer que seja a pena prevista em abstrato) e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Perceba-se que, à semelhança do que já ocorrera com o art.2º, parágrafo único, da lei nº 10.259/01, e diversamente do que constava da redação original do art.61, caput, da lei nº 9.099/95, não foi feita qualquer ressalva quanto à sujeição do crime a procedimento especial, razão pela qual se pode atestar que são consideradas infrações de menor potencial ofensivo toda e qualquer contravenção penal, bem como os crimes de cuja a pena máxima seja igual ou inferior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não, os crimes, a procedimentos especiais”.(DE LIMA, p.203, 2016)

Quanto à investigação dos crimes de menor potencial ofensivo, em regra, não há necessidade de um inquérito policial, a autoridade policial que obter conhecimento do ocorrido lavrará o termo circunstanciado de ocorrência (TCO) e encaminhará ao juizado, com a vítima e o autor do fato criminoso, além do mais, é necessário a individualização dos fatos, a coleta de provas e testemunhas, caso houver, assim prevê o art.69 da lei 9.099/95. Em relação a flagrância nos crimes de menor potencial ofensivo, positivada no parágrafo único do art.69, para Lima (2019), é possivelmente a captura e a condução coercitiva do autor, vedada apenas a lavratura do auto de prisão em flagrante e o recolhimento ao cárcere posteriormente. Vale destacar que o art.69, parágrafo único, não trata-se de uma subjetividade:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (BRASIL, 1995)

A lei 9.099/95 aponta medidas despenalizadoras em que o consenso pode evitar a instrução do processo penal, entre elas, a composição do dano civil com a renúncia ao direito da queixa ou representação, sendo assim ocorrendo a extinção da punibilidade, com previsão no art.74, parágrafo único da lei 9.099/95, a transação penal possibilitando o cumprimento imediato da pena restritiva de direito ou multa, evitando o processo penal, previsto no art.76 da lei 9.099/95, a não representação nos crimes de lesões corporais leves e culposas, dentro do prazo de seis meses a partir do conhecimento da autoria poderá levar a decadência e por consequência a extinção da punibilidade, de acordo com o art.88 da lei 9.099/95, com o recebimento da denúncia, o juiz pode decretar a suspensão condicional do processo, subordinando o acusado a um período probatório, devendo cumprir algumas condições. Encerrando encerrado esse período de provas, será decretado a extinção de punibilidade, com previsão no art.89 da lei 9.099/95:

O fundamento constitucional da transação está em dois dispositivos da carta magna: art.98, inciso I, que a autoriza, nas hipóteses previstas em lei; e, ainda, no art.129, inciso I, que diz que são funções institucionais da ministério público promover ação penal, na forma da lei. O exercício da ação penal pública deve, portanto, ser feito de acordo com os contornos da lei. E é exatamente a lei 9.099/95 que traz o delineamento do cabimento da transação penal (DE LIMA, p.229, 2016).

Apesar da teoria das janelas quebradas e a tolerância zero partirem do pressuposto que os crimes de menor potencial ofensivo devem possuir tratamentos mais rigorosos, para sanar novos delitos da mesma natureza, o Brasil adquiriu um *modus operandi* mais flexível para processar e julga-los, principalmente após a constituição federal de 1988 e a lei nº 9.099/95.

4. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL NO BRASIL E A INFLEXIBILIDADE DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS E DO PROGRAMA DA TOLERÂNCIA ZERO

O principal argumento da teoria das janelas estar relacionada a repressão dos crimes menores, a fim de evitar o crescimento dos delitos maiores, com a finalidade de manter a ordem pública. Porém estudiosos apontam que a desordem não deve ser considerada uma das causas de surgimento da criminalidade, e que há apenas uma correlação entre elas. E a tolerância zero apesar de não obter uma comprovação empírica, serviu como álibi criminológico para a reorganiza da polícia do estado de Nova York:

Essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de álibi criminológico para a reorganização do trabalho policial empreendida por William Bratton, responsável pela segurança do metrô de Nova York promovido a chefe da polícia municipal. O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores - as que votam - por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.) (WACQUANT, 1999, p.16).

No artigo do jurista C.R. Sridhar defende que a tolerância zero da polícia de Nova York não foi eficaz para redução da criminalidade, apontando outros motivos para tal feito, referindo-se a nova fase da economia na década de 1990, gerando novos empregos e afastando as pessoas da criminalidade, a modificação no mercado das drogas, diminuindo o conflito entre gangues, a evolução da nova geração obteve bons resultados na ação das gerações subsequentes, as campanhas de conscientização e prevenção de instituições sociais, o papel da igreja e escolas:

Com efeito, outros fatores combinaram para o déficit, tais como: reestruturação burocrática do Departamento de Polícia, transformando-a em proativa e ofensiva, dotada de recursos humanos e financeiros expressivos; novos sistemas computadorizados; mudanças no mercado de drogas, com estabilização do mercado varejista de crack e oligopolização, reduzindo violência entre gangues; redução do número de jovens com idade entre 18 e 24 anos, em razão da epidemia de AIDS, overdoses de drogas e violência entre gangues,

o que teria contribuído para queda de 1/10 dos crimes de rua; os efeitos do aprendizado (a morte de gerações anteriores – os nascidos em 1975/1980 – teve impacto positivo na conduta das gerações posteriores); o papel de igrejas, escolas e instituições sociais em campanhas de conscientização e prevenção; e a lei estatística da regressão, segundo a qual os índices tendem a se aproximar da média com o tempo (SRIDHAR, 2006).

Os pesquisadores Robert Sampson e Stephen Raudenbush, entendem que a desordem modifica-se através da sua estrutura socioeconômica, étnica e social de um determinado local e possui ligação com um significado racial e não com a desordem. E pesquisas revelam que os americanos interligam desordem e crimes a figura de pessoas negras e de classes mais baixas, esse entendimento levou alguns autores a criticarem severamente a operação da tolerância zero.

Os socialmente etiquetados sempre foram os clientes preferenciais da polícia e, com o aval dos governantes, nunca se matou, prendeu e torturou tantos negros, pobres e latinos. [...]. Como aponta Vera Malaguti de Souza (Discursos Sediciosos. Freitas Bastos, 1997) a mensagem do prefeito de Nova York foi muito bem entendida pelos policiais que, ao torturarem Abner Louima, afirmaram: "stupid nigger... know how to respect cops. This is Giuliani time. It is not Dinkins times" (crioulo burro... aprenda a respeitar a polícia. Esse é o tempo de Giuliani. Não é mais o tempo de Dinkins [ex-prefeito negro de NY]) (LOPES JR, 2001, p.02).

Alguns autores questionam sobre a possibilidade de aplicação da tolerância zero no Brasil. Segundo Schecaira (2009, p.173) "Toda política dessa natureza, que produz mais encarceramento, aprofunda as desigualdades vivenciadas pelos grupos perseguidos. É de fácil compreensão a constatação do aprofundamento da pobreza em decorrência do encarceramento".

Em janeiro de 1999, realizou-se a aplicação da tolerância zero no Brasil, pelo então governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz, porém foi necessário rebater muitas críticas em relação a superlotação da população em presídios de segurança máxima, alegando que a construção de novos presídios seria a prática mais adequada:

Já em janeiro de 1999 chega ao Brasil, após a visita de dois altos funcionários da polícia de Nova York. O então governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz, anunciou que aplicaria a política de tolerância zero, providenciando a imediata contratação de 800 policiais civis e militares suplementares. Respondendo às críticas que argumentaram que essa providência acarretaria uma superlotação da população encarcerada, o governador alegou que bastaria construir novos estabelecimentos prisionais (IRIBARREM; APOLINARIO, 2018, P.238).

A busca em diminuir o número de prisioneiros que compõe o cárcere é frequente na legislação penal brasileira, há exemplo disto, são as penas alternativas aplicadas pelo estado, quando trata-se das penas restritivas de direitos, conhecida como uma medida de direito penal mínimo, previstos no art.43, do código penal brasileiro de 1940:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana.
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana (BRASIL, 1940).

E os seus requisitos positivados no art.44, do código penal brasileiro de 1940, são fundamentais a fim de substituir a pena privativa de liberdade para a pena restritiva de direito, com a análise do magistrado no caso concreto, obstando-se que aquele condenado não obtenha a possibilidade de passar por um ambiente carcerário:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (BRASIL, 1940).

A criminalidade é uma complexidade social, e a prisão é um elemento que busca a ressocialização e a reeducação do preso, mesmo a pena sendo uma consequência de um mal injusto em face daquele que cometeu uma infração penal, porém a estrutura do Estado quanto aos presídios são primordiais para tal feito. Contudo, há questionamentos exercidos por alguns juristas em relação a capacidade e a eficiência da prisão e a imagem do condenado após cumprir a pena:

A criminalidade é um fenômeno social complexo, que decorre de um feixe de elementos, onde o que menos importa é o direito e a legislação penal. A pena de prisão está completamente falida, não serve como elemento de prevenção, não reeduca e tão pouco ressocializa. Como resposta ao crime, a prisão é um instrumento ineficiente e que serve apenas para estigmatizar e rotular o condenado, que, ao sair da cadeia encontra-se em uma situação muito pior do que quando entrou. Se antes era um desempregado, agora é um desempregado e um ex-presidiário (LOPES JR, 2001, P.02).

Apesar da teoria das janelas quebradas e a tolerância zero obterem uma visibilidade mundial muito elevada, ambas possuem um rigor muito elevado, na busca da redução da criminalidade, causando uma desigualdade social desnecessária, no modo de sancionar os crimes de menor potencial ofensivo, e não há possibilidade de sua aplicação no Brasil sem ocasionar uma superlotação carcerária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria das janelas e a tolerância zero, por ter um histórico rígido em relação aos crimes menores, tornou-se um modelo de referência na sua fase de ascensão, e alguns países e cidades adotaram o política da tolerância zero, porém como foi visto nos capítulos, muitos autores criticam os números apresentados e apontam motivos para questionar o desempenho da política de tolerância zero.

Os crimes de menor potencial ofensivo no Brasil, são processados e julgados pelos juizado especial criminal, com a possibilidade ser aplicado um acordo criminal, com a finalidade de prestar celeridade e informalidade a justiça criminal, totalmente ao contrário da ideologia da janelas quebradas e a política da tolerância zero, que apenas sancionava os crimes de menor potencial ofensivo, causando um avanço no sistema processual penal brasileiro.

Portanto, conclui-se que não há possibilidades de aplicação da tolerância zero no Brasil, por situações que foram apontadas durante o trabalho, e o principal motivo é a incompatibilidade com o Direito penal brasileiro que tornou-se flexível em algumas situações de acordo com o caso concreto, além do mais a tentativa de aplicabilidade no Brasil gerou críticas com a possibilidade de gerar superlotação carcerária.

Referências

ABREU, Davidson. **Tolerância Zero**: Como a Teoria das Janelas Quebradas pode mudar a forma de combater a criminalidade no país. Barueri-SP: AVIS RARA, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.848** de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.689** de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/de

creto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.099** de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BOLDT, R; KROHLING, A. **Direitos humanos, tolerância zero: paradoxos da violência punitiva no estado democrático de direito**. Prisma Jurídico, São Paulo, v.10, n. 1, p. 33-48, Jan./Jun.2011.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual De Legislação Criminal**. Salvador: Juspodium, 2016.

IRIBARREM, A; APOLINÁRIO, M. **Penalidade e Tolerância Zero: Do Estado Social ao Estado Penal e As Consequências Na Realidade Brasileira**. Revista Defensoria Pública União, Brasília – DF, 2018.

LOPES JR., Aury. **Violência urbana e tolerância zero: verdades e mentiras**. In: Âmbito jurídico, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: Acesso em: 02 abr. 2022.

RUBIN, Sperb Daniel: **Janelas Quebradas, Tolerância Zero e Criminalidade**.<https://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade,2003>. Acesso em: 25 out. 2021.

OLIVEIRA, Aparecida do Carmo Prezotti: **Teoria das Janelas Quebradas: Sua Aplicação Nas Unidades De Polícia Pacificadoras**. 12/2012. Trabalho de conclusão de curso (graduação em direito). Faculdade Vianna Junior – Juiz de Fora, MG.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Tolerância zero**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, V.17, n.77. p. 173, 2009

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodium, 2016.

WACQUANT, Loic. **Prisões da miséria**, Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

CAPÍTULO 7

ALTERAÇÃO NA LEI MARINHA DA PENHA: NOVAS APLICAÇÕES DA MEDIDAS PROTETIVAS

*CHANGE IN MARIA DA PENHA LAW: NEW APPLICATIONS OF
PROTECTIVE MEASURES*

Jailson Costa Alves¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

Os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram por unanimidade que é válida uma alteração na Lei Maria da Penha feita pelo Congresso Nacional. A mudança permite que, em casos de violência doméstica, a polícia afaste o agressor de casa ou do local de convivência com a vítima mesmo antes de autorização judicial. Iremos verificar as causas e consequências que a problemática desse tipo de violência vem provocando nas suas vítimas. Os pontos relevantes serão apresentados conjuntamente com os avanços trazidos pela nova Lei. O que se pretende com o presente trabalho, em sentido amplo, é demonstrar a alteração que houver na lei maria da penha se tratando de violência doméstica contra a mulher que ocorre diariamente, e que é um problema social que precisa ser sanado, pois causa danos irreparáveis em muitas mulheres pelo mundo todo, gerando problemas de saúde para o resto da vida.

Palavras-chave: Lei. Violência. Mulher.

Abstract

The ministers of the Federal Supreme Court unanimously decided that an amendment to the Maria da Penha Law made by the National Congress is valid. The change allows, in cases of domestic violence, the police to remove the aggressor from the home or place of coexistence with the victim even before judicial authorization. We will verify the causes and consequences that the problem of this type of violence has been causing in its victims. The relevant points will be presented together with the advances brought by the new Law. What is intended with the present work, in a broad sense, is to demonstrate the change that there is in the Maria da Penha law when it comes to domestic violence against women that occurs daily, and which is a social problem that needs to be remedied, as it causes damage in many women around the world, causing lifelong health problems.

Keywords: Law. Violence. Woman.



1. INTRODUÇÃO

Com a nova alteração na Lei 13.984/2020 do dia 13 de abril 2020 que promoveu mudanças na lei que é conhecida como lei Maria da Penha 11.340/2006, lembrando que ela trata de questões relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher, que são cinco modalidades de violência, que trata de questões atinentes como, violência física, violência moral, violência psicológica, violência patrimonial e violência de cunho sexual. A mudança promovida nesta lei recente, reside justamente no artigo 22 da lei Maria da Penha que é um artigo muito conhecido, por que é o artigo que trata das famosas medidas protetivas de urgência que é umas das grandes novidades trazidas pela lei Maria da Penha lá no ano de 2006.

Essas medidas protetivas de urgência são modalidades de medidas cautelares de caráter pessoal, e só em 2011 é que o código de processo penal foi atualizado pela lei 12.403/2011 e passou a prever um catálogo específico de medidas cautelares pessoais, lá na época da lei Maria da Penha não existia isso, a única cautelar pessoal expressamente prevista no CPP era a fiança, e aí vem a lei maria da penha como grande novidade que traz no artigo 22 um catálogo de medidas protetivas de urgência.

Citando a Lei 13.984/2020 que acrescenta algumas modalidades de medidas protetivas de urgência como, suspensão de posse de arma do agressor, a restrição do porte de arma do agressor, determinação que ele se ausente ou saia da residência do ambiente de convivência familiar, medida de proibição de contato com a vítima e os seus familiares ou as testemunhas, inclusive estabelecendo uma distância a qual ele não poderia se aproximar, o chamado mandado de distanciamento, a fixação de alimentos provisórios ou provisionais, a proibição de que o agressor frequente determinados lugares que a vítima ou testemunhas frequentam, e a depender do caso até mesmo a proibição de que o agressor se aproxima dos dependentes da vítima, quando são dependentes comuns, como filhos, o agressor pode ser que ele fique proibido de ter contato com as crianças, depois de uma análise psicossocial com profissionais que vão relatar o impacto daquilo na vida das crianças.

Como essas medidas protetivas já existiam, aí a Lei 13.984/2020 acrescenta duas medidas protetivas de urgência, a primeira medida protetiva é a determinação para que esse agressor frequente curso de reeducação de ressocialização e a segunda medida protetiva, é que ele seja submetido ao um acompanhamento psicossocial com tratamento individual ou mediante a grupos de apoio. Foi analisado que essas duas medidas, são as duas novas medidas protetivas urgência trazido pela Lei 13.984/2020.

A lei Maria da Penha possui uma particularidade, ela vem sendo alterada conforme ela vai encontrando empecilhos para sua aplicabilidade. As suas recentes alterações são referentes principalmente a aplicação das medidas protetivas, a lei 13.827 incluindo o artigo 12-C a lei Maria da Penha, esse artigo dá maiores poderes à ao judiciário e também à autoridade policial para aplicar medidas de afastamento imediato do agressor, é claro que esse afastamento deverá ser aplicado quando houver um risco eminente à vida e integridade física da ofendida. Essa lei também traz a inclusão do artigo 38-A que determina que o juiz deverá incluir essas medidas protetivas em um anco de dados que será

regulamentado e fiscalizado pelo CNJ.

Este estudo apresenta como base teórica e metodológica uma pesquisa aprofundada visando o conhecimento sobre o tema proposto para que seja possível ampliar os entendimentos sobre a alteração na lei Maria da Penha.

Além disso, usou-se de meios doutrinários e artigos de caráter científico, todos esses voltados para a questão da violência doméstica-familiar, que tem como foco a mulher e o papel de atuação do Estado com aplicabilidade da Lei Maria da Penha. Baseando-se também nos casos concretos ocorrentes e que possuem estatísticas concretas conforme dispõe as delegacias especializadas de atendimento à mulher e no âmbito judicial de ações recorrentes no nosso cotidiano.

A importância de estudar as alterações da lei Maria da Penha, é que ela existe para proteger as vítimas do agressor e interromper um processo chamado de escalada da violência, que é quando as agressões vão se tornando cada vez mais graves e frequentes com o passar do tempo.

Esse tema é bem relevante se tratando do cenário atual, que vem demonstrando que esse direito conquistado pelas mulheres, deve ser respeitado, a partir dessa lei as ações pela dignidade das mulheres foram intensificadas e não se admite que as agressões contra as mulheres sejam naturalizadas, e principalmente pela própria mulher como vítima, que antes da lei não conseguia entender muito que estava sendo ofendida ou humilhada.

A pesquisa deverá contribuir para a comunidade acadêmica por meio de uma revisão de pesquisa que abordará conceitos inerentes ao tema, e que poderá ser uma fonte para futuras pesquisas. Para a sociedade como um todo, a pesquisa pode contribuir para os homens e mulheres que precisam compreender sobre as alterações na lei Maria da Penha, o que poderá melhorar suas relações na sociedade como iguais.

2. IDENTIFICAR OS TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

A nova alteração na Lei Maria da Penha, 11.340 que foi editada em agosto de 2006, e desde então vem sofrendo inúmeras alterações. É bem sabido que o direito ele é dinâmico e se transforma de acordo com as necessidades e transformações da sociedade, porém a lei Maria da Penha, ela possui uma particularidade e ela vem sendo alterada conforme ela vai encontrando empecilhos para sua aplicabilidade.

As recentes alterações são referentes principalmente a aplicação das medidas protetivas. A lei 13.827 incluiu o artigo 12C a lei Maria da Penha, esse artigo dá maiores poderes ao judiciário e à autoridade policial para aplicar medidas de afastamento imediato do agressor. Esse afastamento deverá ser aplicado quando houver um risco iminente a vida e integridade física da ofendida.

Essa lei traz a inclusão do artigo 38A que determina que o juiz deverá incluir essas medidas protetivas no banco de dados que será regulamentado e fiscalizado pelo CNJ.



Então essa nova alteração e permissão para a autoridade judicial e policial aplicar imediatamente o afastamento do agressor, pode significar o divisor entre a vida e a morte das ofendidas. Em regra, autoridade policial tem 48 horas para comunicar o juiz sobre o pedido das medidas protetivas, o juiz por sua vez terá mais horas 48 horas para expedir essas medidas, porém na prática nós devemos dever acrescentar esse tempo a tramitação das medidas, as diligências das varas, diligências do senhor oficial de justiça, e isso tudo somado a efetiva da comunicação dessas medidas que pode levar semanas e até mesmo meses.

Entretanto essas autorizações imediatas de afastamento trazem muito benefício para as mulheres em situação de violência, porém ela também foi fruto de controvérsias, porque o inciso 3º do artigo 12C dá esse o poder também ao policial quando não houver o delegado na delegacia. Aqui nós nos deparamos com mais uma flexibilização da lei para atuar onde o estado não está atuando. Para que seja expedida essas medidas é necessário o conhecimento jurídico prévio, um conhecimento jurídico inerente das carreiras judiciais, carreiras essas do delegado e do juiz, que não é pré-requisito para o policial. Então aos contrários a esse artigo seria inconstitucional a permissão do policial para expedir essas medidas.

Uma outra alteração foi com a lei 13.836 que incluiu o inciso 4º ao artigo 12 ele determina que o juiz deve deixar expresso que a ofendida é portadora de alguma deficiência ou também deverá deixar expresso que essa deficiência pode ter sido decorrida da violência que ela sofreu ou que essa deficiência tenha sido agravada pela violência sofrida.

Todas essas alterações vieram principalmente a facilitar e auxiliar a vida dessas mulheres, a proteção dessas mulheres. Embora tenha tantas críticas à lei Maria da Penha não se pode deixar lembrar que ela é um recurso muito importante para a proteção das mulheres.

Recentemente o CNJ disponibilizou dados sobre o acesso dessas mulheres ao judiciário, em 2018 mais 500 mil mulheres recorreram ao judiciário para se protegerem, em comparação à de 2016 e 2017 esse número subiu 26% aumentaram também o número de denúncias principalmente após a criação do disque 180 que aumentaram as denúncias sobre violência doméstica e permitiram que houvesse uma maior adaptação da lei para proteção dessas mulheres, alteração também de toda estrutura que protege essas vítimas de violência doméstica.

Existe 5 tipos de violência abarcados pela Lei Maria da Penha, que são, violência psicológica, física, patrimonial, sexual e a moral. Dentro do senso comum a mais utilizadas pelo agressor é a violência física e afeta a integridade física da mulher, como chutes, puxões de cabelo, socos, esfaqueamentos e tiros, em qualquer caso que tenha sua integridade física abalada, estamos diante de uma violência física.

A segunda delas é a violência psicológica, que abala diretamente a autoestima da mulher, então são essas violências que se falam às vezes que são pequenas e as vezes se tornam até maiores do que a própria violência física, é por exemplo de ver um familiar, de usar uma determinada roupa, de falar pra ela todos os dias que ela é feia ou que a amante é melhor do que ela na cama. Todas essas questões, elas infringem muito a mulher do seu ponto de vista psicológico, que são enquadradas como violência psicológica pela lei

Maria da Penha.

Qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meios de enganos, ameaças, coações ou qualquer outro meio, a qualquer mulher e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais (CUNHA; PINTO, 2007).

A terceira seria a violência patrimonial, que desrespeito ao patrimônio, aos bens, que é reter dinheiro da mulher, rasgar roupas, quebra de celular e quebras de objetos, essas são as maiores queixas das majorias das mulheres na questão violência patrimonial.

Ainda temos a violência sexual, que são atos abusivos sexuais sem o consentimento da parceira, proibir a mulher de usar métodos contraceptivos, a obrigando a mesma de engravidar mesmo que ela não queira a gestação.

E pôr fim à violência moral, que nada mais é que a violência decorrente dos crimes contra a honra, que são a calúnia, injúria e a difamação, três crimes do código penal art. 138, 139 e 140, e que consiste em que, a calúnia que é imputar um falso crime a essa mulher, a Injúria é um xingamento e a difamação que é falar um fato desonroso em desfavor de uma mulher.

As violências no campo relações íntimas e familiares e as questões de gêneros envolvidas nesse tipo de violência doméstica, se apresentam principalmente através do machismo estruturante e da misoginia. Começando pelo machismo podemos conceituá-lo como sendo a crença da hegemonia, da superioridade dos homens em relação as mulheres em suas capacidades de direito.

O machismo se manifesta através de comportamentos naturalizados e também na manutenção de crenças que legitimam a violência contra a mulher, perpetuando assim ao longo dos anos esse tipo de violência. Na prática uma pessoa machista, é aquela que acredita que homens e mulheres têm papéis distintos na sociedade, que a mulher ela não pode ter determinados comportamentos e muito menos os mesmos direitos que os homens, que a julga como inferior em seus aspectos físicos, intelectuais e sociais.

Um dos pilares da sustentação do machismo é a estereotipização, do que é masculino e o que é feminino. É muito comum se manifestar através de discursos de homens dizendo; (o papel do homem é trabalhar fora para trazer o sustento para casa e o papel da mulher é cuidar das crianças e dos afazeres de casa), é muito comum ouvir também quando a um rompimento de um relacionamento abusivo, que a culpa é sempre da mulher.

No dia a dia às vezes através de pequenos atos, as mulheres são vítimas da violência e principalmente do discurso de ódio, e a causa de tudo isso é simplesmente pelo fato de ser mulheres, e por isso é insistido em dizer que no nosso país nascer mulher é nascer em risco.

Essa naturalização da violência, ela se manifesta por exemplo, quando é considerado



normal que o homem sinta ciúmes de sua mulher colocando em e risco sua liberdade e empeça dever os seus familiares e amigos, e isso é visto como cuidado e proteção. Mas se sabe que por trás de isso tudo está o machismo. Com a lente do machismo o homem enxerga a mulher como sendo sua propriedade, por isso que por muitas vezes quando uma mulher quer sair de uma relação abusiva, é muito comum ouvirmos frases como, (se você não for minha você não vai ser mais de ninguém).

Em relação a misoginia, ela se caracteriza sobretudo pelo ódio, pelo desprezo feminino. Atitudes misóginas aparecem através de discursos que depreciam a condição de mulher, como por exemplo, “isso é coisa de mulherzinha, você não deveria agir como uma mulher”. Tanto machismo como a misoginia são traços culturais herdados do patriarcalismo que nós incorporamos no nosso dia a dia.

3. CONHECER OS BENEFÍCIOS DA LEI MARIA DA PENHA

A lei mais importante para combater a violência contra a mulher é a lei 11.340/06 conhecida como Maria da Penha. Em 1983 Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica brasileira sofreu severas agressões de seu marido o colombiano Marco Antônio Heredia Viveiros, professor universitário. Maria ficou paraplégica após levar um tiro de espingarda, além de quase ter sido morta eletrocutada enquanto tomava banho, após mais de quatro meses no hospital, graças a uma ordem judicial ela pode sair de casa e começou uma incessante batalha judicial para condenar o agressor.

Após vários anos, o caso só foi completamente resolvido em 2001 e 2002 quando o próprio estado brasileiro foi condenado por negligência, omissão e tolerância à violência doméstica contra as mulheres. Em 07 de agosto de 2006 a lei Maria da Penha foi aprovada.

Com a nova legislação foram criados mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica, algumas mudanças foram; antes não era possível, mas com a nova lei pode ser efetivada detenção do suspeito de agressão. A violência doméstica passa a ser considerada como agravante de pena, penas como multa ou doação de cesta básica passaram a ser proibidas nestes casos, agora o juiz pode obrigar o suspeito de agressão a se afastar da casa da vítima, além de ser proibido de manter contatos com a vítima e seus familiares entre outros.

A lei Maria da Penha é considerada a lei brasileira mais conhecida por sua população. Pesquisas apontam que cerca de 98% da população brasileira conhece ou já ouviu falar nesta lei.

Maria da Penha Maia Fernandes nasceu em 01 de fevereiro de 1945 na cidade Fortaleza no estado do Ceará, sua família de classe média lhe deu uma educação rígida. Maria da Penha estudou em colégio de freiras, apenas com meninas em sala de aula, o que era muito comum naquela época.

Por incentivo de sua avó que era parteira, decidiu cursar farmácia na Universidade Federal do Ceará, no segundo ano da faculdade se apaixonou por um rapaz em

uma festa, algum tempo depois se casou aos 19 anos sob a condição de que terminaria os estudos. No entanto o seu marido era muito ciumento e o relacionamento acabou não dando certo.

Após a separação Maria iniciou uma pós-graduação em São Paulo, e foi na capital paulista que por meio de amigos em comum que ela conheceu seu futuro marido Marco Antônio, que era tido como uma pessoa de cabeça no lugar, solista e prestativo. Maria da Penha pensou que havia acertado na loteria com partido que havia conhecido, primeiramente se tornaram amigos, mas logo começaram a namorar e se casaram um ano depois. Marco Antônio Heredia Viveiros cursava economia e era colombiano, mas sonhava em se naturalizar brasileiro.

O casamento de Maria da Penha e Marco Antônio, seguiu bem até o nascimento das três filhas, com o nascimento das meninas Marco Antônio conseguiu finalmente sua sonhada cidadania brasileira, e a partir daquele momento as coisas mudaram. Marco Antônio passou a ter um comportamento agressivo com ela e as crianças, Maria da Penha disse que não o conhecia mais, e que aquele não era o homem por quem ela havia se apaixonado, Maria não queria continuar com relacionamento. Mas naquela época era comum ver notícias de mulheres que morreram ao pedir separação, era comum os homens matar suas esposas e saírem impunes por alegar que estavam defendendo a sua honra.

Desta forma Maria teve que aguentar cada agressão psicológica que sofria, e a situação só iria piorando. Para a farmacêutica era um sofrimento muito grande conviver com um homem que a agredia fisicamente com suas filhas, a fazia a sofrer uma extrema violência psicológica, a ela só restava se esquivar na tentativa de proteger as meninas. Ela sonhava com a separação, mas teria que partir dele à vontade de se separar, ela torcia que Marco se apaixonasse por outra mulher e saísse de casa, mas isso não aconteceu.

Na madrugada de 29 de maio de 1983 Maria da Penha foi acordado com um estouro no quarto, assustada tentou se mexer, mas não conseguia, ela havia levado um tiro. Seu primeiro pensamento naquele momento foi; o Marco me matou. Encontrado pelos vizinhos sentado no chão da cozinha da residência com o pijama rasgado e uma corda no pescoço, ele criou uma versão falsa da história e afirmou que quatro assaltantes entraram na residência e tentaram enforcá-lo, a vítima na época com 38 anos acreditou por algum tempo no suposto assalto, até que um dia as incoerências de Marco vieram à tona nas investigações.

Contudo, Maria permaneceu quatro meses entre a vida e a morte, nesse período a mulher passou por cirurgia em hospitais de Fortaleza onde nasceu e depois de Brasília, ela pensava que não sobreviveria, ela só pedia a Deus todos os dias para que não deixasse suas filhas órfãs de mãe. As crianças ficaram todo esse tempo com o pai Marco e a babá, foram meses de resistência para sobreviver a tentativa de assassinato, após vários exames ela recebeu várias notícias que mudaria a vida dela, que não conseguiria mais andar. Logo que retornou para casa de cadeira de rodas Marco continuou a maltratá-la, em uma outra ocasião ele disse para a cuidadora de Maria da Penha, que não precisava se preocupar, pois ele mesmo daria o banho em sua esposa, quando o Marco foi colocar a Maria na banheira, ela percebeu que a água na banheira estava eletrificada e que havia corrente elétrica passando pela água, ela avisou o marido, mas ele insistiu em colocá-la na banheira do mesmo jeito. Então Maria da Penha começou a gritar, e conseguindo assim chamar a cuidadora e assim se salvar.



Com o interrogatório da secretaria de segurança, várias contradições foram encontradas e as autoridades concluíram que o economista era o autor da tentativa de homicídio. Mesmo assim ele não confessou o crime. Diante da comprovação de que Marco Antônio era o autor das tentativas de assassinato.

Maria da Penha se viu comprometida em não abandonar a batalha por justiça, ela temia por sua vida e seu maior medo era que suas filhas ficassem órfãos de mãe. Isso lhe deu forças para lutar, porém a luta foi ingrata, uma vez que a justiça brasileira não cumpriu o seu papel. O economista foi julgado e condenado duas vezes, as saiu em liberdade após entrar com um recurso.

O caso ficou conhecido internacionalmente a partir da publicação do livro (sobrevivi posso contar) com a publicação em 1994 em que a farmacêutica relata sua história de vida, com um apoio da comissão interamericana dos Direitos Humanos e das Organização dos Estados Americanos.

A lei 11.340/06 é criada para atender o que está disposto no art. 226, § 8º CF que é a proteção a família, especialmente ao um integrante da família que é a mulher, e atender alguns tratados internacionais que o Brasil ratificou. Podemos citar por exemplo, a convenção de Belém do Pará que reconhece a violência contra a mulher como um grave problema de direitos humanos, e como um grave problema de saúde pública.

As convenções internacionais trazem uma tutela especial para as mulheres com propostas de tutela específica de direitos humanos para esse grupo vulnerabilizado historicamente por conta da questão de gênero, e propõe uma política de ação afirmativa em relação a tutela dos direitos femininos.

A lei Maria da Penha surge porque o Brasil recebeu uma recomendação da OEA – Organização dos Estados Americanos após ter sofrido uma condenação no caso da Maria da Penha que foi denunciado e levado a comissão interamericana de direitos humanos por ser caso que envolveu uma grave violação de direitos humanos por causa da lentidão processual, da ineficácia judicial e impunidade, e da impossibilidade de ela ter obtido uma reparação efetiva do dano que ela sofreu. Através do relatório Nº 54/01 o Brasil foi condenado a tomar providencias no que se refere à violência doméstica familiar contra a mulher. A providência foi a criação da lei infraconstitucional, que é a Lei Maria da Penha.

Trazendo como destaque em relação a Lei 11.340/06, que inicialmente ouve uma celeuma se essa lei era constitucional ou não, alguns alegaram que seria inconstitucional porque ela traria um tratamento que não era isonômico entre os membros componentes da família, ou seja, ela estaria criando uma discriminação entre as partes integrantes da família, o homem e a mulher. Porém essa alegação não venceu, e a lei foi considera constitucional, no julgamento tanto da ADC 19 como da ADI 4424 no STF por entender que o estado estava fazendo uma política de ação afirmativa na tutela do direito feminino de promover um sistema de proteção especial para as mulheres eram um grupo historicamente vulnerabilizados pela questão de gênero.

Portanto, por mais que a lei fizesse uma igualdade formal entre homens e mulheres, essa igualdade no plano material não existia, então para ter essa igualdade no plano material precisaria de política de ação afirmativa que seria promoção desta lei dando um

tratamento mais eficaz para as mulheres, no que se refere ao combate à violência contra a mulheres.

Para que essa lei tenha incidência, a primeira coisa que precisa é de um sujeito passivo mulher, e no campo do sujeito passivo mulher incluíse também transgêneros e transsexuais do sexo feminino, até considerando a própria decisão do STF na ADI 4275 e no recurso extraordinário 670422 que reconheceu que transgênero do sexo feminino e transsexuais do sexo feminino mesmo que ele não faça a transgenitalização e esmo que não façam tratamento hormonal. Pode-se ser sujeito passivo identificado como mulher os transsexuais e o transgêneros do sexo feminino. Portanto, filha, neta, avó, sogra, companheira e namorada é sujeito passivo. Em relação ao sujeito ativo, pode ser tanto o homem como a mulher.

A lei permite incidência da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas, como em uma relação heterossexual. Em uma relação heterossexual homem e mulher é presumido a violência absoluta e uma hipossuficiência da mulher em relação ao homem de maneira absoluta. Já em uma relação homoafetiva não se tem como provar essa vulnerabilidade de uma mulher em relação a outra de forma absoluta, então vai ser preciso fazer juízo de valor em caso a caso, essa hipossuficiência de uma mulher em relação a outra, é uma hipossuficiência relativa. Essa hipossuficiência em geral de uma mulher em relação a outra, ela se dá através de comprovação de hipossuficiência econômica, quando uma mulher é dependente economicamente da outra. Para ter reincidência da Lei Maria da Penha é preciso verificar se entre as partes está envolvida a violência no âmbito doméstico, familiar e de uma relação íntima de afeto.

As novas alterações ocorridas na legislação brasileira trazem consigo novos dispositivos para lei Maria da Penha, que é a Lei 13.984/20 e essa nova lei vai trazer medidas protetivas de urgências que obrigam o agressor a frequentar centro de educação e de reabilitação e a ter acompanhamento psicossocial. Essa lei traz novas formas de proteger a mulher, determinando que o agressor participe de chamados grupos reflexivos ou grupo de acompanhamento psicossocial.

Essas alterações elas foram trazidas do art. 22 que tem as medidas protetivas urgência que obriga o agressor. Em 2006 a lei Maira da penha ela foi deverasmente inovadora ao trazer essas medidas protetivas de caráter pessoal, porque até então no CPP só existia uma medida protetiva de caráter pessoal diferente das prisões, que era a fiança. Apenas em 2011 com a reforma do CPP é que passou a ter novas medidas protetivas de urgência, só que 2006 a própria lei Maria da Penha trouxe um rol de medidas protetivas de urgência para obrigar o agressor.

A primeira medida protetiva de urgência é suspensão da posse ou restrição do porte de arma do agressor, temos também o afastamento do agressor do lar, e outra medidas que englobam três proibições, a primeira é a proibição do agressor de se aproximar da ofendida, de entrar em contato com a ofendida por qualquer meio de comunicação e de se aproximar de parentes ou testemunhas. É medida protetiva de urgência a proibição de entrar em contato com os filhos ou dependentes menores e por último, a prestação provisional de caução de prestação de alimentos.

A lei 13.984/20 ela incluiu na lei Maria da penha mais duas novas medidas protetivas

no art. 22 que o brigam o agressor a frequentar cursos de reeducação ou de ressocialização, passa a ser uma nova medida protetiva de urgência e a outra é o acompanhamento psicossocial, individual ou em grupo, o agressor passaria assim a fazer tratamento psicológicos. Essas medidas vão depender do caso concreto. Além daquelas cinco protetivas de urgência que já existiam, passa agora ter mais duas medidas protetivas para reforçar a segurança da ofendida.

Há nova alteração trouxe uma estrutura que possui ferramentas que se apresentam antes do processo penal, que são as medidas protetivas. A mulher que sente necessidade pode ir até a autoridade policial ou até o ministério público que em até 48 horas será ofertado ou não essas medidas como protetivas que tem como finalidade proteger e resguardar a integridade da mulher.

4. AVALIAR A NATUREZA JURÍDICA COM AS NOVAS ALTERAÇÕES

O Brasil é o quinto país que mais mata mulheres em uma lista de 84 países, apesar da nossa lei Maria da Penha ser uma das três mais avançadas do mundo, a lei não é suficiente pra resolver um problema tão grave como a violência contra a mulher. Esses dados concretos, não são tirados dos processos que chegam até o conhecimento das autoridades policiais, mas sim dados da saúde.

Existem uma quantidade de cadáveres femininos que significa dizer que a quantidade de crimes de homicídio que acontece com bastante frequência, e os dados que se tem a respeito disso são muitos reais, por exemplo, se fosse analisar lesão corporal e crimes de violência psicológica, seria muito grande a quantidade desse tipo de crime que não chega no conhecimento das áreas de saúde e muito menos das áreas policiais.

Temos hoje no Brasil uma cultura machista muito elevada, e sempre falando com muito cuidado quando se fala de machismo, porque não estamos falando dos homens, mas na verdade estamos falando de uma estrutura da sociedade que tanto homens quanto mulheres são machistas. É uma estrutura que determina que o mais importante na sociedade são os homens. Precisa-se de uma alteração cultural pra entender que a situação da mulher no Brasil é difícil, com um índice de desigualdade de gênero muito grande no Brasil que chegou 79% que é um número muito elevado. Vivemos em uma sociedade aonde homens e mulheres não tem as mesmas oportunidades.

Falando em feminismo deve-se compreender algo que busca a igualdade, o feminismo não é o antônimo de machismo como muitos pensam que o contrário de machismo é feminismo, mas está errado. O feminismo busca igualdade enquanto o machismo considera que o mais importante é o homem. Temos que entender essa questão da igualdade de gênero que está na nossa constituição desde 1988 dizendo que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

A competência do juizado de violência doméstica familiar contra mulher, é cumulativa sendo cível e criminal que tem competência para o processo, julgamento e execução, portanto no próprio juizado. Quando não houver juizado especializado, as varas criminais e cível ou varas de família aplicam também a lei Maria da Penha.

O art. 33 da Lei Maria da Penha, diz que, enquanto não criado o juizado, as varas criminais terão também competência cível, passando ser uma recomendação, porque quem disciplina sobre vara, ou seja, quem disciplina sobre competência de vara são os estados-membro ou Distrito Federal segundo o art. 125, §1º CF/88.

Nos crimes em geral quando não há a violência doméstica familiar contra mulher, a vítima vai a delegacia e sai de lá com o boletim de ocorrência, ela não é ouvida de imediato. Agora quando à violência doméstica contra mulher ela é ouvida imediatamente, a inquirição tem que ser no recinto especial, projetado especialmente para esse fim. A inquirição para a oitiva dela vai ser gravada por meios eletrônicos ou magnéticos, depois vem a degravação, a mídia acompanha o inquérito. Se necessário tem um profissional especializado em violência doméstica que vai intermediar e vai presenciar sua oitiva se necessário.

A autoridade policial deve evitar o contato da mulher e testemunhas com o agressor antes inquirição. Deve evitar a revitimização, que seria, sucessivas inquirições sobre o mesmo fato no âmbito criminal, civil e administrativo, e questionamento sobre a vida privada. Que significa ser vítima duas vezes.

Pode ocorrer da mulher não ser ouvida no momento por motivos de doenças entre outros, daí pode-se marcar uma nova data para ela ser ouvida. Caso ela não comparecer, nesse caso é cabível a condução coercitiva como relata o art. 201, § 1º do código de processo penal para ela comparecer e ser ouvida, o delegado pode decretar condução coercitiva da vítima.

No inquérito a autoridade policial vai colher todas as provas para esclarecer o fato e vai ouvir também o agressor e testemunha, de preferência ouvi todo mundo de imediato se a infração penal deixar vestígio autoridade policial manda realizar o exame de corpo de delito, mas se sabe que o exame de corpo delito não é feito na hora, ele demora pra ser feito. Mas a lei Maria da Penha diz que o laudo fornecido ou prontuário médico do hospital ou posto de saúde é admitido como meio de prova, para fins de medidas protetivas, denuncia ou queixa, prisão preventiva e outras medidas cautelares.

De forma inédita e por unanimidade o STJ decidiu validar a aplicação da Lei Maria da Penha para mulheres trans e travestis.

A interpretação das leis precisa ser atualizada, é preciso entender hoje que mulher não é apenas aquela pessoa que nasce com sexo biológico indicativo, a pessoas que se veem como mulher, se identificam como mulher, e tem o direito de ter sua proteção, sendo respeitado os seus direitos como qualquer outra pessoa, elas não podem ficar à margem do estado sem proteção, são pessoas em situação de vulnerabilidade precisando de um amparo do estado.

A grande questão é que a Lei 11.340/06 Maria da Penha foi criada com uma finalidade, que é de proteção de vulneráveis, o art. 1º da lei cita expressamente proteção de mulheres, as o art. 5º da lei fala sobre o gênero feminino, entretanto analisando a finalidade teleológica da lei existem alguns julgados que tenha aplicado a lei Maria da Penha quando o homem estiver em uma relação de vulnerabilidade frente a agressora.

Um exemplo dessa aplicação, aconteceu em um caso e que o homem se encontrava muito debilitado fisicamente por conta de tratamento quimioterápico e enquanto fazia esse tratamento, a esposa o agredia, então juiz da vara de violência doméstica aplicou as medidas protetivas, e principalmente o afastamento do lar dessa agressora com base nessa interpretação teleológica da lei Maria da Penha.

Alguns mecanismos foram criados para combater a violência doméstica, é um marco para o processo histórico de construção e reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos no Brasil. Após onze anos em vigor e muitas críticas, algumas alterações foram propostas em âmbito legislativo e na prática por profissionais que trabalham com a aplicação da lei.

Ela traz uma concepção ampla de acesso à justiça, contemplando medidas judiciais e extrajudiciais. sabe-se que essas medidas funcionam como uma resposta pontual a uma situação de violência, sendo ineficazes para sanar o problema social.

Um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror. Segundo o dicionário Aurélio violência seria ato violento, qualidade de violento ou até mesmo ato de violentar. Do ponto de vista pragmático pode-se afirmar que a violência consiste em ações de indivíduos, grupos, classes, nações que ocasionam a morte de outros seres humanos ou que afetam sua integridade moral, física, mental ou espiritual. Em assim sendo, é mais interessante falar de violências, pois se trata de uma realidade plural, diferenciada, cujas especificidades necessitam ser conhecidas. (SOUZA, 2008)

O art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, além de outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil, e ressaltou cinco formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre outras.

Em algumas decisões, ao aplicar as medidas protetivas de urgência, dependendo do tipo de proibição ou obrigação, o agressor é intimado de que o descumprimento ensejará a aplicação de multa, cujo valor é fixado na decisão. Igualmente, quando a obrigação puder ser satisfeita por outra pessoa, o agressor arcará com as despesas. Tais medidas, envolvendo valor financeiro, nem sempre são adotadas, tendo em vista que, em muitos dos casos, o valor pago pelo agressor acaba revertendo-se em prejuízo para a ofendida, como, por exemplo, o eventual inadimplemento da obrigação de prestar alimentos. Outrossim, em grande parte dos casos, o agressor não dispõe de recursos para pagar a multa que vier a ser imposta.

Diante disso, a coercitividade de maior resultado para que o agressor cumpra as medidas protetivas de urgência é o risco a que ele fica exposto de ter a sua prisão decretada. A Lei Maria da Penha dispõe expressamente que "Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial." É de destacar que a prisão poderá ser revogada pelo juiz se, no curso do processo,

verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Na hipótese de prisão ou soltura do agressor, a ofendida deverá ser notificada.

O estado oferece algumas medidas de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, que deverão ser prestadas observando os princípios e diretrizes antes transcritos. No Distrito Federal, geralmente, quando tem direito, a mulher ofendida já está incluída no cadastro de programas assistenciais do Estado. Na hipótese de não estar incluída, sendo o caso, o juiz poderá determinar a inclusão em programas assistenciais com base nos princípios e diretrizes mencionados na legislação.

Outras duas medidas que buscam preservar a integridade física e psicológica da ofendida, garantindo-lhe o direito ao trabalho são o acesso prioritário à remoção de servidora pública e a manutenção do vínculo trabalhista, por até seis meses, quando a ofendida trabalha no setor privado e precisa afastar-se do local de trabalho.

Convém destacar ainda que a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá, também, o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico nos procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual.

Sendo assim, essas novas alterações e permissão para autoridade judicial e policial aplicar imediatamente o afastamento do agressor, trazendo alguma segurança a mais para à vítima. Ela é um divisor entre a vida e a morte das ofendidas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância de ter pesquisado e estudado as alterações da lei Maria da Penha, é que ela existe para proteger as vítimas do agressor e interromper um processo chamado de escalada da violência, que é quando as agressões vão se tornando cada vez mais graves e frequentes com o passar do tempo.

Esse tema é bem relevante se tratando do cenário atual, que vem demonstrando que esse direito conquistado pelas mulheres, deve ser respeitado, a partir dessa lei as ações pela dignidade das mulheres foram intensificadas e não se admite que as agressões contra as mulheres sejam naturalizadas, e principalmente pela própria mulher como vítima, que antes da lei não conseguia entender muito que estava sendo ofendida ou humilhada.

A pesquisa futuramente irá contribuir para a comunidade acadêmica por meio de uma revisão de pesquisa que abordará conceitos inerentes ao tema, e que poderá ser uma fonte para futuras pesquisas, para a sociedade como um todo, o objetivo desse tema deverá contribuir como aprendizado para os homens e mulheres que precisam compreender sobre as alterações na lei Maria da Penha, o que poderá melhorar suas relações na sociedade como iguais.

Conclui-se, que tudo que foi exposto nesse trabalho, usou-se de meios doutrinários e

artigos de caráter científico, todos esses voltados para a questão da violência doméstica-familiar, que tem como foco a mulher e o papel de atuação do Estado com aplicabilidade da Lei Maria da Penha. Baseando-se também nos casos concretos ocorrentes e que possuem estatísticas concretas conforme dispõe as delegacias especializadas de atendimento à mulher e no âmbito judicial de ações recorrentes no nosso cotidiano.

Referências

BIANCHINE, Alice. **Aspectos Assistenciais, Protetivos e Criminais da Violência de Gênero** – 2º Edição (2006)

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016].

BRASIL. Presidência da República. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: 11 out. 2017.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres Presidência da República - **Coíbe a Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Brasília, DF: 2006.

CORTÊS, Iáris Ramalho; DE MATOS, Myllena Calasans. **Lei Maria da Penha: do papel para a vida: comentários à Lei 11.340/2006 e sua inclusão no ciclo orçamentário**. CFEMEA-Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 2009.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. **Lei Maria da Penha**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

VAGAS, Douglas. **Lei Maria da Penhas Esquematizada Lei 11.340/2006** Atualizada Pela Lei 13.641/2018

VIOLÊNCIA Contra a Mulher: Um Olhar do Ministério Público Brasileiro. 2018.

CAPÍTULO 8

RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO FRENTE AO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

*RESOCIALIZATION OF PRISONERS IN FRONT OF THE BRAZILIAN
PENITENTIARY SYSTEM*

Isabiane Maramaldo dos Santos¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O presente estudo denominado: ressocialização do preso frente ao sistema penitenciário brasileiro tem por escopo mostrar a realidade do sistema prisional, no entanto, foi abordado sobre a pena e sua finalidade, seguindo com a execução penal e o desrespeito com a dignidade do preso mostrando a política nacional. Entretanto, será tratado em especial acerca da ressocialização do apenado, mostrando que é de extrema importância arcar com os deveres e direito do apenado para que tenha uma ressocialização, como o direito a educação, trabalho e religião sendo esses de extrema importância. Pois, é uma oportunidade de ter uma ocupação digna, na qual dará a chance de aprender algo e podendo ser de grande apreço para sua carreira quando sair do sistema penitenciário. Destarte, conclui-se que, o melhor para ressocialização do apenado no Brasil é proporcionar atividades, ocupando o tempo e a mente desses ser humano que estão privados de sua liberdade.

Palavras-Chave: Execução Penal. Ressocialização. Apenado.

Abstract

The present study called: rehabilitation of the prisoner in the face of the Brazilian penitentiary system aims to show the reality of the prison system, however, it was approached about the penalty and its purpose, following with the criminal execution and the disrespect for the prisoner's dignity showing the national policy. However, it will be treated in particular about the resocialization of the convict, showing that it is extremely important to bear the duties and rights of the convict so that he has a resocialization, such as the right to education, work and religion, which are extremely important. Well, it is an opportunity to have a worthy occupation, in which you will have the chance to learn something and can be of great appreciation for your career when you leave the prison system. Thus, it is concluded that the best for the resocialization of the convict in Brazil is to provide activities, occupying the time and mind of these human beings who are deprived of their freedom.

Keywords: Penal Execution. Resocialization. Consented.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa será trabalhada acerca da ressocialização do preso frente ao sistema penitenciário brasileiro, no qual condiz a lei de execução penal. Introduzindo o conceito das penas e desencadeando suas finalidades. Atualmente a ressocialização do preso está cada vez mais difícil de acontecer, diante da discrepância de nossa realidade prisional e o que preconiza a legislação e falta de política públicas no qual acaba gerando um descaso. Fazendo com que a ressocialização não aconteça.

Todavia, para colocar o condenado em ressocialização é necessário por em prática as normas do nosso ordenamento jurídico. Como exemplo a lei de execução penal, elencado as medidas de assistência ao condenado, havendo a dignidade ao preso, desde do direito a educação, trabalho e religião, e assim oferecendo a condição de ressocializar para não reincidir.

O que se vê na lei difere muito da realidade, ao ver superlotação nas selas principalmente nos dias atuais em meio a uma pandemia com condição precária, perdendo suas garantias e suas dignidades. Todavia, a lei de execução penal ditas os meios para ressocialização, denotando para ser realizado da melhor maneira, adentrando nos dias atuais, analisando a violação a dignidade e com a falta de trabalho profissionalizante. Desta forma, a ressocialização é de extrema importância, não só para o apenado, mas também para sociedade. Onde a pena tem uma função disciplinadora, na qual apenado passa por reclusão com finalidade de mudar de vida.

Portanto, se esse trabalho de ressocialização for preconizado desde do início, o índice de melhora é alto e além de tudo ressocializar é mais vantagem ao Estado, fazendo com que o mesmo não volte a reincidir. No entanto, vale ressaltar é que não falta lei e sim a sua preconização.

Através de estudiosos da área, que já apontaram a ressocialização como uma poderosa ferramenta para não rescindir, no qual é possível ressocializar, mas para isso acontecer é necessário que o Estado e a sociedade andem em conjunto.

2. CONCEITO DA PENA

A pena é a medida, na qual o Estado impõe ao apenado que comete o ato típico, ilícito e culpável, mediante processo devido legal. Tendo o Estado o poder de aplicar sanção ao apenado como forma de castigo, com intuito de evitar novos crimes. Portanto, a pena é uma forma imposta pelo Estado pela pratica de uma infração, aquele que viola o ordenamento jurídico-penal, ou seja, que praticou determinado ato.

A pena a ser imposta deverá observar o princípio expresso, previsto na Constituição Federal. Vale ressaltar Damásio de Jesus ensina que a pena é: "a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de



seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Tendo em vista, o Estado que tem obrigação de impor os direitos e os deveres das pessoas e garantir também a sanção, tendo a legislação como base. Pode-se dizer que, ação punitiva existe na sociedade desde dos primórdios exemplo: No paraíso Adão e Eva, mesmo conhecendo do fruto proibido, foram e comeram, após terem feito isso, os mesmos foram expulsos do jardim do Éden, portanto a sua punição foi ser expulso do jardim do Éden (ROGERIO GREGO, 2015).

Portanto, as penas desde da antiguidade eram aflitivas, uma vez que o corpo da pessoa que pagava pelo ato, conhecida como pena de morte. No período iluminista por volta do século XVIII, teve uma mudança na mentalidade pelas ideias de Beccaria, que teve revolta na qual o povo estava sendo tratados pelos próprios semelhantes, por uma falsa bandeira de legalidade. Com isso no século V, a igreja admitiu a pena de prisão no qual o indivíduo teria um momento para pensar.

No final da segunda Guerra Mundial, houve uma defesa humanitária na qual valorizava os seres humanos que deveriam ter uma sociedade com dignidade, dando ao apenado condições humana, ao decorrer da reclusão e dando direito a vida ao ser reinserido à sociedade. Em 1977 adveio a lei Nº 6.416 de 24 de maio com isso houve umas alterações no Código Penal e Processo Penal, como também na forma da execução da pena, passando-se por várias mudanças e daí foi instituída a lei de Nº 7.210 de Junho de 1984 conhecida como LEP (Lei de Execução Penal). Portanto, a lei de execução penal tende-se de efetivar a sentença penal dando ao apenado algum tipo de pena, sendo ela restritiva de liberdade, ou multa, ou alguma medida de segurança, procurando solução ao problema causado.

2.1 Finalidade da pena

A finalidade da pena é punir o apenado pelo ato cometido, para que o mesmo não cometa o ato novamente. Contudo, a pena deve reprová-lo o mal feito pelo agente. É conhecida também pela intimidação, para que se reflita na sociedade, evitando-se que outra pessoa faça algum ato, ou para que parem e reflitam antes de praticar o ato.

No Código Penal Brasileiro em seu art. 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes a reprovação e prevenção do crime (ROGERIO GREGO, 2015). No entanto, compreendemos que a pena repreende o mal feito pelo apenado. As teorias bem como absolutas tem a tese da retribuição, já a teoria relativa preconiza a prevenção. Na atualidade, com um sentido diverso do modelo clássico, Ferrajoli (2002) propõe um modelo penal que pode ser classificado como retributivo especial, no qual não reside na mera defesa social de interesses constituídos ante à ameaça que os delitos representam. No entanto, a pena não existe para responder a um mal, seja na retribuição ética de Kant ou na retribuição jurídica de Hegel, ou, ainda, nos tempos atuais, para fundamentar um Direito Penal. Com fundamento nesse modelo, há uma conexão entre o fim retributivo da pena e a sua função preventiva, pois é possível prevenir sem retribuir algo. A prevenção distante da retribuição é um moderno autoritarismo penal e base de doutrinas correccionalistas de defesa social da prevenção especial (FERRAJOLI, 2002). Nessa teoria tem-se o objetivo

de proteger o fraco contra o mais forte.

Todavia, existe teorias para exemplificar a pena, no ordenamento jurídico brasileiro é usado a teoria mista, e sendo base a retribuição, prevenção e a ressocialização tendo cada uma o seu momento de agir e sendo elas como necessárias para repreensão de crimes. A função mista da pena, retribuição e prevenção, conforme o art. 59 do Código Penal, tendo a fala suficiente, na qual o julgador deverá observar o princípio da proporcionalidade para por a pena na primeira fase da dosimetria, no qual tendo maior limitação para a discricionariedade vinculada. Vale alertar que a intensa dialética entre as teorias com discutível comprovação empírica dos resultados, surgiu, no sistema jurídico dos EUA, uma desconstrução da função ressocializadora, que contribuiu para o processo de deslegitimação da função com isso ajudou a consolidar um pensamento atual. Portanto, a prisão ganha uma função de controle da criminalidade, com conotação gerencial, sendo de extrema importância no ambiente atual e de expansão do Direito Penal e com necessidade de a política controlar os índices de criminalidade, sem danos no aumento das taxas no sistema penitenciário.

No entanto, a pena não pode ser vista somente para reprimir o apenado, pois ela busca de alguma forma tranquilizar a sociedade e não pode ser vista pela sociedade como forma de castigar porque perde sua forma social. Portanto, LEP é um meio na qual dar ao Estado formas de manter efetivas as medidas, disponibilizado vários direitos e deveres que possibilitam da melhor maneira de reprimir o apenado.

3. DA EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é um meio de garantir a aplicação da pena, entretanto não sendo só para punir, mas traz consigo os direitos básicos dos apenados.

Praticada uma infração penal, surge para Estado o chamado jus puniendi, que significa o direito de punir o autor do fato ilícito. Para que se chegue até a efetiva punição do autor do crime ou aplicação da medida de segurança, necessário o devido processo legal, onde sejam resguardados os direitos e garantias processuais do sujeito passivo desta relação (MIRANDA, 2019 p,19).

No entanto, a execução penal é uma pena concreta que necessariamente precisa de um processo, no qual se dá pela existência de uma infração penal que diante disso será aplicada uma pena de acordo com o crime cometido, e sempre resguardando os direitos básicos dos apenados. De uma forma complexa pode-se dizer que, a execução penal tende a cumprir a sentença. “No qual, instaura-se um processo criminal, no qual o Poder Judiciário conhece a acusação, a defesa e, ao final, forma sua convicção para condenar ou absolver o réu” (MIRANDA, 2019, p19).

Entretanto, o Estado tem que proporcionar condições para integração social do apenado. Com esse comando denota-se que, a lei de execução penal adota a teoria mista ou eclética, pois é tanto uma retribuição ao condenado pela realização de um delito, como uma forma de prevenir a realização de novos delitos.



Lei de Execução Penal adotou a teoria mista (ecclética), visto que, de um lado visa punir o agente com a execução da sentença para prevenir novos crimes e proteger bens jurídicos, de outro, a pena deve ter um caráter humanizado, para garantir o harmônico retorno do sentenciado à sociedade (MIRANDA, 2019, p19).

Contudo, a execução penal traz tanto meios para punir quanto para harmonizar o retorno do apenado à sociedade. De acordo com Jason Albergaria deu a origem da execução penal:

O objeto da execução da pena consiste na reeducação do preso e sua reinserção social. A prevenção especial da pena compreende a ressocialização do preso para evitar a reincidência. A moderna concepção da pena dá especial relevo aos fins da pena, sem desconsiderar a sua essência, a retribuição. A aparente antinomia entre prevenção e retribuição se resolveria com as teorias-margem ou teorias conciliatórias. A pena adequada à culpabilidade deve deixar margem aos fins da pena (ALBERGARIA. Comentários à lei de execução penal, p. 9).

Lei de execução penal, "Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Diante dessa performance, a execução penal pode ser compreendida como o conjunto de normas e princípios tendo seu objetivo em um comando judicial no qual determina na sentença penal e impõe ao apenado uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa ou até mesmo estabelece uma medida de segurança. Portanto, o objetivo da lei de execução penal é que o apenado cumpra a sanção imposta e que volte para sociedade ressocializado, ou seja, um misto de educação e prevenção um conjunto que não se limita.

A execução penal vigorou no Código Penitenciário da República de 1933, antes do Código Penal de 1940, depois adveio a Lei nº. 7.210/84. Sendo aprovada 2 de outubro de 1957 no qual foi aprovada a Lei nº 3.274 que passou a dar um norte ao regime penitenciário, sendo revogada pela Lei nº 7.210/84. No entanto, a luta por uma conquista de direitos fundamentais foram anos e anos de busca por uma dignidade, tendo direitos básicos como saúde e educação, pontos mínimos que são ignorados pelo Estado.

O LEP (Lei de Execução Penal) que está vigente teve sua publicação em 1981 através da portaria nº. 129 de 22 de julho do corrente ano, tendo uma revisão até 1982, depois encaminhada ao Congresso Nacional e que deu origem a Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984 começou a vigorar a partir de 13 de janeiro de 1985 com a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal.

A execução penal tem objetivo de punir o apenado pelo ato cometido, e devolver a sociedade ressocializado, haja vista que a natureza da execução penal não busca somente a prevenção, mas a humanização. Ou seja, ela pune e humanizar.

3.1 Política Nacional de Segurança e Defesa Social

Ao lançar o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) e criar as bases da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), a Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, estabeleceu as competências, princípios, objetivos, estratégias, meios e instrumentos, no qual deve ser realizada a atuação do Estado no meio da segurança pública. Com finalidade de preservação no meio público e na incolumidade das pessoas.

É um meio de fortalecimento das ações de prevenção e resolução de conflitos, priorizando políticas de redução de violência, com enfoque em grupos vulneráveis, e voltado a políticas públicas na reinserção social dos egressos do sistema prisional.

A estratégia é fomentar a integração operacionais, em atividades de inteligência de segurança pública e em gerenciamento de crises.

em atividades de inteligência de segurança pública e em gerenciamento de crises e incidentes; integrar e compartilhar as informações de segurança pública, prisionais e sobre drogas; fomentar o aperfeiçoamento da aplicação e do cumprimento de medidas restritivas de direito e de penas alternativas à prisão; fomentar o aperfeiçoamento dos regimes de cumprimento de pena restritiva de liberdade em relação à gravidade dos crimes cometidos; racionalizar e humanizar o sistema penitenciário e outros ambientes de encarceramento (BRASIL, 2018, online).

Mas, é de conhecimento de todos que a realidade, dos sistemas penitenciarias no Brasil são de extrema calamidade, problemas como superlotação, presos vivendo em situações desfavorável, é um meio que afeta toda a sociedade que recebe os indivíduos que quando sai do ambiente penitenciário, saem da mesma forma que entraram. Mesmo com diversos programas a eles estipulados a reinserção social dos presos e dos egressos do sistema prisional, a LEP ainda enfrenta problemas de ser efetivado.

3.2 O desrespeito à dignidade humana do preso

O princípio da dignidade da pessoa humana conceitua que todo cidadão tem direito à vida digna. No entanto, esse direito deve ser respeitado tanto pela sociedade quanto pelo Estado. No que tange a dignidade humana frente ao apenado, o art. 1º da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP), dispõe que: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. O art. 1º da LEP, condiz o caráter humanitário do princípio da dignidade da pessoa humana e bem como sua aplicabilidade ao sistema penitenciário, no qual a sua execução não se limita apenas na efetivação da sanção sendo determinada através da sentença condenatória, mas também, proporcionar ao apenado condições dignas durante o cumprimento de sua pena, garantindo sua integração na sociedade. Vale ressaltar um conceito de dignidade. Segundo Fernandes (2011, p. 272), a dignidade da pessoa humana.



Irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.

Portanto, é dever do Estado assegurar esse princípio ao apenado, e proteger o mesmo de qualquer ataque. Pode-se dizer que, ainda há um desrespeito com a dignidade do preso, havendo-se um preconceito no qual o apenado ao ser preso perde seus direitos pelo fato desses direitos serem violado, as condições de permanência dentro dos presídios passam a fazer referência aos suplícios, sendo expostos a todos os tipos de calamidade

Contudo, acaba violando os direitos humanos do apenado, criando revoltas e conflitos nas prisões com rebeliões. Pelo fato de não atender o que são impostos pela Constituição Federal; espaço suficiente, higiene, saúde e dentre outros fatores, que são direitos dos apenados, vale mencionar o art. 5º, XLIX da Constituição Federal de 1988 diz que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". No entanto, a prática não é legítima. Infelizmente a condição é precária o que é considerado desrespeito ao apenado, tendo uma realidade fora do que se preconiza na Constituição Federal, tendo em vista a possibilidade do apenado voltar a cometer crime, devido ao tratamento.

De acordo com o art. 10 "a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade" é dever do Estado tratar o apenado de uma forma adequada para que o mesmo cumpra sua pena de uma forma digna e em condições e posteriormente consiga ser reintegrado na sociedade. Contudo, faz-se necessário acreditar na recuperação do apenado, acreditar que será possível recuperar e conseguir uma reintegração na sociedade, e que o mesmo possa conseguir um trabalho, e viver de uma forma digna.

4. RESSOCIALIZAÇÃO PARA NÃO RESCINDIR

Ressocialização é um meio de devolver o apenado à sociedade ressocializado, O objetivo principal é do sistema prisional é a efetiva reinserção do apenado ao convívio em sociedade. Respeitando a dignidade, o paradigma ressocializador pede ao apenado que venha a facilitar seu retorno, de forma digna, à comunidade, ou seja, sua plena reintegração social.

Reestabelecer um ex-apeando a sociedade por meio de políticas humanísticas, nos dias atuais é bem difícil, na realidade irá depender da sociedade, tendo em vista que, o Estado, dê condições para que ele consiga se regenerar e, dessa forma, não voltar a praticar o crime. A ressocialização é um meio de propiciar a dignidade e tratamento humanizado, dando a honra e a autoestima do apenado, no qual permite que o mesmo tenha um acompanhamento psicológico, meios de profissionalização e incentivos para que os direitos básicos do apenado sejam concretizados e priorizados. E por sua vez, a atuação da sociedade no recebimento do apenado e a sua convivência social sendo de extrema importância e essencial para a ressocialização e que tenha efeitos positivos, reintegrando ao meio social.

Ainda há desafios a serem percorridos por esses indivíduos após conquistarem a liberdade, a sociedade, se deixa levar pelo preconceito criado pelos meios de divulgação. Sendo um obstáculo enfrentado pelos ex-apanado entrar no mercado de trabalho, contudo, por serem ex-apanados, muitos não têm ensino fundamental completo e nem cursos profissionalizantes, sendo impossível encontrar emprego.

No entanto, fica o dever ao Estado de garantir que isso aconteça, que as penas não sejam apenas para punir, mas também para ensinar e dar condições para que essa reintegração possa acontecer. Buscando um meio que possa acontecer de forma efetiva, na qual reduzem a reincidência, ajudando na reeducação do apenado, tanto na sua vida profissional e como também na sua conscientização psicológica e social.

Entretanto, a muitos presos que quando sai da prisão cometem o mesmo crime, pelo fato de não haver políticas públicas e a rejeição por parte da sociedade, e a superlotação que está sempre presente, essa superlotação está associada a vários fatores como prisões efetuadas durante os últimos anos, o atraso no julgamento dos processos, e o descaso do Estado nas medidas que auxiliem a reintegração do preso.

Um dos fatores que prejudica a ressocialização do preso é a superlotação sendo um meio irremediável, visto que não há novos estabelecimentos, e muitos apenados já com penas cumpridas, mas infelizmente são esquecidos. Tendo, agentes penitenciários que se corrompem, a falta de higiene outro fator que desclassifica a ressocialização e a assistência que não tem ao apenado que, são fatores que contribuem para a falência da ressocialização.

O Estado tenta realizar, na prisão, entretanto há falha. O Estado acaba na pratica do crime, em vez de ressocializar, faz com que as prisões produzam delinquentes muitos mais perigosos. Com essa lotação de presos, há dificuldade na separação dos presos considerados de alta periculosidade dos que cometeram crimes mais leves, acaba que ambos ficam juntos, violando o que preceitua o artigo 84 da LEP, dispondo que: "art.84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. §1º: o preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes" (LEI DE EXECUÇÃO PENAL Nº 7.210/84).

Desta forma, a situação nos sistemas penitenciários, acaba tendo violação aos direitos fundamentais dos presos à dignidade, higidez física e integridade psíquica, configurando um tratamento degradante, indigno a pessoas que se encontram sob apenado. As penas privativas de liberdade em nossos presídios viram em penas cruéis, sendo-lhes negado todo e qualquer direito seguro e salubre. Nessa ótica, diversos dispositivos são feridos como Constituição Federal: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

Na visão do Professor Zacarias (2006, p. 56)

Nenhum preso se conforma com o fato de estar preso e, mesmo quando conformado esteja, anseia por liberdade. Por isso, a falta de perspectiva de liberdade ou a sufocante sensação de indefinida duração da pena são motivos de inquietação, de intranquilidade, que sempre se refletem, de algum modo na disciplina (...). Para isso, deve o Estado – tendo em vista que a maior parte da população carcerária não dispõe de recursos para contratar advogados – propiciar a defesa dos presos (ZACARIAS, 2016, p. 56).



O Estado quer ressocializar o apenado mais não cumpre as funções sociais que lhe são atribuídas. E por falta de políticas públicas o sistema prisional é falido, sendo diferente no que se preconiza na teoria, não tendo medidas socioeducativas, nem condições humanitárias, trazendo apenas uma de prisão retributiva e vingativa, onde a lei interna é que rege, a lei do mais forte, onde facções comandam, caso a mesma não se adapte ou submeta vai ter que padecer ou até mesmo tendo sua vida ceifada, indo de contra os Direitos Humanos, de modo que jamais aconteça ressocialização.

Entretanto, é de responsabilidade do Estado promover o bem-estar do apenado, e cumpra os direitos e deveres fundamentais no qual sejam garantidos pela sociedade. Garantindo que seus direitos sejam resguardados. Sendo de suma importância a punição, contudo, não pode ser só uma forma de castigar, mas sim pensar na mudança do apenado.

4.1 Direito a educação, trabalho e religião na ressocialização

A educação é um direito social, assegurado pela Declaração Universal de Direitos Humanos. Tem-se todas as diretrizes que todas as pessoas têm direito a educação, tendo todo desenvolvimento da personalidade humana, na qual se compreende como um meio para acabar com a miséria e assim reduzir a violência, dando novas oportunidades para os apenados.

Preceitua o art. 205 da Constituição Federal que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Por outro lado, deixa claro no art. 208 o seguinte: (...) § 1.º, que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2.º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Por isso cabe ao Estado promover o ensino fundamental (antigo 1.º grau) ao sentenciado que dele necessitar (NUCCI, 2018, p, 46).

A educação é meio fundamental nesse processo, fazendo-se necessário educar para ressocializar e sendo um dever de todos. Nos ditames da Lei de Execução Penal no Art. 17. “A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”. Sendo uma das funções mais importante na ressocialização, ou seja, educar o apenado para voltar ao convívio na sociedade e ao familiar. Por tanto, quando essa educação é acessada dentro do sistema penitenciário, haverá a possibilidade do mesmo ter uma qualificação, tendo chances de se reabilitar e além de tudo é um meio para reduzir a pena.

No que tange ao exposto, Gomes (2008) diz que:

É fundamentalmente uma forma de poder que potencializa virtudes e pessoas. O direito à educação é muito mais do que um direito à sala de aula. É um direito proeminente à maior qualidade de vida. A singularidade do sistema prisional e a pluralidade dos sujeitos detentos reivindica uma educação prisional que deixe de ser pensada como um benefício e seja vista como a razão de ser do sistema prisional” (GOMES, p.44, 2008).

Assim como a educação tem o trabalho, que dispõe o art. 28 da LEP que “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

Ensina Adeildo Nunes constituir o trabalho “um dever social do preso”, “porque no final do cumprimento da sua pena a sociedade exige que o reeducando esteja apto a conviver socialmente, sem mais delinquir, inclusive com uma profissão definida e capaz de assegurar a sua existência e da sua família”. Porquanto, traz a dignidade humana reeducando o mesmo e recompensando pelos seus esforços como diz o artigo 29º da Lei de execução penal artigo 29 “O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo”. E além de tudo é um meio de evitar a ociosidade carcerária. O trabalho é um meio de integração social.

Assim como a educação e o trabalho, a religião é de suma importância, é um direito fundamental. Vale mencionar o doutrinador Júlio Fabrini Mirabete

Na atualidade, a assistência religiosa no mundo prisional não ocupa lugar preferencial nem é o ponto central dos sistemas penitenciários, tendo-se adaptado as circunstâncias dos nossos tempos. Não se pode desconhecer, entretanto, a importância da religião como um dos fatores da educação integral das pessoas que se encontram internadas em um estabelecimento penitenciário, razão pela qual a assistência religiosa é prevista nas legislações mais modernas. Em pesquisa efetuada nos diversos institutos penais subordinados à Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo por um grupo de trabalho instituído pelo então Secretário Manoel Pedro Pimentel, concluiu-se que a religião tem, comprovadamente, influência altamente benéfica no comportamento do homem encarcerado e é a única variável que contém em si mesma, em potencial, a faculdade de transformar o homem encarcerado ou livre (MIRABE, 2002, p. 83).

A religião na prisão, possui como objetivo ajudar na reintegração social do preso e do internado por meio da religiosidade, bem como instrumento de otimização no sistema prisional, contribuindo para ressocialização é um direito previsto em lei, vale ressaltar:

art. 5.º, VI, da Constituição Federal ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. O preso merece receber a oportunidade de participar de cultos, com ampla liberdade de crença, inclusive de não ter nenhuma, bem como de ter consigo livros referentes à religião adotada (NUCCI, 2018, p 49).

A lei de execução Penal nos traz em seu artigo 24º § 1º e 2º: “Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. § 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos. § 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

5. CONCLUSÃO

O estudo visa mostrar a realidade do sistema penitenciário, como o desrespeito a dignidade do apenado, a falta de ressocialização com inércia do Estado e a intolerância da sociedade. Entretanto, diante de toda a pesquisa necessária para este trabalho, foi possível constatar que a lei nº 7.210 de 11 de julho 1984 preconiza o que se pode fazer acerca dos apenados e tendo sua finalidade na recuperação do apenado, que por algum motivo foi privado de sua liberdade.

Tendo em vista que, os sistemas penitenciários se mostram cada vez mais incapazes na efetivação da lei, os apenados saem do ambiente piores do que entraram, se alimentando de conhecimentos que tornam a inteligência criminal forte do que os poderes constituídos. No entanto, a lei de execuções penais tende a traçar um caminho no qual o apenado seja tanto punido quanto ressocializado, preconizando deveres.

Infelizmente, o resultado é totalmente diferente do que se preconiza em lei, embora se tenha uma legislação que rege o respeito dos direitos humanos em todo ambiente, o que se pode observar no sistema penitenciário, é que a lei não tem se cumprido, pois não há compatibilidade entre sistema penitenciário e lei. Desta forma, tem-se a realidade que é imposta nos meios de entretenimento como jornais, redes sociais etc. Sendo assim, o sistema penitenciário acaba virando uma escola de criminalidade, o apenado entra e sai pior, sendo mais violento por conta da omissão estatal.

Tendo em vista, que ao adentrar na realidade do sistema penitenciário brasileiro, com enfoque na superlotação e na permanência de apenados que já cumpriram a pena, e rebeliões dentro dos sistemas penitenciário e crime organizado. Portanto, com toda essa discrepância, fica totalmente complicado para o efetivo do cumprimento da lei.

Em suma, vale dizer que, não falta lei e sim sua preconização e o Estado tem que efetivar o que dispõe na lei. Pois, o que vale ter na lei se não é efetivado na prática. Portanto, faz-se necessário que a lei tenha condições de ser aplicada e que sua eficácia possa surtir efeito e os objetivos possam ser alcançados. Colocando na prática os direitos e deveres dos apenados, como direito a educação, trabalho e religião, ajudando para que os mesmos saem ressocializados, pois além de ser uma benfeitoria acaba tirando o tempo ocioso que passam na prisão, e acaba qualificando de alguma maneira, desta forma, ajudando o apenado que quando sair possa conseguir um emprego e conseguir se relacionar com a sociedade de forma digna.

Portanto, a ressocialização é um fator principal e sendo de extrema importância, para ser priorizado para sociedade, visto que junto com o Estado poderiam sanear os problemas encadeados, como a criminalidade sendo um dever do Estado e a reinserção um dever da sociedade, andando em conjunto para que possa funcionar na prática, com rigor, para que criminalidade desacelere dia após dia e que se tenha uma ressocialização eficaz.

Referências

- ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3ª edição. Belo horizonte: Del Rey, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**- Parte geral, p. 81.
- BRASIL. **Lei de execução Penal. nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.html. Acesso em: 28 de abril 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de abril de 2022.
- HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**, 1ª edição. p. 34
- MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83
- MIRANDA, Rafael Souza. **Curso de execução penal**. São Paulo: juspodivim, 2019
- NUCCI, Guilherme. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.19
- PLANO e Política Nacional de Segurança Pública**, Brasília, 2018. Disponível em: [copy_of_PlanoePoliticaNacionaldeSeguranaPblicaDefesaSocial \(1\).pdf](http://copy_of_PlanoePoliticaNacionaldeSeguranaPblicaDefesaSocial(1).pdf).
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**- Parte general, Rio de janeiro, 2006 I. I, p. 85. Disponível em: <http://arqui-medes.adv.br/livros100/Estudos%20de%20Direito%20Penal%20-%20Claus%20Roxin.pdf>.
- SANTOS, Guilherme dos. **Ressocialização do preso frente ao sistema penitenciário brasileiro**. Ijuí (RS), 2015. Disponível em: [TCC Guilherme - Pronto.pdf](http://TCC%20Guilherme%20-%20Pronto.pdf). acesso em: 20 de maio de 2022.
- SILVA, Juliana Nunes Castro. A dignidade da pessoa humana a falta de dignidade dentro dos presídios brasileiros. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 18 set 2012, 05:15. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/31135/a-dignidade-da-pessoa-humana-a-falta-de-dignidade-dentro-dos-presidios-brasileiros>. Acesso em: 20 de maio de 2022.
- SILVA, Layhanne Fernandes. **A ressocialização do preso frente à lei de execução penal e o sistema penitenciário brasileiro**. ANÁPOLIS, 2021. Disponível em: [Layhanne Fernandes.pdf](http://Layhanne%20Fernandes.pdf). Acesso em: 28 de abril de 2022.
- SIMÕES, Ianca Marcia de Araujos. **O Trabalho como Ferramenta Essencial para a Ressocialização no Sistema Prisional**. Jus.com.br. Manaus: 15 de outubro de 2020, às 12:59. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86031/o-trabalho-como-ferramenta-essencial-para-a-ressocializacao-no-sistema-prisional>. Acesso em: 20 de maio de 2022
- WANCQUANT, L. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

CAPÍTULO 9

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

*LEGAL CONSEQUENCES OF NON-COMPLIANCE WITH THE CRIMINAL
TRANSACTION*

Argemiro Soares Rocha¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

A presente pesquisa busca analisar as consequências do descumprimento de acordo de transação penal no âmbito dos juizados especiais criminais. A Lei 9.099/95 não apresenta normas que tratem dessa situação específica, portanto ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência examinar a situação e a melhor hipótese para solucionar essa questão. Inicialmente discorre-se sobre os principais aspectos da aludida lei e dos Juizados Especiais. Também se analisa o instituto da Transação Penal, seu conceito, natureza jurídica, causas impeditivas e algumas divergências doutrinárias quanto à titularidade e à natureza da homologação da sentença do acordo. Por fim, a divergência doutrinária quanto o que legalmente deve-se fazer no caso de descumprimento. E para tanto, fez-se uma pesquisa bibliográfica sobre esse tema através da coleta de dados em livros, doutrinas, artigos, *sites* e revistas.

Palavras-chave: Transação. Penal. Descumprimento.

Abstract

The present research seeks to analyze the consequences of the noncompliance of agreement of criminal transaction in the category of special criminal courts. Law 9.099/95 does not contain norms that deal with the most specific person, so it was a burden of doctrine and jurisprudence, examine a situation and a better hypothesis to solve this question. Initially, the principles of the aforementioned law and of the Special Courts are discussed. It also analyzes the Criminal Transaction Institute, its concept, legal nature, impeding causes and some doctrinal divergences as to the ownership and nature of the homologation of the sentence of the agreement. Finally, a doctrinal divergence for what legally develops not in case of noncompliance. And for that, bibliographical research on this topic was made through the collection of data in books, doctrines, articles, websites, and magazines.

Keywords: Transaction. Criminal. Noncompliance.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo teve o objetivo analisar as medidas que devem ser adotadas em face do descumprimento do acordo decorrente da transação penal na esfera criminal. A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 98, sobre a criação dos Juizados Especiais Criminais, atribuindo a estes a competência de conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo.

Sendo assim, no ano de 1995, em atendimento ao comando constitucional, surge a Lei 9.099 disciplinando os Juizados Especiais Criminais com o objetivo de estabelecer uma nova forma de aplicação da justiça no sistema penal brasileiro baseada nos princípios da oralidade, celeridade, informalidade e economia processual. Esta lei instituiu um modelo de justiça consensual e flexibilizou os julgamentos distanciando-os um pouco das penas privativas de liberdade.

Dentre as medidas, foi implantado o Instituto da Transação Penal, com finalidade de evitar a instauração do processo penal, através de um acordo entre o titular da ação e o possível autor do ilícito que, mesmo sem admitir culpa, cumprirá penas alternativas (multas ou restritiva de direitos). Sendo assim, o instituto contribuirá para desafogar o Judiciário e minimizar a crise no sistema prisional, já que a partir de então, a prisão é destinada a crimes de elevado potencial ofensivo.

No entanto, a lei dos Juizados Especiais Criminais não fez a validação de sanções ao ponto de análise disciplinar que poderiam ser aplicadas em caso de descumprimento do acordo proposto, ficando isso a cargo da doutrina e jurisprudência que, por vezes, divergem entre si. Sendo assim, em decorrência dessa lacuna legislativa, surge a seguinte problemática: Quais as consequências jurídicas do descumprimento da transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo?

Para responder essa problemática, fez-se uma pesquisa bibliográfica. Pois buscou-se conhecer melhor o tema através da coleta de dados em livros, doutrinas, artigos, sites e revistas. Primeiro, apresentamos noções gerais sobre os Juizados Especiais criminais. Depois, analisamos o Instituto da Transação Penal. E, por fim, estudamos as consequências advindas do descumprimento da Transação Penal e os posicionamentos dos tribunais do Brasil.

2. OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E OS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

2.1 Os juizados especiais criminais

Realizando uma localização dentro do contexto histórico, de início, cabe destacar que, os juizados especiais possuem previsão dentro da Carta Magna de 88, onde, em seu Artigo 98, I, realiza a seguinte destinação:

I - Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

E atendendo ao disposto na Constituição federal, foi-se dado início ao Projeto de Lei 1.480-A de 1989, por autoria do então Deputado Michel Temer, que trata do julgamento e execução dos crimes de menor potencial ofensivo. Com isso, agregou-se um novo mecanismo ao Direito Processual Penal, a justiça consensual. Anteriormente, o Processo só tinha a possibilidade de uma justiça conflituosa, onde as partes são postas em uma arena que possui dois polos, a acusação e a defesa, gerando um embate moroso.

Na construção inicial da referida lei, encontrava-se a seguinte divisão: “I — Das Disposições Gerais, II — Do Processo perante os Juizados Especiais, III — Das Disposições Finais e Transitórias”. Além do Projeto do Deputado Temer, o Deputado Nelson Jobim realizou o Projeto de Lei 3.698/89, onde englobou não tão somente aos Juizados Especiais Criminais, mas também os Cíveis. Por meio da Comissão de análise, realizou-se uma mescla dos dois trabalhos, onde a parte criminal, foco do nosso estudo, foi retirada do Projeto do Deputado Michel Temer.

Para melhor contextualizar sobre a finalidade dos Juizados Especiais Criminais, o notável jurista Norberto Avena (2017, p. 712) realiza a seguinte proposição:

São destinados à conciliação, ao julgamento e à execução das infrações de menor potencial ofensivo, como tais consideradas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa. Essa abrangência conceitual das infrações de menor potencial ofensivo é dada pelo art. 61 da Lei 9.099/95, com aplicação na esfera federal por força do art. 1.º da Lei 10.259/2001.

Sendo assim, os Juizados Especiais surgem com a proposta de um sistema dinâmico, célere, desburocratizado; visando a otimização e racionalização dos procedimentos com um baixo custo processual, a fim de propiciar ao máximo o exercício democrático da cidadania. Tendo como principais objetivos o desafogamento do judiciário, agilidade processual e a ressocialização.

É notável a importância dos Juizados Especiais criminais dentro do contexto do Direito Penal, haja vista seu caráter descaracterizado, onde, tais medidas atuam, notadamente, dentro do sistema prisional, devido à utilização da despenalização das infrações de menor potencial ofensivo, colaborando para dessobrecarregar o sistema carcerário nacional, além de dar maior celeridade aos processos quem poderiam perdurar por um longo período de tempo se adotado fosse o método tradicional.

Dentro do Juizado Especial Criminal observa-se a presença da substituição da pena por uma medida alternativa, de modo que, não trata o agente como um infrator que vai de encontro com o Estado, mas, rebuscando essa ótica a um alcance maior, tratando o mesmo como um problema social e comunitário, como devidamente é. No aceite a reparação do dano por meio de indenização, o mesmo realiza a renúncia do direito de queixa

ou representação quando realizados forem, determinados crimes (GOMES, 2010).

Utilizando-se das palavras de Damásio de Jesus (2010, p.16): “Não existe qualquer prejuízo para a sociedade, pois, conforme já salientado, nas infrações de menor potencial ofensivo à possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade é pequena”.

Portanto, o que podemos perceber é que a Lei de Juizados Especiais em consonância com a nossa Constituição e com a vontade das partes, formada pelo Ministério Público rejeitando a denúncia e do outro lado o agente do pequeno delito liberta-se do processo, optando por uma medida que, se concluída, alcança a extinção da punibilidade criminal.

2.2 Infração de menor potencial ofensivo

Com a implementação da Lei 10.259/01, obteve-se um novo conceito do que é infração de menor potencial ofensivo, onde em seu art. 2º, parágrafo único mencionava: “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”. Com isso, a doutrina encontrou-se fragmentado no que tange ao conceito que caberia para nortear os entendimentos posteriores. Visto que o critério para conceituar as infrações de menor potencial ofensivo se baseia basicamente na quantificação da pena.

Este conceito só veio a ser unificado com a criação da Lei 11.313/06, para esta “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Outro ponto circunstancial para que o entendimento do conceito de Infração de Menor Potencial Ofensivo seja compreendido em sua totalidade, é a não confusão com o entendimento com o conceito referente ao princípio da insignificância. Avena (2017, p. 712) destaca a seguinte distinção:

No primeiro caso, existe ofensividade a bem juridicamente tutelado, porém é esta presumidamente inferior à de outros crimes tipificados na legislação penal. Já no segundo considera-se que a ofensividade é de tal modo insignificante que conduz à atipicidade material da conduta. Ademais, se, para o enquadramento da conduta no conceito de infração de menor potencial ofensivo basta atentar ao apenamento máximo cominado *in abstracto*, o mesmo não ocorre com as infrações consideradas de lesividade insignificante, que exigem, para que assim se enquadrem, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A aplicação deste princípio, também conhecido por princípio da bagatela não pode ser utilizado como único parâmetro, ou seja, de forma exclusiva ou isolada. Faz-se necessários delinear o grau de ofensividade da conduta frente ao bem jurídico tutelado, o desvalor social da ação e a intensidade da culpabilidade do agente devem ser apreciados.

Contudo, a simples alegação de que não houve prejuízo relevante para a vítima em nada altera a condenação. Dessa conclusão podemos imaginar os furtos tentados e aqueles consumados, mas com recuperação dos bens subtraídos, seriam considerados penalmente atípicos em decorrência do princípio da insignificância. Embora não previsto em lei, este princípio tem sua aplicação prevista pela doutrina e jurisprudência pátrias, na qual objetiva excluir a tipicidade penal.

2.3 Juizados especiais criminais e seus princípios balizadores

Diante da crise estrutural apresentada pelo Poder Judiciário, em razão da enorme quantidade de demandas, incapaz de promover uma prestação jurisdicional célere e se mostrando cada dia mais distante das realidades sociais, a criação dos Juizados Especiais Criminais revolucionou o sistema processual pátrio, sendo de grande importância social na esfera penal. Possui como princípios norteadores de sua atividade a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade, publicidade e busca incessante da conciliação.

2.3.1 Princípio da oralidade

Dentre os tantos princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais, o primeiro a ser citado é o da Oralidade. Neste princípio que possui amparo Constitucional no art. 98, I CF/88, traz a prevalência da palavra falada sobre a escrita, logo, entende-se, via de regra, que os atos dentro dos Juizados devem ser realizados de forma oral. Deste princípio desdobram-se subprincípios importantes, como o princípio do imediatismo, o princípio da identidade física do juiz e o princípio da concentração. De acordo com o destaque de Avena (2017, p.714) "(...) isto fica muito claro, por exemplo, na contemplação da denúncia e da queixa oral (art. 77, *caput*, e § 3º), da defesa preliminar oral (art. 81, *caput*, 1ª parte), dos debates orais (art. 81, *caput*, parte final) e da possibilidade de embargos declaratórios orais (art. 83, § 1º)".

2.3.2 Princípio da simplicidade

Outro princípio norteador dos JECrim, assim chamado por Lopes Jr. (2017), é o princípio da simplicidade. Esse princípio trata da diminuição de cargas materiais do processo, ao passo que tal aglomerado pode atrapalhar o trâmite processual e, conseqüentemente, deixá-lo mais demorado e prejudicial às partes (LIMA, 2016).

A utilização da oralidade é feita devido a sua maior eficácia em questão de tempo, ao passo que, não se despreza por sua totalidade a utilização da palavra escrita por sua importância no decurso do processo. Podemos ter como claro exemplo, a utilização da lavratura de um termo circunstanciado ao invés do inquérito policial. Além do ato anteriormente citado, podemos ver com clareza a atuação deste princípio frente à desnecessidade

da realização do exame de corpo de delito, desde que materializado esteja o crime em um laudo médico ou qualquer outro meio que prove a realização de uma prova referente à materialização.

2.3.3 Princípio da informalidade

O princípio da informalidade também é visto dentro dos JECrim, de modo que ele representa a falta de rigor no cumprimento de determinadas formalidades dentro deles. Tais formalidades excessivas prejudicam o andamento do processo, tornando-o lento. Sobre isso Lima (2016, p. 1365) explica:

Por isso, a Lei dos Juizados prevê que os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária (art. 64); que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 (art. 65, *caput*), não se pronunciando qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo (art. 65, § 1º); que a prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação (art. 65, § 2º); que serão objeto de registro exclusivamente os atos havidos por essenciais, sendo que os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente (art. 65, § 3º); que a intimação será feita por correspondência, com aviso de recebimento pessoal, ou por qualquer meio idôneo de comunicação (art. 67, *caput*); que é dispensado o relatório da sentença (art. 81, § 3º), e que, se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão (art. 82, § 5º).

2.3.4 Princípio da economia processual

Nesta constante busca por rapidez, outro princípio, também observado dentro dos JECrim, é o da economia processual, a qual tange a força da realização da maior quantidade de atos processuais em menos tempo. Tal economia não pode ir de encontro aos princípios do contraditório e ampla defesa, devendo estes ser respeitados, pois são inerentes a qualquer ato dentro do processo.

A lei se torna bastante clara quando realiza a menção a possibilidade de aproveitamento de atos processuais quando possível for, desde que, o ato não seja prejudicial ao processo e possa dar a devida celeridade ao mesmo. Com o intuito de clarear a aplicação deste princípio, o exemplo mais notado, é a audiência única, que reúne todos os atos relativos aos juizados. A presença massiva do princípio da oralidade é um dos mecanismos que concretiza a efetivação da economia processual (AVENA, 2017).

2.3.5 Princípio da celeridade

Utilizando-se das sábias palavras de Mirabete (2002, p.37-38):

A referência ao princípio da celeridade diz respeito à necessidade de rapidez e agilidade no processo, com o fim de buscar a prestação jurisdicional no menor tempo possível. No caso dos Juizados Especiais Criminais, buscando-se reduzir o tempo entre a prática da infração penal e a solução jurisdicional, evita-se a impunidade pela porta da prescrição e dá-se uma resposta rápida à sociedade na realização da Justiça Penal. O interesse social reclama soluções imediatas para resolver os conflitos de interesses e é uma exigência da tranquilidade coletiva.

Permite-se, ainda, em termos gerais, que os atos processuais sejam realizados em horário noturno e em qualquer dia da semana (art. 64). Nesse mesmo sentido de celeridade, dispõe a lei que a citação pode ser feita no próprio Juizado, que nenhum ato será adiado, determinando o Juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer (art.80) etc.

2.3.6 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade é absoluto, possui primordial destaque na CF/88, onde, no art. 93, IX realiza a seguinte menção: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, [...]” demonstrando sua importância não tão somente dentro dos Juizados Especiais.

Dentro da Lei 9.099/95, há uma previsão expressa de tal princípio, a mesma se encontra no art. 64, que determina: “Os atos processuais serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.” Adentrando ao entendimento do mesmo, trata-se de uma garantia de direitos aos indivíduos de um processo, em que, as partes terão ciência de todos os fatos a qual eles são mencionados (AVENA, 2017).

Os atos de publicidade dos Juizados Especiais Criminais, são assegurados pelo CPP, como prevê o seu art. 792, mas existem possibilidades constitucionais que podem evitar a publicidade, conforme artigos 5º, LX, podendo haver sigilo quando decretado pelo juiz por exigir no caso concreto a defesa da intimidade ou do interesse social.

2.3.7 Princípio da busca incessantes da conciliação

Tal princípio será entendido a partir da ideia da Transação Penal. Nesta ocorre uma conciliação entre as partes, logo, tornando-se vantajoso tanto a vítima quanto para o então autor da infração. A partir da concretização da proposta de transação penal, não haverá cumprimento da pena, mas do acordo firmado.



A conciliação neste caso possui obrigações de natureza cíveis e não mais penais, logo o princípio da obrigatoriedade obstaculizado frente á previsão da necessidade da aplicação absoluta das ações penais. Mirabete (2002, p. 39) constrói a seguinte cognição:

Assim, seu objetivo primordial é, com um mínimo de formalidades, buscar a paz social, relativamente a prática das infrações de menor gravidade. Para isso se procura compor o dano social resultante do fato, prevendo-se a reparação imediata do dano, ao menos em parte, com a composição, ou a transação, na lei tida como a aceitação pelo autor do fato de penas não privativas de liberdade, como, aliás, preconizado na doutrina moderna, que as tem como suficientes para a responsabilidade penal do autor dessas infrações menores quando não indiquem estas periculosidades do agente. Tais medidas, antes vedadas na área criminal quanto às ações penais públicas, passaram a ser admitidas pela Constituição Federal nas causas de competência dos Juizados Especiais (art. 98, I). Com isso, mitiga-se o princípio da obrigatoriedade, que era de aplicação absoluta nas ações penais públicas.

2.4 Competência dos juizados especiais criminais

A ruptura com o tradicional meio de resolução de conflitos até então existente, fez com que a Lei 9.099/95 criasse uma linha abissal quanto ao avanço do direito no âmbito penal, trazendo uma nova visão ao se tratar a violência e a penalização, mas também criação de mecanismo de tão prática utilização, como é a transação penal.

Após expor tais assertivas, cabe discorrer sobre a estruturação dos JECrim do ponto de vista de suas competências. Estes estruturam-se tanto na esfera estadual como na federal. Para enquadrar-se no bojo federal, é necessário que o delito seja de competência da justiça federal, transcrito, taxativamente, no art. 109 da CF/88. Já o enquadramento na justiça estadual, será tudo que não se enquadra na justiça federal.

Todavia, o § único do Art. 60 da Lei 9.099/95 dispõe que “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis” Sobre esse conflito ensina Lopes Junior (2017, p. 750):

No seu parágrafo único, prevê a Lei que em caso de conexão (ou continência, se for o caso) entre um crime de competência do JECrim e outro, que por sua gravidade extrapole essa competência, haverá a reunião fora do JECrim, mas mantidas as possibilidades de transação penal e composição de danos em relação ao delito de menor potencial ofensivo.

Essa foi a mesma sistemática adotada, posteriormente, pela Lei n. 11.313/2006, que modificou o parágrafo único do art. 60 da Lei n. 9.099/95 para determinar que na reunião de processos, perante o juízo comum ou o Tribunal do Júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

3. O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Para a professora de processo penal, Ana Flávia Messa (2017), a transação penal é um meio conciliatório para a resolução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal. É um negócio jurídico onde a parte Ministério Público, não tendo tido êxito a composição civil dos danos, ou, ainda que o tenha, tratando-se de ação penal pública incondicionada, oferece os termos e o acusado ou suspeito de crime de menor potencial ofensivo aceita ou rejeita. Messa (2017, p. 889) afirma ser este “um instituto despenalizador pré-processual”. Em seu entendimento, esse instituto é oferecido antes da apresentação da inicial acusatória pelo Ministério Público e que impede a própria instauração da ação penal.

Alguns criticam o termo “transação” dizendo que, para ser considerada como tal, as partes deveriam fazer concessões mútuas. Portanto seria inapropriado chamar esse instituto de transação, pois só haveria vantagens ao Estado que ganharia agilidade e economia enquanto o suspeito, uma pena (CABETTE, 2017).

O acusado já não receberia pena restritiva de liberdade, mas em seu lugar, uma pena restritiva de direitos ou multa, além de seu nome não constar “de certidão de antecedentes criminais” (§ 6º, art. 76) e não se iniciar processo contra ele. E havendo a possibilidade de composição dos danos, a pessoa ofendida poderá ter esses danos reparados. Na verdade, trata-se de uma medida despenalizadora em um instituto consensual processual.

Portanto, tem-se pelo entendimento de transação penal uma medida consistente em um acordo formulado entre o Ministério público nos casos de ação penal pública ou o querelante no caso de ação penal privada juntamente com o suposto autor do fato, o acordo dar-se com a proposta sobre as penas restritivas de direito e multa. Então o sujeito se compromete, por exemplo, a pagar cestas básicas, prestação de serviço à comunidade, etc., em troca de não se instaurar um processo, tendo em vista que a prática de uma infração penal de menor potencial ofensivo é lavrada somente o TCO pelo delegado de polícia, como prevê o art. 69 da lei 9.099/95.

3.1 Requisitos e/ou causas impeditivas

O Requisito primordial para admissibilidade da transação penal encontra-se previsto no art. 61 da lei 9.099/95, como melhor explana Bitencourt (2005, p. 129) deve “tratar-se de infração qualificada como de menor potencial ofensivo: crime cuja pena máxima cominada não seja superior a dois anos, independentemente da existência de previsão de procedimento especial ou, então, que se trate de contravenção penal.” O autor ainda afirma que tal premissa não é um requisito, e sim um pressuposto, dela parte-se o entendimento de todos os outros.

Os requisitos presentes para o agente que vai receber a transação penal é não ser reincidente, não ter usado o benefício nos últimos 5 (cinco) anos e as circunstâncias pessoais, dentre as três causas impeditivas, o segundo requisito é o mais importante, já que do ponto de vista prático, ele é o que normalmente impede a pessoa de ter uma nova transação penal porque se você praticar uma outra infração de menor potencial ofensivo ainda que os requisitos sejam preenchidos do JECrim você não poderá utilizar a transação

penal.

A transação penal não é um direito subjetivo do infrator, então se o agente praticou uma infração de menor potencial ofensivo e não conseguiu compor com a vítima, o Ministério Público pode ou não oferecer a transação penal. Ainda assim, mesmo que haja a proposta de transação penal o juiz pode recusar e por que que o juiz pode recusar? Porque é o terceiro elemento que nós temos, o requisito são as circunstâncias pessoais favoráveis.

3.1.1 Ausência de condenação irrecorrível, por crime, à pena de privativa de liberdade

O primeiro ponto a ser notado no inciso I, é o termo “sentença definitiva”. É pacífico na doutrina que esta expressão deve ser entendida como sentença transitada em julgado, tendo em vista o art. 5º, LVII, CF/88¹, que instituiu o princípio da culpabilidade. Grinover (2005, p. 161) complementa: “Não apenas os recursos ordinários impedem o trânsito em julgado, mas também os extraordinários, ainda que tenham efeito meramente devolutivo.” Sendo assim, sentença definitiva é aquela que não cabe mais nenhum recurso.

Nota-se que a preocupação do legislador era o de não incentivar as reincidências. Todavia, a questão mais controversa do inciso, diz respeito, justamente, a temporariedade desta reincidência. Isso porque o dispositivo não faz nenhuma menção ao prazo que tal impedimento se estenderá. Parte da doutrina defende que, após passados mais de cinco anos do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poderá o autuado ser beneficiado com a transação penal, por meio de uma aplicação analógica com o inciso II, do mesmo artigo (GRINOVER, 2005).

Neste mesmo entendimento sustenta Tourinho Filho (2011, p. 105): “Do contrário, aquela condenação, cuja pena foi cumprida ou extinta há mais de vinte anos, continuaria como um anátema cruel, estigmatizando o homem, deixando-o, praticamente, à margem da sociedade. Absurdo”.

Dessa forma, a causa impeditiva em que se refere esse lapso temporal quinquenal, é que após a homologação o beneficiado pela transação penal estará impedido de um novo acordo, transcorridos esse tempo, nada impede que o Ministério Público apresente uma nova proposta de aplicação imediata dessas sanções.

Contudo, a homologação da transação penal será obrigatoriamente registrada, apenas para impedir que novamente o mesmo benefício se repita duas vezes dentro do prazo de cinco anos, o que não importará em sua reincidência.

Eventualmente, nós sabemos que ação penal ela pode ser privada onde o particular então tem essa legitimidade, outro princípio que pertinente no nosso sistema é o da imparcialidade, o julgador para que seja imparcial o máximo possível de uma forma técnica não poderia tomar para assim essa função de propor uma transação penal.

¹ . Art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O art. 127, § 1, da Constituição Federal é um é princípios institucionais do Ministério Público, dentre eles a independência funcional, de forma que o judiciário não poderia obrigar o representante do Ministério Público a tomar determinadas decisões.

Pois bem, a solução encontrada à época foi aplicar o art. 28 do CPP que trazia uma sistemática de arquivamento no inquérito policial, onde o magistrado participava. E por conta disso, essa sistemática é aplicada em várias situações de discordância, dentre elas a recusa injustificada da transação penal por parte do MP.

Ocorre que, com o chamado pacote anticrime, houve um tratamento explícito no Código de Processo Penal, no sentido de termos um sistema acusatório onde o juiz não pode participar efetivamente de questões pré processuais, por conta disso o magistrado não mais participa do arquivamento do inquérito policial.

A nova sistemática prevista pelo art. 28 do CPP, é que ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza o órgão do Ministério Público comunica a vítima, comunicam investigado e comunica a autoridade policial, encaminhando os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação na forma da lei, observando que o magistrado não mais participa desse sistema.

Historicamente é usado a aplicação do artigo 28 do código de processo penal para tratar dessas questões de divergência entre o Ministério público e o magistrado aplicando isso aqui o chamado princípio da devolução. Segundo Renato Brasileiro representando a doutrina, entende que o art. 28 continua sendo aplicado para situações de divergência entre o MP e o magistrado, do raciocínio que ele faz é com base no § 14 do art. 28-A do artigo que trata do acordo de não persecução penal.

Esse é o raciocínio que envolve a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal previstos respectivamente nos arts.76 e 89 da lei 9099 e o artigo 28-A do CPP, institutos importantíssimos da chamada justiça restaurativa e colaborativa. Cristalizado pela sumula 696 a questão muito discutida lá atrás, de que o acusado não teria direito subjetivo à transação penal, pois estamos tratando da transação de um negócio jurídico processual, podendo ou não o órgão acusador fazer essa proposta.

4. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE TRANSAÇÃO PENAL

Cumprido o acordo de transação penal, o juiz declarará a extinção da punibilidade conforme preceitua o art. 84, parágrafo único, da lei 9.099/95. Contudo, a lei não previu a hipótese de seu descumprimento. Por causa dessa lacuna legislativa, algumas correntes surgiram na tentativa de supri-la. Dentre elas destacam-se três que serão vistas a seguir.

4.1 Conversão da pena alternativa em privativa de liberdade

A primeira corrente sustentava que o não cumprimento do acordo homologado em juízo, ocasionaria a conversão da pena alternativa em privativa de liberdade. Seus defensores pautavam-se no art. 181 da Lei de Execução Penal e no art. 85 e 86 da lei 9099/95, *in verbis*:

Art. 181 A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do Art. 45 e seus incisos do Código Penal.

(...)

Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

Art. 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

No ano 1997, Cesar Roberto Bitencourt em seu livro intitulado “Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão” foi defensor dessa tese e sustentava que “caso esse não fosse o efeito pretendido, o instituto da transação penal seria, por vezes, inócuo, visto que estaria o autor do fato mais vulnerável e atraído pelo descumprimento” (BITENCOURT, 1997, apud FERREIRA, 2015, p. 43). Contudo essa corrente foi perdendo força, principalmente após a Lei 9.268/96 atribuir nova redação ao art. 51 do Código Penal, que veda tal conversão.

Ainda assim, algumas decisões jurisprudenciais persistiram seguindo esse entendimento, conforme nota-se na decisão do STJ no julgamento do recurso de Habeas Corpus nº 8.198/GO:

CRIMINAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA ALTERNATIVA. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. LEGITIMIDADE.

1. A transação penal prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do Parquet no sentido de o acusado submeter-se não a uma pena, mas ao cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como Maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode - legitimamente - desaguar na conversão em pena

restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal. É que o acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, ipso facto, a culpa.

2. Recurso de Habeas Corpus improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 8198/GO da Sexta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 08/06/1999, DJ 01/07/1999.

Desse modo, depreende-se do julgado acima, que naquela época o STJ entendia que a sentença homologatória da transação penal era condenatória e, portanto, a conversão da multa ou restritiva de direitos em privativa de liberdade não feria o princípio do devido processo legal, pois o autor do fato, ao aceitar a proposta de transação penal, renunciava alguns direitos e assumia culpa. Mirabete (2002) alega não ser admissível o oferecimento da denúncia, pois a decisão que homologa a transação é definitiva, tornando o ato jurídico, perfeito e acabado.

4.2 Execução direta da pena alternativa

Nucci (2010, p. 840) sustenta que, estabelecendo-se pena de multa, uma vez que não seja paga, cabe ao Ministério Público, no âmbito do JECRIM, promover a execução, nos termos do art. 164 e seguintes da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), sem qualquer possibilidade de conversão em prisão, já que foi alterada a redação do art. 51 do Código Penal, de onde emanava essa possibilidade. (...) Por outro lado, o não cumprimento de qualquer das penas restritivas de direitos é ainda pior. Não há o que fazer.

O autor justifica tal entendimento alegando ser, a decisão de homologação, terminativa e meramente declaratória, logo, não tem como ser revista para qualquer outra alternativa (NUCCI, 2010). Seguindo essa linha de raciocínio Tourinho Neto e Figueira Junior (2010, p. 626) alega que se a decisão homologatória transitou em julgado, extinguindo, assim, o processo, não se pode, se o acordo não for cumprido, dar continuidade a ele, com a remessa dos autos ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia. Nem pode haver conversão da pena restritiva de direitos ou da multa em privativa de liberdade, extinguindo o processo, com a transação, *tollitur quaestio*. Há de cumprir-se o que foi posto no acordo.

Entende-se que a decisão homologatória da transação faz coisa julgada e, portanto, extingue o processo, ou seja, a questão acaba com a homologação, só restando buscar a execução daquilo que foi acordado. Para Nucci (2010) o trânsito em julgado da sentença homologada faz coisa julgada material, não podendo haver prosseguimento do processo através do oferecimento da denúncia ou queixa. Dessa maneira, o acordo homologado por sentença, traduz-se em título executivo judicial, tendo como única alternativa a busca de sua execução em juízo. Percebe-se aqui que para essa corrente a sentença de transação penal, para alguns tem natureza declaratória e, para outros, homologatória constitutiva.

Nas palavras de Nicollit (apud QUEIROZ, 2015, p. 684): “a conversão da pena restritiva de direitos ou de multa em privativa de liberdade em sede de Juizado traduz-se em flagrante excesso de execução, pois a pena fixada na sentença não é a privativa de

liberdade". Além disso, seria uma grave afronta aos princípios do devido processo legal e ampla defesa.

Quanto à confissão de culpa, de acordo com Grinover (2005), não há que se falar em renúncia de direitos ou confissão de culpa, posto que a natureza jurídica da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, não significando reconhecimento de culpabilidade penal, e nem de responsabilidade civil. Com base no art. 76, § 6º da lei 9099/95: "A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível".

Portanto, o acordo transacional traduz-se numa concessão mútua, onde o autuado abre mão de um processo mais amplo com todas as suas garantias processuais asseguradas enquanto o MP abre mão de seu poder de acusação e da pena privativa de liberdade.

Assim também posiciona Tourinho Filho (2011, p. 107), ao falar sobre a transação e sua aceitação leciona: "(...) tanto mais quanto a transação não lhe ocasiona nenhum prejuízo. Aquiescendo à proposta, o autor do fato não está reconhecendo sua culpabilidade; apenas concorda para evitar a tramitação de um processo, ou por outra razão qualquer".

Ainda sobre a possibilidade de oferecimento da denúncia ou queixa, Nicollit (apud QUEIROZ, 2015, p. 686), defende que está "deve ser rejeitada por ausência de condição da ação, no caso a originalidade, uma vez que tendo a transação penal natureza de ação, o Ministério Público ou o querelante não poderiam ajuizar nova ação, pois isto importaria em ofensa à coisa julgada formada pela sentença homologatória transitada em julgado, ou importaria em litispendência, caso a transação penal não houvesse ainda sido homologada".

Importa nesse momento explicar a expressão "não houvesse ainda sido homologada". Na tentativa de que o acordo de transação não produzisse coisa julgada material, para que assim, restasse resguardado o direito a denúncia ou queixa, alguns doutrinadores passaram a sustentar o condicionamento da homologação ao seu devido cumprimento, pois alegam que a lei 9.099/95, no seu art. 76, § 4º, não fala em homologação de sentença. Nucci (2010, p. 840) se posiciona contrária a essa ideia, pois afirma que "(...) tal procedimento é equivocado. Sem homologação, não há título algum a exigir o cumprimento da penalidade. Logo, é abuso sanável por habeas corpus".

5. CONSIDERAÇÕES

O presente trabalho de tem como objetivo final trazer as Consequências Jurídicas pelo não Cumprimento da Transação Penal, apresentando de forma objetiva a criação dos Juizados Especiais Criminais e a definição de crime de menor potencial ofensivo pela Lei n. 9.099/95. Analisou-se ainda que o Instituto da Transação Penal está interligado a efetividade e celeridade processual, formalizada por uma proposta de acordo entre o Ministério Público e o autuado por fato criminoso de menor lesividade.

E, conforme visto nas pesquisas, a caracterização da natureza da homologação in-

fluência no entendimento de como deve ocorrer as consequências do descumprimento do acordo transacional. Estudamos as consequências advindas do descumprimento da Transação Penal e os posicionamentos dos tribunais do Brasil, daí, a Transação Penal é medida desencarcerizadora e o não cumprimento tem como consequência a desobediência que gera reincidência, a inutilidade do aludido instituto.

Ao longo deste estudo, buscamos responder quais seriam as Consequências Jurídicas do Descumprimento de Acordo de Transação Penal já homologado. E descobrimos que há entendimentos diferentes sobre como a justiça deve proceder nesses casos. Sem deixar de falar sobre as correntes doutrinárias que criticam a essa lei e divergem quanto à natureza da homologação do acordo de Transação Penal.

Foi difícil organizar o pensamento de cada autor e relacioná-los a cada corrente. Pois mesmo dentro de cada corrente há aqueles que concordam com boa parte daquilo que defendem, mas discorda aqui e acolá de certos aspectos.

Em suma, o Estado concretiza o *jus puniendi* por meio da ação penal. E, ao se tratar de Transação Penal, é uma oportunidade de colocar as partes sobre os olhos da Lei (o Estado) para que de modo horizontal conversem, conciliem. É um benefício que proporciona a reflexão sobre o ocorrido e o descumprimento dele é uma espécie de (bi)ruptura com os preceitos legais.

Referências

AMARAL, João J. F. **Como Fazer Uma Pesquisa Bibliográfica**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará (UFC), 2007.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.^a ed. rev. e atual. – São Paulo: MÉTODO, 2019.

BATISTA, Weber Martins, FUX, Luiz. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das leis 9.099/95 e 10259/2001**. 2a. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Imprensa Oficial, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. Direito Processual Penal Relator: Ministro Hamilton Carvalho** DJ: 21/09/2006. disponível em StjJus: [https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2760941%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2760941%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2760941%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2760941%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. Porte Ilegal De Arma De Fogo Relator: Ministro Jorge Mussi** DJ: 20/10/2011. disponível em StjJus: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27188959%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27188959%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27188959%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27188959%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: Hc 9853 Sp 1999/0053947-8 Relator: Ministro Edson Vidigal** DJ: 17/08/1999. disponível em JusBrasil: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/402779/habeas-corpus-hc-9853-sp-1999-0053947-8>. Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: Hc 90126 Ms 2007/0210829-9 Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura** DJ: 10/06/2010. disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15262346/habeas-corpus-hc-90126-ms-2007-0210829-9>. Acesso em 23 abr. 2022.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar No Habeas Corpus: Hc 88491 DF Relator: Ministro Cesar Peluso** DJ: 14/04/2006., disponível em JusBrasil: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14781575/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-88491-df-stf>. Acesso em 15 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinario Em Habeas Corpus: Rhc8198Go1998/0096138-0 Relator: Ministro Fernando Gonçalves** Dj: 01/07/1999. Fonte: Jusbrasil: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8390842/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-8198-go-1998-0096138-0>. Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. **Apelação Criminal: ACr 0010082003426 - Relator: Juiz convocado Mozarildo Cavalcanti**. DJ: 26/11/2014., disponível em JusBrasil: <https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294706465/apelacao-criminal-acr-10082003426/inteiro-teor-294706482>. Acesso em 08 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Segredo de Justiça 0724644-96.2020.8.07.0000 Relator: Desembargador J. J. Costa Carvalho** DJ: 27/08/2020., disponível em JusBrasil: <https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933755762/7246449620208070000-segredo-de-justica-0724644-9620208070000>. Acesso em 22 abr. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Súmula Vinculante 35 e transação penal: a questão do interregno de 5 anos para nova transação e o problema da pena de multa**. IN: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio, 2015. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16047&revista_caderno=22. Acesso em: nov./2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Legislação Penal Especial**. Vol. 4. 10^o ed. **São Paulo: Saraiva, 2019.**

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais**. Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERREIRA, Halina Nascimento. **A transação Penal Realizada no Âmbito dos Juizados Especiais Criminais: Uma Análise Crítica à Luz do Garantismo Penal e dos Princípios Processuais Penais do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa, do Contraditório e da Não Culpabilidade**. 2015. 66 f. Monografia – Graduação. Universidade do Extremo Sul Catarinense. Criciúma, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García Pablos de. **Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos Juizados Especiais Criminais**. 7a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4a. ed. rev. (versão digital) Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 5a. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5^o ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Pedro Gomes. **Transação Penal**. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. p. 652-695. Núm. 15-2015, Julho, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 8^o ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAPÍTULO 10

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: QUAL ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PARA SUA APLICAÇÃO CONTRA CRIMES DE FURTOS

*THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE: WHICH UNDERSTANDING OF
THE HIGHER COURTS FOR ITS APPLICATION AGAINST THEFT CRIMES*

Carlos Henrique Lima¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O Princípio da insignificância opera como limitador de tipicidade na esfera penal, contudo a falta de legislação específica gera dúvida na sua aplicabilidade pelos magistrados. Ao se tornar atípico o fato antes que a punição recaia por comprometer a materialidade do delito, remete a uma reflexão sobre até aonde o princípio da insignificância opera nos crimes de furto. O intento deste trabalho consiste na análise sobre o Princípio da Insignificância, visando compreender qual entendimento é feito pelos Tribunais Superiores para a aplicação contra crimes de furto. Considerando-se que esse é um princípio jurídico implícito, pois não consta expressamente na legislação pátria, contudo, infere-se por meio de outros princípios constitucionais explícitos na legislação vigente.

Palavras chave: Princípio, Insignificância, Legislação.

Abstract

The Principle of Insignificance operates as a limitation of typicality in the criminal sphere, however the lack of specific legislation raises doubts in its applicability by magistrates. When the fact before the punishment falls for compromising the materiality of the crime becomes atypical, it refers to a reflection on how far the principle of insignificance operates in theft crimes. The purpose of this work is to analyze the Principle of Insignificance, aiming to understand what understanding is made by the Superior Courts for the application against crimes of theft. Considering that this is an implicit legal principle, as it is not expressly included in the national legislation, however, it is inferred through other explicit constitutional principles in the current legislation.

Keywords: Principle, Insignificance, Legislation.

1. INTRODUÇÃO

O Princípio da insignificância opera como limitador de tipicidade na esfera penal, contudo a falta de legislação específica gera dúvida na sua aplicabilidade pelos magistrados. Ao se tornar atípico o fato antes que a punição recaia por comprometer a materialidade do delito, remete a uma reflexão sobre até aonde o princípio da insignificância opera nos crimes de furto. O intento deste trabalho consiste na análise sobre o Princípio da Insignificância, visando compreender qual entendimento é feito pelos Tribunais Superiores para a aplicação contra crimes de furto. Considerando-se que esse é um princípio jurídico implícito, pois não consta expressamente na legislação pátria, contudo, infere-se por meio de outros princípios constitucionais explícitos na legislação vigente.

É um tema bastante relevante tanto para os aplicadores do direito, quanto para os réus, pois se volta para a questão dos valores sociais das coisas imateriais e ponderação do juiz ao aplicar esse princípio diante de um caso fatídico. A escolha desse tema, "O Princípio da Insignificância: Qual entendimento dos Tribunais Superiores para a sua aplicação contra crimes de furtos" foi motivada pelo anseio de explicitar, conhecer e avaliar o grau de ponderação necessário a ser estabelecido pelo juiz, para a aplicação desse princípio diante de um caso concreto levando em conta o bem jurídico tutelado e suas consequências à estrutura da sociedade. A importância para o meio acadêmico reflete no momento que abre diversos questionamentos relevantes ao meio jurídico e à própria sociedade em si.

Qual o grau de ponderação necessário a ser estabelecido para aplicação do princípio da insignificância, diante de um caso concreto? A problemática em questão permeia a compreensão sobre o grau de ponderação necessário a ser estabelecido para aplicação do princípio da insignificância, diante de um caso concreto. Toda essa emblemática recai pelo fato de que não há registros na lei que rege sobre o princípio da insignificância, o que abre precedentes na avaliação da forma pelo qual o ordenamento brasileiro abarca e o usa esse princípio contra crimes de furto.

Esse trabalho procurou identificar quais as condutas típicas afetas ao Princípio da Insignificância, analisando os requisitos necessários para aplicabilidade pelo Tribunal Superior, bem como avaliar quais os princípios fundamentadores de sua aplicação. Nesse contexto, vale compreender as vertentes de exclusão de tipicidade, exclusão de culpabilidade e exclusão de antijuridicidade, refletindo a respeito dos elementares caracterizadores do crime de furto previsto no Código Penal Militar. Dentro desse contexto o objetivo geral desse trabalho foi analisar os requisitos necessários para a aplicabilidade, entendimento e ponderação do princípio da insignificância contra crimes de furto. Para dar uma maior delimitação ao tema foram traçados alguns objetivos específicos, a saber: discorrer sobre a natureza jurídica do Princípio da Insignificância; avaliar a *Res Furtiva* e a tipicidade do fato como relevância no direito penal, contra crimes de furto; reconhecer as condutas típicas afetas ao Princípio da Insignificância; analisar os requisitos necessários para aplicabilidade pelo Tribunal Superior.

A metodologia utilizada pautou-se em uma revisão bibliográfica realizada nas bases de dados eletrônicas SCIELO (ScientificElectronic Library Online) e Google Acadêmico, no intervalo de tempo de 10 anos, nos quais descrevem sobre o princípio da insignificância.

cia. Os textos serão selecionados a partir das variáveis de interesse, sendo escolhidos os artigos segundo os seguintes descritores: Furto; Princípio da Insignificância; Tribunal Superior. Publicações no idioma português da área do Direito sobre o posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, como leis, Constituição Federal, o Código Penal, Código Civil, Código de Processo Penal e doutrinas. Entre os artigos encontrados, foram observados aqueles que traziam a relação entre o princípio da insignificância e os crimes de furto. Na primeira etapa, realizou-se um levantamento de artigos, teses e monografias, encontrados com os descritores proposto, nos livros da área do Direito e artigos científicos publicados em revistas científicas específicas. Na segunda etapa ocorreu uma leitura e seleção criteriosa do material para a formação de um banco de dados sistematizado com uma análise crítica da literatura.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Em 2004 a aplicação do Princípio da Insignificância também chamado de Princípio da Bagatela ou Preceito Bagatelar passa ser reconhecido pelo Superior Tribunal (ST) nos crimes de furto. A não punição de crimes de ínfima a lesão ao bem jurídico protegido é algo moderno, pois seu reconhecimento tardou a acontecer nos tribunais. Para compreendermos mais sobre esse princípio é fundamental entender sobre a natureza jurídica desse princípio.

2.1 Conceito

O Princípio da Insignificância é um princípio do direito penal moderno que determina a não punição de crimes que geram uma ofensa irrelevante ao bem jurídico protegido pelo tipo penal, crimes que não causam lesão à sociedade, ao ordenamento jurídico ou à vítima (SILVA, 2018).

Formulado por Claus Roxin em 1964, o jurista cunhou o princípio em comento a partir do axioma latino *minima non curat praetor*, inicialmente com aplicação restrita ao direito civil. Conhecido como princípio da bagatela, tem o condão de excluir da tipicidade, em razão da mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado (BITENCOURT, 2007).

Sobre a natureza jurídica desse princípio, conforme Florenzano (2018), por não está expresso no Direito Pátrio, esse princípio causa dissensões entre os interpretes e aplicadores do Direito e incerteza se de fato esse princípio é corolário da justiça e liberdade.

Santos (2017) reforça esse pensamento quando relata que o Princípio em epígrafe se origina na preconização da limitação do poder do Estado.

Conforme Romano (2014), o princípio da insignificância deve ser estudado à luz da tipicidade material e não à luz das causas de exclusão da antijuricidade.

Para Mañas (1994) o princípio da insignificância tem significado sistemático e polí-

tico-criminal de expressão da regra constitucional do *nullun crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentada do direito penal. Dessa forma o Estado só poderá intervir com a máquina penal, apenas em condutas consideradas significantes e relevantes, todavia, a lei penal existe para punir o ofensor e proteger o bem jurídico.

Mendes (2013), em seu artigo relata que o princípio da insignificância desempenha uma função interpretativa que restringi o tipo penal previsto em lei, pois, mesmo nas hipóteses que a conduta do agente se coaduna com a descrição do tipo penal, o princípio afasta a ocorrência do crime.

Há uma crescente sensação de desamparo judicial, por parte da sociedade que se sente desprotegida, mediante a falta de segurança e pela certeza de impunidade de pequenos delitos, por parte de seus autores, conforme a insignificância da *Res Furtiva*.

2.2 Princípios correlatos

Vários são os Princípios no Direito penal que resguardam a legalidade da aplicação do Princípio da Insignificância para os crimes de baixa gravidade, sem o bem jurídico tutelado gravemente lesionado. Os princípios são normas que estabelecem que algo seja realizado dentro das possibilidades jurídicas, podem ser cumpridos em diferentes graus, pautado nas possibilidades reais e jurídicas. Nesse subcapítulo fala a respeito de alguns.

2.2.1 Princípio da legalidade

Inscrito no artigo 1º do Código Penal, esse princípio aduz que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. O princípio da legalidade eleva a lei à condição de veículo supremo da vontade do Estado. É uma garantia, em se tratando do Direito Penal, não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei.

A Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, fazer-se valer também na Constituição Federal, no artigo 5º, XXXIX, quando se dispôs que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, aduzem que só a lei pode ser fonte geradora do ilícito penal. É preciso que o comportamento seja pormenorizado em todas as suas minúcias, dando lugar a uma suficiente especificação do tipo do crime (ROMANO, 2015). Conforme o autor, esse princípio controla o poder punitivo estatal, afastando o excesso do poder. Pelo princípio da legalidade, alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. No direito brasileiro, mesmo que o fato agrida a moral, danoso, o autor só será punido conforme a exigência da reserva absoluta de lei formal.

Para Lopes (2000), o Princípio da Insignificância está ligado ao Princípio da Legalidade desde sua origem, pautado nos preceitos da liberdade individual no Estado Democrático de Direito. Conforme o autor, esses dois princípios se entrelaçam em três aspectos:



Os princípios e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal devem servir de inspiração e referencial para o legislador ordinário, quando este formular os tipos penais. O princípio da legalidade é o eixo de todo o sistema penal, contudo é salutar conhecer o seu real conceito e conteúdo.

2.2.2 Princípio da Intervenção Mínima

O Princípio da Intervenção Mínima significa que o Direito Penal (DP) só deve ser chamado a atuar em situações mais gravosas de agressões a bens jurídicos relevantes, ou seja, esse princípio reserva ao DP a parcela mínima e necessária de atuação que lhe cabe, reconhecendo a ineficácia da sua utilização indiscriminada para a solução de todos os conflitos sociais (BINI, 2012).

A fragmentariedade e a subsidiariedade aduz que somente os bens jurídicos mais relevantes devem merecer a tutela penal e somente os ataques mais intoleráveis é que devem ser punidos penalmente. Sendo a atuação do DP apenas quando outros ramos do Direito não solucionarem satisfatoriamente tal conflito.

“Enquanto o princípio da intervenção mínima se vincula mais ao legislador, visando reduzir o número das normas incriminadoras, o da insignificância se dirige ao juiz do caso concreto, quando o dano ou perigo de dano são irrisórios” (DOTTI, 2012, p. 149).

Tais interpretações partem do Princípio da Intervenção Mínima, donde o Direito penal por mais que proteja o bem jurídico das violações, protege apenas um fragmento dos interesses jurídicos, não abarcando todo tipo de lesão (JESUS, 2012).

2.2.3 Princípio da fragmentariedade

A natureza jurídica do Princípio da Insignificância correlaciona-se também com o Princípio da Fragmentariedade, que fundamenta que apenas as condutas típicas que tenham o bem jurídico lesionado, devam ser apenadas.

Freitas (2007) descreve que a fragmentariedade sucede dos princípios da legalidade e da intervenção mínima, fundamentada no fato de que apenas as condutas consideradas mais graves ou danosas cometidas contra os bens jurídicos tutelados exigem maiores rigores das leis penais.

“Destarte, dado o caráter fragmentário do Direito Penal, esse ramo do Direito se limita a castigar apenas os comportamentos mais severos contra os bens jurídicos mais importantes.” (CONDE, 1975, p. 71). Conduto, cabe ao legislador, idealizador do tipo penal, ter em mente um prejuízo significativo, mirando o dano que a conduta delituosa poderá causar à sociedade e ao ordenamento jurídico.

Nem todos os bens jurídicos merecem a tutela específica do Direito Penal, com isso

o direito qualifica-se como fragmentário. A conduta criminosa orienta-se pelo desiderato protetivo do bem jurídico tutelado, ora serem insuficientes as garantias ofertadas pelos demais ramos do Direito. (WELZEL, 1987; ROCHA, 2004; BITENCOURT, 2008).

Greco (2010) coaduna com esse pensamento quando afirma que a fragmentariedade, evidencia uma inferência da adoção dos princípios da intervenção mínima, lesividade e adequação social. Para o autor, quando comprovada a lesividade e a inadequação social das condutas que os violam, o bem jurídico passa a ser protegido pelo Direito Penal.

2.2.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem por finalidade essencial impedir limitações desproporcionais aos direitos fundamentais, seja por atos administrativos ou por atos legislativos. Sobre duas vertentes busca proteção dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal e, funciona como parâmetro na resolução de conflitos havidos entre princípios constitucionais (FRANZOI, 2016). Para o autor, o princípio da proporcionalidade mesmo não expresso no texto constitucional, derivada do estado de direito e dos princípios que tornam inviolável a unidade da Constituição. Utilizado pela primeira vez em 1993 pelo Supremo Tribunal Federal é caracterizado pela presença de três elementos, a adequação, necessidade e proporcionalidade “*stricto sensu*”, que devem ser utilizados como etapas.

O Princípio da Proporcionalidade relaciona-se com vários outros princípios da esfera criminal e deve estar presente, obrigatoriamente, no âmbito legislativo, na fase judicial de aplicação da pena, sob acusação de inconstitucionalidade (BINI, 2012).

A Lei deve ser legislada e aplicada de forma proporcional com a prerrogativa de estar fadada à inconstitucionalidade, confrontando o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Franco (1995) correlaciona o Princípio da Proporcionalidade com o Princípio da Insignificância. Para o autor, o juízo de ponderação entre o bem lesionado rechaça o estabelecimento de cominações legais e a imposição de penas proporcionais à concreta gravidade.

Freitas (2007) em sua tese, relata que o princípio da insignificância também se relaciona com o princípio da proporcionalidade, pois o fundamento daquele está na ideia de proporcionalidade que a pena deve manter em relação à significância do crime. Pois, sendo mínima a lesão ao bem jurídico, o conteúdo do injusto é irrelevante e não há fundamento ético para a aplicação da pena.

O fenômeno da interpretação permeia o Direito Penal, a lei é sempre relativa e é intrínseca aos olhos do interprete, aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave, indubitavelmente absurdo e reprovável. Contudo, a interpretação e aplicação do princípio da proporcionalidade dependem do prévio conhecimento do sistema constitucional, da realidade social e de uma leitura metódica do ordenamento jurídico (FRANZOI, 2016).

2.2.5 Princípio da lesividade

Freitas (2007) descreve que o princípio da lesividade aduz que só pode ser penalizado aquele comportamento que lesione direitos de outrem e que não seja apenas um comportamento imoral. A lesividade necessária para legitimar a intervenção penal impetra-se a condutas que afetem o bem jurídico tutelado pelo Estado. O autor relaciona o princípio da lesividade com o princípio da insignificância, pois ambos somente poderão ser utilizados se ofender bem jurídicos significantes que legitime a intervenção penal.

Conforme Zacharyas (2012) o princípio da insignificância nivela o dano que o agente causa a sociedade, mediante ação impetrada pelo sistema penal. E por meio do princípio da lesividade as condutas são colocadas em juízo conforme o grau de lesão a outrem, ou seja, uma conduta de mínima lesividade que se emoldura ao tipo penal não merece tanta atenção quanto as que geram consequências mais danosas, e por isso sua punição merece ser afastada.

É salutar destacar que foi a partir da declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que o não intervir em condutas menos danosas surgiu, visando ter uma punição menos severa para atos irrisórios e punição mais gravosas para ações que gerem lesão gravosa ao bem jurídico (CAPEZ, 2007).

O princípio da lesividade traz o não poder julgar de uma conduta que cause um dano irrisório ao bem jurídico tutelado. O princípio da fragmentariedade estabelece a intervenção do direito penal apenas quando o fato ocasione uma lesão significativa ao bem jurídico, e por fim o princípio da proporcionalidade que indica que a norma incriminadora deve ser proveitosa à sociedade. Estes princípios servem como limitadores ao Poder de punir do Estado e, portanto, não se pode realizar a aplicação da tipicidade sem que antes observe estes princípios fundamentais para o Direito Penal (TEOTÔNIO; TEOTÔNIO, 2010).

2.2.6 A insignificância e o direito penal mínimo

É salutar diferenciar o Princípio da Insignificância, que tem a ver com política criminal e ao bem jurídico afetado sobre a seara jurisdicional, do Direito Penal Mínimo que se refere à subsidiariedade e fragmentariedade, que tem a ver com à lei penal propriamente dita, sobre à seara legislativa (MELO, 2013). Conforme a autora, esse princípio cada vez mais se faz presente na jurisprudência brasileira. Como vetor de interpretação da Lei Penal, judicialmente esse princípio implica em uma análise restritiva da tipicidade, na seara judicial, o que afasta os dispositivos legais a certas condutas, do ponto de vista prático, a absolvição de acusados.

“[...] o princípio da insignificância surge justamente para evitar situações em que sejam alcançados com a pena criminal os casos demasiados leves, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal [...]” (LOPES, 1997, p. 117). Para o autor não se deve confundir a avaliação da tipicidade e a aplicação do princípio da insignificância com a descriminalização ou despenalização, quando da avaliação da estrutura do alegado fato típico.

É através do Direito que o homem busca garantir os seus interesses por meios adequados, meios legais. O Direito existe, para restabelecer o convívio harmônico entre o meio social, cabendo ao legislador apenas expor ao mundo real o que diz a lei, não podendo alterá-las por meio de simples ideias, toda e qualquer mudança tem que apoiar-se no interesse da coletividade. Os princípios basilares que derivam da dignidade da pessoa humana são constitucionais não podendo haver normas que entrem em confronto com estes princípios.

Baseado no que foi exposto aqui, no capítulo seguinte fala sobre algumas considerações a respeito do Direito Penal, sobre o crime de furto, sua tipicidade e a *res furtiva* insignificante.

3. O DIREITO PENAL E CRIME DE FURTO

O Direito Penal brasileiro é apenas um fragmento do ordenamento jurídico. Na norma penal incriminadora do furto, tipificado no artigo 155 do Código Penal Brasileiro, o objeto jurídico tutelado é o patrimônio do indivíduo da sociedade. Contudo, mesmo não previsto expressamente no ordenamento jurídico, o princípio da insignificância vem sendo aplicado pela jurisprudência, considerando materialmente atípico a conduta que não possui lesividade suficiente para atingir o bem jurídico tutelado pela norma. (MAIA, 2009).

Para compreendermos mais a respeito do crime de furto e o direito penal, nesse capítulo fala algumas considerações a respeito do Direito Penal e bem jurídico, sobre o crime de furto, a tipicidade e a *res furtiva*.

3.1 Algumas considerações

A Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, trouxe sensíveis modificações nos tipos penais furto e roubo, tradicionais crimes contra o patrimônio. Essa Lei inovou o ordenamento jurídico referente ao furto, incluindo duas novas qualificadoras: furto mediante emprego de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum; e furto de substâncias explosivas ou acessórios que permitam sua construção. Contudo, sobre o caso concreto desse estudo, aplicação da insignificância nos crimes de furto, não houve nenhuma modificação.

Com isso, mesmo que os ensinamentos doutrinários caminhem na mesma direção, há um vazio legislativo acerca de regulamentação sobre o princípio da insignificância. Mesmo sendo aceito, até o presente momento não foram definidos seus limites de aplicação. A jurisprudência decide os casos, muitas vezes de maneira conflitante, sobretudo em razão da existência de figuras privilegiadas e da previsão legal de sanções penais para crimes de menor potencial ofensivo (MAIA, 2009).

3.2 Direito penal e bem jurídico

Para Silva (2014), o bem jurídico seria tudo que é necessário para a plena satisfação das necessidades humanas, ou seja, trata-se do direito fundamental que serve como base material para a tipificação dos tipos penais, por esta razão que ele é o objeto de proteção do Direito.

Determinado bem só é erigido como um bem jurídico tutelado, ou digno de tutela, pelo ordenamento jurídico, pelo critério de relevância aos olhos do legislador, de acordo ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade. Para Cabette (2010) é necessário observar a materialização ou concreção mediante um discurso argumentativo que lhe confira consistência jurídica e criminal. Conforme o autor é necessário observar se determinado bem pode ser erigido à bem jurídico tutelado mediante criminalização de certas condutas.

Conforme Silva (2014) o bem jurídico serve como base material para a tipificação dos tipos penais. Seria tudo que é necessário para a plena satisfação das necessidades humanas, portanto, ele é o objeto de proteção do Direito, isto é, o interesse protegido pela norma penal. O bem jurídico tem caráter material e/ou imaterial.

Alguns doutrinadores defendem a necessidade de a Constituição identificar os bens materialmente dignos de tutela, de modo que o Direito Penal terá legitimidade para criminalizar aqueles bens jurídicos com assento constitucional. Contudo, a determinação do bem jurídico tutelado nos tipos penais, direciona a uma não identificação da criminalização sem a indicação prévia da objetividade jurídica, ou seja, sem que haja a delimitação de um bem jurídico lesado (CABETTE, 2010).

A função do bem jurídico não está a penas em fundamentar a criminalização de certas condutas e delimitar o poder punitivo Estatal perante o indivíduo, mas tem a função de impor ao legislador um limite, permitindo a imposição de penas para condutas que de fato venham a lesionar interesses individuais e/ou sociais. Assim sendo, o bem jurídico não somente legitima uma incriminação legal, mas torna-se fator de delimitação da atuação estatal criminalizadora (CABETTE, 2010). Conforme o autor o bem jurídico tutelado tem função de garantia ou de limitar o direito de punir do estado, sem que haja lesividade da conduta a um bem jurídico não há legitimidade para a previsão de um tipo penal, e tem a função interpretativa sem uma devida determinação do bem jurídico protegido por uma infração penal torna-se impossível sua interpretação e aplicação correta.

Freitas (2007) descreve que, o princípio da insignificância tem legitimidade na intervenção mínima do Direito Penal. Esse juízo de necessidade pauta-se na dignidade penal e na relevância social do bem jurídico. O Direito Penal sobre o bem jurídico avalia três princípios de grande importância, o princípio da insignificância; o princípio da proporcionalidade e o princípio da irrelevância penal do fato. Conforme o autor, o direito avalia a relevância da lesão causada ao bem ou a sociedade; balanceia o valor do bem violado versus o valor do bem sentenciado; e avalia a irrelevância penal, tanto na configuração do injusto penal quanto da culpabilidade para afastar a aplicação da sanção.

3.3 Crime de furto

O crime de furto tem como sujeito do delito, qualquer pessoa que não possua a coisa ou que não seja proprietário dela em sua totalidade. O Código penal Brasileiro dispõe que o agente que venha apoderar-se de coisa alheia pratica apropriação indébita.

Previsto no Código Penal, em seu artigo 155, nota-se que no parágrafo 2º do artigo menciona que se o réu for primário e se a coisa furtada for de pequeno valor, o juiz pode substituir a pena de reclusão para detenção e diminuí-la de um ou dois terços, podendo também aplicar somente a multa. Soares (2014) conceitua furto como ação em que o agente se apodera ou subtrair coisa que pertence a outrem, ou seja, tornar-se dono daquilo que, pelos olhos jurídicos, não lhe pertence e foi retirado de alguém.

Têm decido os tribunais, em posição a favor da aplicação do princípio da insignificância para crimes de furtos de pequeno valor. Para tais delitos, no tocante ao valor ínfimo, têm-se aplicado a análise das condições financeiras da vítima e comparando com o salário mínimo vigente no tempo do delito, na tentativa de mitigar as circunstâncias do caso concreto (PRADO, 2002).

Miarabete e Fabrini (2012) descreve sobre o furto de valor insignificante que não há furto quando a *res furtiva* é insignificante. Algumas modalidades de furto, quando a vítima não sofre dano relevante ao seu patrimônio, admite-se a aplicação do princípio da insignificância.

Quando o bem jurídico tutelado, onde a *res furtiva* de pequeno valor, mais do que patente à desnecessidade da aplicação penal, em face do inexpressível ataque ao bem jurídico tutelado (FREITAS, 2007). A tipicidade constitui um dos elementos do crime, para que uma conduta seja tachada de criminosa, em seguimento falar um pouco mais sobre a tipicidade penal.

3.4 A tipicidade

Tipicidade significa a adequação de um fato aos elementos descritivos e constitutivos de um delito, ínsitos na legislação penal. Conforme Bitencourt (2008), a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

Para Freitas (2007) é a conduta humana que se amolda à definição de um crime, inteirando todas as suas características, é típica (FREITAS, 2007). Conforme autor, a tipicidade está diretamente ligada ao princípio da legalidade, aja vista que não há crime sem prévia lei que o defina. Com isso, o Estado classifica certas condutas como proibidas, por ofenderem bens jurídicos indispensáveis ao convívio social, para evitar o cometimento de abusos. As ações humanas consideradas criminosas foram denominadas de *tipo legal*, uma descrição abstrata de um delito.

Freitas (2007) descreve que, apesar da insignificância do delito ser causa excludente

da tipicidade, esse princípio não influencia nas demais esferas da sistematização do delito, como uma conduta insignificante, vazia de resultado socialmente danoso, e atípica.

Para Baptista (2001), a aplicação do princípio da insignificância não se tem como analisar o conteúdo da culpabilidade do agente se a conduta não foi sequer típica. Determinado que o fato é atípico, pouco importa, para o deslinde da questão, a personalidade do réu, inclusive porque, no momento da tipicidade, o Direito Penal é *uni direito do/ato* e não do autor.

3.5 Crime de furto e a res furtiva insignificante

No ordenamento brasileiro o crime de furto está presente no art. 155 do Código Penal: “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. O furto é caracterizado como o ato de subtrair algo que pertence à outra pessoa, sem uso da força e ou violência, porém seu a sua permissão ou vontade. Conforme Nucci (2011) subtrair é tirar, fazer desaparecer ou retirar, representa a conduta do crime de furto.

Conforme elucidada Silva (2018), o crime de furto poderá ser penalizado com reclusão ou detenção, conforme entendimento do magistrado. Cabendo reclusão de um a quatro anos, e multa, se a coisa furtada for de pequeno valor e a ação do réu for primária. Vale salientar que apenas bens corpóreos podem ser furtados.

Para Pacheco e Bastos (2011), a descrição típica do crime de furto exige dois elementos subjetivos: o dolo que consiste na vontade livre e consciente de subtrair a coisa móvel e a finalidade especial (para si ou para outrem), que indica o fim do assenhoreamento definitivo.

Barbosa (2019) descreve o furto como crime de ação livre que pode ocorrer de variadas formas e por múltiplas circunstâncias.

A *Res Furtiva* é um termo em latim que significa “a coisa furtada”. A lei não exige que a coisa furtada tenha valor comercial, bastando que seja um bem patrimonial. Entretanto, a *Res Furtiva* insignificante e pequeno valor possuem conceitos parecidos, mas apresentam diferenças. (SILVA, 2018).

Reis (2018) esclarece que a *Res Furtiva* insignificante a coisa furtada tem mísero valor, não havendo tipicidade, caracterizando a aplicação do princípio da insignificância. Contudo, na subtração de coisas de valor, há a caracterização da tipicidade do fato.

Conforme Lucas (2016) existe uma grande importância entre a diferença entre o privilégio e a bagatela, pois o que não é reduzido de valor, mas possui um valor econômico de tão pouca expressividade, não justifica a intervenção penal.

Caetano (2015) conclui esse pensamento relatando que a *Res Furtiva* insignificante é caracterizada pela coisa furtada insignificante não havendo tipicidade do formal. Tal denominação esta pautada em três fatores: pelo valor irrisório do bem jurídico tutelado; pela

ausência de tipicidade e pela irrelevância da ação do agente.

Analisando todo contexto exposto nos capítulos acima, identificamos que a função hermenêutica do direito é base fundamental e ao mesmo tempo conflitante. Para a conduta ser considerada típica há de ser analisada o nexos de causalidade entre ela e o resultado e a subsunção do fato à norma. A tipicidade penal é necessária, mas não suficiente, ou seja, para que se configure crime a conduta praticada pelo agente, tem que provocar ofensa relevante ao bem jurídico digno de tutela penal, ou, significativa ameaça de lesão a ele, sob pena de reconhecer-se sua atipicidade material.

Contudo no crime de furto, para que se reconheça o caráter insignificante da conduta parece residir na inexistência de definição do que seja “valor insignificante”. O princípio da insignificância não deve ser manejado de maneira a incentivar condutas atentatórias que, toleradas pelo Estado, poderiam afetar seriamente a possibilidade de uma proveitosa vida coletiva, ao mesmo tempo não se pode negar a sua importância na jurisprudência (MAIA, 2009).

Por essa razão o princípio em tela deve ser aplicado apenas em casos de ninharia, sendo analisando também a reincidência do ato. No capítulo a seguir ver o entendimento desse princípio pelos Tribunais Superiores.

4. CONSIDERAÇÕES

Esse trabalho conseguiu abordar os objetivos traçados baseado nos valores da política criminal ou da ciência criminal. É uma estratégia e meio de controle social do crime. Ele trata o crime como um valor.

Além disso, o princípio da falta de sentido não só desempenha um papel restritivo na interpretação do direito penal, mas também ajuda o intérprete a analisar os tipos de crimes e revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

Brocardo de minimus non curat pretor é chamado, semelhante ao pretor - o magistrado da época - responsável por itens importantes e não por coisas sem importância.

O direito penal não deve classificar o ato de causar dano menor como crime. Deve ser analisado sob a ótica do dano e da intervenção mínima, e os legítimos interesses devem ser analisados quantitativamente. Se ficar comprovado que não há dano ou o dano é menor, não é razoável usar o direito penal. Portanto, a aplicação do princípio da irrelevância é uma medida imposta.

Tipicidade criminal é uma combinação de tipicidade formal e material, uma envolve o julgamento de adequação e a outra envolve dano a interesses jurídicos ou perigo de dano.

Alguns estudiosos conceituam a tipicidade do crime como uma combinação de tipicidade formal e tipicidade de coexistência. Criada pelo criminologista Eugenio Zaffaroni e adotada pelo Tribunal Superior, considera-se que se trata de uma combinação de tipicida-

de material e comportamento irregular do agente, ou seja, o caso concreto comprovará que o agente violou o direito penal, não imposto por ele, ou mesmo não.

Se não há tipo material, não há tipo comum, portanto, se não há tipo criminoso, não há fato típico e não há crime.

A aplicação do princípio da irrelevância deve ser analisada de acordo com as circunstâncias específicas, requisitos objetivos e requisitos subjetivos.

O Ministro Celso de Mello formulou quatro requisitos objetivos, que foram adotados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior. São eles: violações mínimas, ações sem perigo social, redução da reprovação das ações e imprecisão dos danos legais causados. No que diz respeito aos precedentes do Tribunal Superior, o princípio trivial aplica-se apenas quando existe um requisito cumulativo.

Os elementos subjetivos envolvem as circunstâncias pessoais do agente, como reinidentes, agressores habituais, crimes militares, etc., bem como as circunstâncias da vítima estipuladas pelo direito penal, ou seja, a importância do objeto para a vítima, as circunstâncias e o resultado do abandono do crime.

O STF admitiu que é irrelevante em um caso particular, mas como o réu é um agressor habitual do crime patrimonial, o tribunal não o absolveu, mas usou esse reconhecimento para limitar seus direitos.

Portanto, pode-se concluir que os princípios acima podem ser aplicados a qualquer crime desde que seja compatível e atenda aos seus requisitos. No entanto, sua maior incidência de aplicação é o crime de roubo.

Quando o valor patrimonial da propriedade roubada é baixo, o princípio menor do roubo simples foi aceito pela jurisprudência. Portanto, no furto elegível, por se tratar de um ato mais grave, deve-se aplicar o princípio da falta de sentido, pois se não há perigo de dano ou prejuízo a interesses legítimos não se constitui crime, sendo a não aplicação deste princípio constitui um valor baseado nas condições do crime. Condenação penal pelo ato da sentença.

Não existe base jurídica que impeça a aplicação do princípio da irrelevância ao furto grave, porque se aplica a qualquer crime com ele compatível. Além disso, a condição de cumprimento por si só não criminaliza o comportamento.

Referências

ANGEL, Tiago. **STF Tranca ação contra homem acusado de furtar frango de R\$ 4**. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/stj-tranca-acao-contra-homem-acusado-de-furtar-frango-de-r-4/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. ed. Rio de Janeiro: 2001.

BINI, Diego. O estado democrático de direito e o direito penal no Brasil. Finalimos ou funcionalismo? Eis a

- questão. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n.3353, 5 set. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22564>. Acesso em: 5 jan. 2022.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal v.1**. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 20.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Segunda Turma. Recurso ordinário em habeas corpus n 113381/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 25 jun. 2013. Portal do Superior Tribunal Federal, Brasília, 20 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305964>>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Bem jurídico tutelado pelos crimes de tortura. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2682, 4 nov. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17752>. Acesso em: 26 jan. 2022.
- CASTRO, Henrique Hoffmann. Princípios da fragmentariedade e da adequação social e crime de casa de prostituição. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4574, 9 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36293>. Acesso em: 6 jan. 2022.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975.
- FERRAZ, Marina. **STF arquiva inquérito contra mulher que furtou queijo de R\$ 14. 2021**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/stf-arquiva-inquerito-contra-mulher-que-furtou-queijo-de-r-14/>. Acesso em: 10 jan 2022.
- FRANZOI, Sandro Marcelo Paris. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais: um novo paradigma na interpretação constitucional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4617, 21 fev. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34137>. Acesso em: 6 jan. 2022.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da Lei 9.099/95: juizados especiais criminais e jurisprudência atual. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997. p. 117.
- DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012. p. 149.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 36. ed São Paulo: Saraiva, 2015.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: Introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.
- GRECO, Rogerio. **Direito Penal do Equilíbrio**: Uma Visão Minimalista do Direito Penal. Niterói: Impetus, 2005. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v 1.
- MAIA, Fernanda Capra Brandão. O furto e o princípio da insignificância. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2245, 24 ago. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13384>. Acesso em: 25 jan. 2022.
- MAÑAS, Vico. **O Princípio da Insignificância como Excludente no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MARACAJÁ, Luciano de Almeida. Princípio da legalidade: analisando seus postulados. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3858, 23 jan. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26482>. Acesso em: 5 jan. 2022.
- MENDES, Filipe Pinheiro. O princípio da insignificância e a sua aplicação. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3788, 14 nov. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25718>. Acesso em: 5 jan. 2022.
- MIRANDA, Matheus de Alencar; AGAPITO, Leonardo Simões. A Lei nº 13.654/2018 e os crimes de furto e roubo: Críticas e proposições interpretativas. **RIL Brasília** a. 56 n. 222 abr./jun. 2019 p. 155-180
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo ministro do STF e o princípio da insignificância. Más notícias!. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2848, 19 abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18941>. Acesso em: 26 jan. 2022.

CAPÍTULO 11

CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET E A APLICAÇÃO DE SUAS PENALIDADES

*CRIMES AGAINST HONOR ON THE INTERNET AND THE APPLICATION
OF THEIR PENALTIES*

Lucas Iago Campos Protázio Rodrigues¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

As inovações tecnológicas trouxeram mudanças para a sociedade. Acessar a internet tornou-se comum, visto que não há mais empecilhos que dificultem os meios para o acesso, bem como a comunicação entre a população. Comunicar-se através da internet tornou-se bem mais comum do que se poderia imaginar. Diante de tantos avanços, um outro aspecto também teve crescimento considerável, o aumento da criminalidade na internet. As pessoas passaram a se proteger com mais segurança, e mesmo diante das devidas medidas protetivas em ambientes virtuais, os criminosos ainda conseguem cometer os mais diversos tipos de criminalidade, e os crimes contra a honra estão entre eles. Crimes contra a honra se referem a infrações penais praticadas contra a imagem social ou estima própria de uma pessoa. Ou seja, contra a honra do indivíduo. A responsabilidade penal ocorre a partir do momento que um indivíduo pratica ato ilícito definido na legislação. O criminoso está sujeito a pagar indenizações a vítima e penalidades como reclusão, penas restritivas de seus direitos, além de multas e efeitos de condenações criminais. O Brasil assim como outros países, não conta com legislação específica para crimes realizados na internet, aplicando-se as leis normais. Contudo, não é pela inexistência de leis para tais crimes que serão impossibilitados de serem condenados e responder pelos crimes em ambiente virtual. O estudo objetiva analisar os crimes contra a honra e as penalidades aplicadas. Trata-se de uma revisão bibliográfica qualitativa com buscas realizadas no Google Acadêmico, Revistas Jurídicas e repositórios de Direito acerca da presente temática.

Palavras-chave: Internet, Crimes contra honra, Penalidades.

Abstract

Technological innovations have brought changes to society. Accessing the internet has become common, since there are no longer obstacles that hamper the means of access, as well as communication between the population. Communicating through the internet has become much more common than one could imagine. In the face of so many advances, another aspect also had considerable growth, the increase in crime on the internet. People began to protect themselves more safely, and even in the face of appropriate protective measures in virtual environments, criminals are still able to commit the most diverse types of crime, and crimes against honor are among them. Crimes against honor refer to criminal offenses committed against a person's social image or self-esteem. That is, against the honor of the individual. Criminal liability occurs from the moment an individual commits an illicit act defined in the legislation. The criminal is subject to pay compensation to the victim and penalties such as imprisonment, penalties restricting his rights, in addition to fines and the effects of criminal convictions. Brazil, like other countries, does not have specific legislation for crimes carried out on the internet, applying normal laws. However, it is not because of the lack of laws for such crimes that they will be unable to be convicted and answer for crimes in a virtual environment. The study aims to analyze crimes against honor and the penalties applied. This is a qualitative bibliographic review with searches carried out on Google Scholar, Legal Journals and Law repositories about this theme.

Keywords: Internet, Crimes against honor, Penalties.



1. INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas trouxeram muitas mudanças para a sociedade. Acessar a internet tornou-se comum, visto que não há mais empecilhos que dificultem os meios para o acesso, bem como a comunicação entre a população. Comunicar-se através da internet tornou-se bem mais comum do se poderia imaginar um dia.

Diante os inúmeros aparelhos tecnológicos que permitem este acesso e comunicação, estão os *tablets*, *notebooks*, celulares e computadores. Nota-se, que ao mesmo tempo que o avanço tecnológico chegou com o propósito de facilitar a vida da população humana com seus inúmeros benefícios, ele trouxe consigo, males que têm prejudicado o cotidiano de quem os usufrui.

As práticas de crimes vêm crescendo cada vez mais, e os meios em que esses crimes costumam ser cometidos também são os mais diversos, e cometê-los em ambiente virtual é um desses meios. Quando se trata de crimes em ambiente virtual há diversos tipos, e estes são uma nova modalidade de crime. Dentre os cometidos na internet, os mais comuns são estelionato, pedofilia, injúria, calúnia, difamação e racismo.

Com o aumento da criminalidade na internet, as pessoas passaram a se proteger com mais segurança, e mesmo diante das devidas medidas protetivas em ambientes virtuais, os criminosos ainda conseguem cometer os mais diversos tipos de criminalidade, e os crimes contra a honra estão entre eles.

Crimes contra a honra se referem a infrações penais praticadas contra a imagem social ou estima própria de uma pessoa. Ou seja, contra a honra do indivíduo. Crimes que fazem parte do cotidiano da sociedade, e que infelizmente vêm se propagando cada vez mais. Tais crimes são subdivididos entre os crimes de Calúnia, Difamação e Injúria. Em um primeiro momento, eles não causam grande susto, visto que se tratam de crimes simples, mas por outro lado causam inúmeros danos para a vítima e conseqüentemente para sua moral.

O crime contra a honra, é um assunto delicado, e bastante discutido atualmente. Assunto, que também, não deixa de ser complicado, pelo fato de ser difícil entender-se para a maioria da humanidade, o fato de ser caluniado, difamado e injuriado por outrem em ambiente virtual, visto que fere a honra do indivíduo e conseqüentemente prejudica a vida deste nos mais diversos aspectos.

Sendo assim, justifica-se o desenvolvimento desta temática, pelas proporções que a insegurança no ambiente virtual vêm tomando, e que esta modalidade de crime transpassa a individualidade e respeito pelo indivíduo no ambiente virtual e que conflitam, à medida que, são expressas informações em blogs, redes sociais, e-mails, dentre outros que são corriqueiramente utilizados pela população.

Diante disso, surge então o questionamento: Quais as penalidades aplicáveis aos crimes contra a honra no ordenamento jurídico brasileiro?

Nesse sentido, o objetivo geral do estudo foi analisar os crimes contra a honra e as penalidades aplicadas. Para melhor delineamento do estudo, os objetivos específicos foram conhecer os aspectos histórico e conceituais da internet; identificar as normas constitucionais da internet apontar os crimes contra a honra praticados na internet.

Para o desenvolvimento do presente estudo, foi realizada uma revisão bibliográfica. A busca dos artigos ocorreu na base de dados do Google Acadêmico, Revistas Jurídicas e Bibliotecas Virtuais de Direito. Para auxiliar na busca, foram utilizadas as seguintes palavras-chaves: Crimes, Internet, Contra Honra, Penalidades. Foram selecionados artigos dos últimos 2015 a 2020 e que apresentaram objetivos semelhantes ao da presente temática.

2. A INTERNET: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

Atualmente, a internet é o principal meio de comunicação entre os indivíduos na sociedade contemporânea. E, com propósito de analisar os aspectos problemáticos enfrentados pelo direito processual brasileiro, na subsunção de fatos envolvendo este meio bastante complexo, especialmente na instituição do juízo competente e determinação do momento da consumação do fato delituoso.

A internet consiste em um sistema global de redes de computadores interligadas que utilizam um conjunto próprio de protocolos conhecido como "Internet Protocol Suite ou TCP/IP" que tem a finalidade de servir progressivamente usuários no mundo inteiro (MARGGETS, 2009).

É um grande conjunto de redes de computadores interligadas pelo mundo inteiro; de forma integrada viabilizando a conectividade independente do tipo de máquina que seja utilizada, que para manter essa multi-compatibilidade se utiliza de um conjunto de protocolos e serviços em comum, podendo assim, os usuários a ela conectados usufruir de serviços de informação de alcance mundial.

Devido ao peso dos recursos que estão cada vez maiores, houve a necessidade de expansão velocidade das transmissões. O trilha que um pacote de dados percorre, são os mais diversos e passam por inúmeros computadores até que chegue ao seu destino, com o intuito de traçar sempre o menor trajeto de um mecanismo que deve ser ultra rápido.

Os primeiros indícios da internet surgiram na década de 60 nos Estados Unidos da América, através de uma teia de informações que conectava os centros de comando militares à pesquisa bélica. Na época o objetivo era proteger os sistemas de defesa do país de ataques nucleares e assim a rede tinha a função de servir como alvo para os inimigos (CORREA, 2002).

Na década de 70, a internet passou a ser utilizada em universidades de todo o mundo, interligando os computadores que eram apenas em número de 200. Na mesma época foram realizadas as primeiras ligações de cunho internacional. Já na década de 80 e início dos anos 90, a teia já tinha evoluído e se aperfeiçoava gradativamente, surgindo então os primeiros serviços que demonstram a internet que se usa na atualidade. Dentre estes



aperfeiçoamentos está o "World Wide Web" (WWW), que surgiu no ano de 1991, com a finalidade de transmitir imagens, som e vídeo por toda a rede de internet (COSTA, 2011).

Conforme Correa (2002, p.11) a *World Wide Web*:

É um conjunto de padrões e tecnologias que possibilitam a utilização da internet através de programas que possibilitam a navegação e que tiram todas as vantagens desse conjunto de padrões e tecnologias pelo uso de hipertextos e suas relações com a multimídia como som e imagem proporcionando aos usuários facilidades de suas utilizações, bem como obtenções de melhores resultados.

No ano de 1997, o DMA - *Direct Marketing Association* (DMA) e a *Price Waterhouse*, organizações de marketing do norte da América já interligavam sessenta milhões de pessoas que usavam a internet em todo o mundo, e estimavam que no ano 2000, esses dados poderiam chegar 300 milhões de pessoas (CRESPO 2011).

Em território brasileiro, foi no ano de 1972 que surgiu o primeiro computador apelidado pela Universidade de São Paulo de patinho feio. A internet somente surgiu no ano de 1988 com a conexão à Bitnet por meio da Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo juntamente com o Laboratório de Computação Científica do Rio de Janeiro. O primeiro computador do Brasil segue abaixo (JORGE, 2013).

No ano de 1992, finalmente foi possível implantar a primeira rede de conexão de internet nas universidades, centros de pesquisas e ONG'S do país. A internet no Brasil somente foi regulamentada no ano de 1995, através de uma Comissão Gestora de Internet, decisão tomada juntamente com o Ministério das Comunicações e de Ciência e Tecnologia, que tinham a finalidade de tornar efetiva a participação da sociedade em todas as decisões a serem tomadas em relação à implantação e administração da internet (COSTA, 2011).

No mês de maio do ano de 1995, a Embratel oportunizou definitivamente o uso da internet no país. Infelizmente muitas incoerências foram levantadas na época, em especial no que se referia ao monopólio estatal de algo que em era de domínio essencialmente democrático, pois se tratava de informações.

A grande evolução da rede de internet foi em meados do ano de 1996, quando houve uma significativa melhora nos serviços da Embratel, pelo desenvolvimento neste comércio, em que a internet cresceu desenfreadamente pelo vasto número de pessoas que faziam uso desta, bem

No ano de 1997, boa parte das instituições empresariais, tais como empresas, bancos, universidades e até o governo já tinham acesso aos serviços da internet, expandindo de forma significativa o avanço desta no país. Sendo assim, a cada ano a internet se estabilizava e evoluía mundo a fora, e ao longo de todos esses anos o Brasil teve a internet incorporada nos mais diversos âmbitos, colaborando de forma significativa para o crescimento do país.

Observa-se, portanto, que a Internet não é apenas rede técnica, formada por har-

dwares e softwares. É constituída de uma rede sócio técnica, que é composta por uma complexidade intrínseca da ciência, da tecnologia e da sociedade.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DOS CRIMES CONTRA À HONRA NA INTERNET

Ao tratar de internet, é impossível separar por completo o técnico do jurídico; as normatizações que as regulamentam devem conter conteúdo mundial, de caráter transacional e universal. Ao se falar em regulamentação, cabe-nos ressaltar a regulamentação jurídica da internet no Brasil.

As questões que regulamentam as redes virtuais nos espaços brasileiros, reconhecem o país como embrionário nos aspectos à Internet, em especial a sua interseção com o Direito, situação refletida nos atrasos cronológicos do país para entrar no mundo virtual, que mesmo assim é norteados de aspectos positivos. Do ponto de vista histórico, o país só contou com a plenitude do uso da internet a pouco mais de vinte anos. Contudo, existem cerca de duzentos projetos de lei que, se encontram no Congresso Nacional, com a finalidade de regulamentação da matéria, em especial dos crimes praticados por meio da rede e as suas consequências econômicas.

Dentre os Projetos de leis, estão os da leis específicas que existem há anos, e até o momento não foram aprovadas, como o PL nº 84/99, também como a Lei Azeredo, que pune os indivíduos que comentem crimes de informática.

Ademais, os crimes virtuais não se dão somente no território brasileiro, mas em todo mundo, seria necessário não somente uma legislação específica, mas que todos os países aderissem a tratados que disciplinassem tal matéria como forma de assegurar que os criminosos virtuais fossem punidos por suas violações.

É notável, que combater esses tipos de crimes na atual dimensão que se encontra o crescimento de usuários de internet no mundo pode ser complexo, tendo em vista que com o aumento considerável do número de usuários cresce também a quantidade de crimes virtuais. Assim, uma das possibilidades e melhorias para o combate de crimes dessa conjuntura, poderia ocorrer desde que fosse aprovado o novo projeto do Código Penal, que tramita no senado, o Projeto de Lei no Senado 236/2012, que deveria ser apresentado no ano de 2017, mas até o presente momento se encontra estagnado (FERANDES, 2013).

O Projeto do Novo Código Penal decorre de proposta de uma equipe de juízes e se encontra no Senado desde julho do ano de 2012. As mudanças que podem ocorrer com o novo projeto, é que dispõe de um capítulo específico para os crimes virtuais ou cibernéticos, que teve como inspiração a Convenção de Budapeste, que por sua vez, ainda inclui normas que não se encontram descritas na atual legislação, caso como os acessos não autorizados, aumento de penas para casos e divulgação de informações, sabotagens na informática, bem como os novas definições sobre a referida temática. Sendo esta, uma das grandes esperanças para redução ou mesmo para que tais modalidades possam quem sabe, ser sanadas.

3.1 Dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade

A definição para privacidade ao longo do tempo é confundida por muitos com o conceito de intimidade, onde muitos definem e abordam o mesmo assunto. Tais conceitos se entrelaçam e mesmo confusos em determinadas situações suas diferenciações são notáveis, principalmente pelo fato da intimidade ser pertencente ao círculo íntimo do indivíduo, bem mais do que a privacidade (SOARES, 2016).

Alves (2015) refere que intimidade por sua vez intimamente relacionada a privacidade, ambas andam lado a lado, e a ideia sempre esteve relacionada a propriedade pautada na inviolabilidade do patrimônio. Trata-se de direitos subjetivos e, portanto, sujeitos à interpretação sob aspectos temporais e locais, em cada período histórico decorre interpretações diferentes das definições de privacidade.

Assim, não deve se delimitar a extensão ao recato, delimitando-se conforme a origem do caso e condições do indivíduo. Há necessidade de verificar a existência de limitações à invasões ou pretensões de outrem no âmbito da vida privada, limitações que jamais devem vir a ultrapassar os limites permitidos.

Elemento imprescindível da vida privada seria a intimidade. A intimidade está intimamente integralizada com a vida privada, contudo de um modo dinâmico é apresentado cuidando da projeção na esfera das informações pessoais, das relações comunicativas do indivíduo com os demais, de autodeterminação informativa (BRITO, 2012).

Em referência ao direito à intimidade, o mesmo está intimamente relacionado a ação de controlar, dominar informações, emitidas e recebidas, que sejam juridicamente relevantes. Comumente conhecido como liberdade ou autodeterminação de informações. Tal liberdade seria necessária ao livre desenvolvimento da personalidade e comporia o conteúdo do direito à intimidade.

Para Fernandes (2013) o direito à privacidade é visto como um dos mais importantes direitos da personalidade, justamente por possuir particularidades próprias e que por sua vez, desde que haja identificação podem ter tutela existencial. Contudo, não pode se confundir o direito à vida privada e o direito à intimidade, visto que a segunda é uma espécie da primeira, e assim sendo, merece atenção especial, considerando os limites em termos circunstanciais.

O respeito à privacidade do indivíduo, é assegurada pela proteção ora conferida por seus pensamentos, sentimentos emoções. As principais notas acerca do direito à vida privada e intimidade, portanto: indestrutíveis, intransferíveis, não podem ser executadas por força, não tem obrigação de fazer, irrevogáveis, adquiridas no nascimento, não subordinadas à vontade de seu titular, oponíveis *erga omnes*, de natureza extra patrimonial (DINO, 2017).

O Direito a Privacidade quando do interesse público for predominantemente sobre o particular, a inviolabilidade da privacidade carece de limitações, levando a obrigatoriedade de se analisar cada situação. Salienta-se que o direito à privacidade não deve ter sua definição fundamentada sob a ótica do segredo. Nos dias atuais, é muito difícil informações serem sigilosas, pois o fato de uma informação não ser demonstrada como segredo

não tira a proteção à privacidade.

No entanto, é tendencioso depreender que situações sigilosas, devem por sua vez ser protegidas pelo direito à privacidade. Significando, portanto, que atitudes e acontecimentos tomados em âmbito público, ou até mesmo comunal, teriam caráter público, suficientes à exposição.

De acordo com Gomes (2014) deve-se em primeiro cogitar que as memórias relativas aos acontecimentos, na mente dos presentes, irão ser esquecidas aos poucos, bem como suas consequências que serão portanto, infinitamente menores do que se por acaso permaneça disponível a qualquer pessoa um vídeo que qualquer um possa assistir. Não restando dúvidas, que a caracterização de um fato como privado ou público ocorre independentemente da esfera em que se dá sua prática.

Porém, a polêmica maior em relação a internet é em referência a falta de proteção com e-mails, base de dados, cookies e práticas de spamming.

Para Alves (2015, p.23):

As violações da intimidade e à vida privada através da internet passaram a ser muito comuns com o crescimento e avanço tecnológico. Tal fato decorre visto que em certas empresas mantém dados pessoais de usuários pois ofertam seus produtos, veiculando a sua publicidade por meio dos indesejáveis spams, técnica, ofensiva à intimidade e à vida privada.

Com a finalidade de esquivar-se de não ter privacidade, rede, os usuários fazem uso do anonimato. Opção que pode intervir nos direitos fundamentais, conforme previsto na Carta Maior, assegurando a liberdade de expressão, mas vedando o anonimato, conforme prescrito no Art. 5º IV da Constituição Federal. Porém, tal prática, pode vir a levar essa realidade a fomentar ilegalidades, tais como danos morais e até mesmo terrorismos (QUEIROZ; ARAÚJO, 2015).

3.2 Crimes praticados na internet

De fato, a rede mundial é um espaço bastante atrativo para o cometimento de delitos, porquanto reúne diversas características que impulsionam os criminosos virtuais, tais como a sensação de anonimato, a aparente ausência de vigilância, a comodidade de poder praticar o ilícito penal onde quer que se encontre e o próprio distanciamento entre agente e vítima, atributos que conferem ao agente maior segurança e coragem para praticar o crime.

Conforme Rossini quando a Internet se tornou comercial acreditava-se na sua auto-regulamentação, isto é, pensou-se que o próprio mercado conseguiria impedir o mau uso da rede mundial de computadores e que o Estado não teria a necessidade de interferir. Entretanto, o aumento da criminalidade no ambiente virtual fez com que essa crença caísse por terra e o Direito Penal fosse instado a interferir (ROSSINI, 2012, p. 137).



Diversas são as designações atribuídas pela doutrina aos crimes relacionados à informática, contudo, apesar da divergência, a nomenclatura que parece definir essa espécie de criminalidade com mais acerto é a de delitos informáticos, em razão de sua abrangência, pois abarca, nos dizeres de Rossini (2002, p), não somente aquelas condutas praticadas no âmbito da internet, mas toda e qualquer conduta em que haja relação com sistemas informáticos, quer de meio, quer de fim, de modo que essa denominação abrangeria, inclusive, delitos em que o computador seria uma mera ferramenta, sem a imprescindível “conexão” à Rede Mundial de Computadores.

Assim sendo, os crimes praticados na internet são permanentes, visto que a internet é um dos maiores meios da atualidade para que as pessoas se comuniquem com o mundo todo, alcançando inúmeras pessoas que fazem uso desta cotidianamente usufruindo dos seus inúmeros benefícios, sejam eles para realizar compras, vendas, obter serviços ou para diversão (GOMES 2014).

Os respectivos crimes passaram a se destacar na esfera penal do país, mesmo sabendo-se que não existe codificação acerca desta temática, dificultando que estes criminosos sejam punidos. Todos os dias mais criminosos se veem atraídos por esta modalidade de cometer tais atos delituosos, de forma a enganar mais facilmente suas vítimas. Infelizmente cada vez mais esses crimes aumentam rapidamente do que as leis que já vigoram, sendo este um dos fatores que levam a impunidade, conforme os tipos de crimes descritos no Código Penal de 1940, que não apresenta algo que se refira aos crimes cibernéticos, ficando por conta das doutrinas e jurisprudências a manifestação acerca dos casos concretos (FREITAS, 2017).

Oliveira e Dani (2017) referem que a falta de legislações específicas acerca desta temática faz com que novos criminosos migrem para esta modalidade de praticar crimes, tendo em vista que as punições para estas são deficitárias, assegurando a estes, quando punidos penalidades bem inferiores as que devem ser aplicadas, o que leva estes a continuarem neste caminho para o alcance dos seus objetivos, haja vista como o Estado pune os respectivos delitos.

No que tange ao sujeito ativo dos crimes cibernéticos, cabe frisar que quaisquer pessoas configurar como autores destes, não sendo obrigado que o indivíduo tenha grandes experiências na informática, bastando somente que este cometa crime, mesmo sabendo-se que na maioria a execução destes são geralmente praticados por pessoas bem entendidas.

Em relação aos criminosos, os sujeitos passivos destas relações podem ser definidos como quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, de naturezas públicas ou privadas não importando se tenha ou não capacidade de depreender o que está ocorrendo. A importância da legalidade no Direito Penal da Informática é de se notar que quase sempre haverá uma grande dificuldade de determinar a autoria da conduta ilícita (ALVES, 2015).

Na internet o exame da identidade e a autenticação dessa identidade não podem ser feitos visualmente, ou pela verificação de documentos ou de elementos identificadores já em si evidentes, como placas de veículos ou a aparência física. Quando um indivíduo comete crime pela rede, são-lhe necessários apenas dois elementos identificadores: o endereço da máquina que envia as informações à Internet e o endereço da máquina que

recebe tais dados. Esses endereços são chamados de IP — Internet Protocol, sendo representados por números, que, segundo LESSIG, não revelam nada sobre o usuário da Internet e muito pouco sobre os dados que estão sendo transmitidos (LIMA, 2015).

Na internet, existem várias preocupações quanto à autenticidade dos documentos telemáticos e quanto à sua integridade. O incômodo de ter de conviver com tal cenário pode ser afastado mediante a aplicação de técnicas de criptografia na modalidade assimétrica, em que se utiliza um sistema de chaves públicas e chaves privadas, diferentes entre si, que possibilitam um elevado grau de segurança.

Contudo Soares (2016) sustenta no que é pertinente à atribuição da autoria do documento, mensagem ou da conduta ilícita, os problemas processuais persistem, porque, salvo quando o usuário do computador faça uso de uma assinatura digital, dificilmente se poderá determinar quem praticou determinada conduta.

O único método realmente seguro de atribuição de autoria em crimes informáticos é o que se funda no exame da atuação do responsável penal, quando este se tenha valido de elementos corporais para obter acesso a redes ou computadores. Há mecanismos que somente validam acesso mediante a verificação de dados biométricos do indivíduo. Sem isso a entrada no sistema é vedada. As formas mais comuns são a análise do fundo do olho do usuário ou a leitura eletrônica de impressão digital, ou, ainda, a análise da voz do usuário (FERNANDES, 2013).

Tais questões se inserem no âmbito da segurança digital, preocupação constante dos analistas de sistemas e cientistas da computação, que têm a missão de desenvolver rotinas que permitam conferir autenticidade, integridade, confidencialidade, irretratabilidade e disponibilidade aos dados e informações que transitam em meio telemático. Naturalmente, tais técnicas e preocupações respondem também a necessidades do Direito Penal Informático e do decorrente processo penal.

Como dito por Dino (2017), somente os mecanismos de assinatura eletrônica e certificação digital e de análise biométrica podem conferir algum grau de certeza quanto à autoria da mensagem, da informação, ou da transmissão, se considerado o problema no prisma penal. Mas a criptografia avançada assimétrica, tanto quanto a Internet e a informática, em si mesma ambivalente. Se de um lado se presta a proteger a privacidade de cidadãos honestos e os segredos industriais e comerciais de empresas, presta-se também a assegurar tranquilidade para ciberdelinqüentes, espaço sereno para transações bancárias ilícitas e campo fértil para o terrorismo e outras práticas criminosas, colocando os órgãos investigativos do Estado em difícil posição e, conseqüentemente, minando a defesa social.

Soares (2016) refere que o meio de identificação através do endereço de IP (internet Protocol), nem sempre é eficaz, podendo identificar o computador usado, mais desconhecendo o autor do delito. Casos assim acontecem com computadores públicos (biblioteca, escolas), ficando impossível identificar a autoria do delito. Os provedores e interessados estudam novos projetos para possibilitar a identificação dos usuários, como por exemplo, para fazer a conexão na internet é preciso uma senha identificadora individual.

As Leis Penais, da maneira em que se apresentam, permitem que muitos crimes pra-

ticados por meio do computador possam ser enquadrados nos tipos penais ali descritos, pois quando a conduta humana, seja comissiva ou omissiva se ajusta na norma repressiva ela está sujeita a uma sanção penal. Diante das inúmeras espécies de delitos informáticos, a doutrina os classifica tendo em vistas as mais diversas concepções, merecendo destaque para as classificações a seguir mencionadas.

Gomes (2014) refere classificações em que o computador é visto ou como objeto material do crime ou como instrumento do crime. Nesse sentido, o mesmo preleciona que há delitos cometidos por meio do computador (t e outros contra o computador, isto é, os cometidos contra as informações e programas nele contidos).

Para Pinheiro (2012) a classificação é tripartite, dividindo-os em: crimes virtuais puros, crimes virtuais mistos e crimes virtuais comuns. Segundo os autores, os crimes virtuais puros são aqueles cujo objeto jurídico ofendido é um sistema de informática (hardware ou software), isto é, atenta contra o aspecto físico da máquina, seus dados ou sistemas, como ocorre nas ações de hackers e crackers na disseminação de vírus digitais, ataques e invasões a sites de instituições financeiras e governamentais, cuja principal finalidade é o acesso indevido a dados e informações contidas no sistema informático.

Constata-se, conforme apontam Fernandes (2013), que um dos grandes desafios para o operador do direito no que tange à criminalidade informática diz respeito aos crimes virtuais puros, cujas condutas muitas vezes não se encontram amparadas na legislação.

No mesmo sentido Brito (2012, p. 268) também destaca que a parte especial do Código Penal, definidora dos crimes com suas respectivas penas, data de 1940, enquanto que o computador somente aportou neste país em meados de 1960 – e a Internet apenas em 1991 -, sendo, pois, plausível concluir que esse conjunto de dispositivos se mostra insuficiente e inadequado para coibir de forma salutar todos os abusos no setor informático. Para referido autor, o maior obstáculo para o enfrentamento dessa espécie de criminalidade é a questão da tipicidade.

Já o crime virtual misto é aquele em que o uso da Internet é imprescindível para a consumação do delito, apesar de o bem jurídico visado ser alheio ao ambiente informático, como, por exemplo, o agente que realiza transferências ilícitas de valores por meio de uma home-banking, caso em que o computador é ferramenta essencial para o delito. Já o crime virtual comum é aquele em que a Internet é utilizada apenas como instrumento para a perpetração de um delito que poderia facilmente ocorrer de outra forma, tornando-se mais um meio para a realização de um crime comum (PINHEIRO, 2012).

4. CRIMES CONTRA A HONRA PRATICADOS NA INTERNET

Os crimes contra a honra envolvem muita complexidade, visto as dificuldades existentes em relação aos fatos que agridem os seres humanos, e quando tais crimes se dão no ambiente virtual, na internet, são mais complicados pelas dificuldades em se identificar o criminoso. Contudo, são crimes que se encontram no Código Penal Brasileiro e assim sendo são passíveis de penalidade.

Nesse sentido, descreve Fernandes (2013 p. 77):

A honra, do ponto de vista objetivo, seria a reputação que o indivíduo desfruta em determinado meio social, a estima que lhe é conferida; subjetivamente, a honra seria o sentimento da própria dignidade ou decoro. A calúnia e a difamação atingiriam a honra no sentido objetivo (reputação, estima social, bom nome); já a injúria ofenderia a honra subjetiva (dignidade, decoro).

Proteger honra decorre da importância da imagem de uma pessoa perante a sociedade. Pessoas de boa-fama são bem recebidas em seu meio social, enquanto pessoas de má-fama são rechaçadas pela sociedade. A proteção é algo vantajoso para a pessoa honrada. Assim sendo Oliveira e Dani (2017, p.44) ressaltam que:

Na realidade, portanto, o sentimento de honra é uma das faces do egoísmo. Somos honrados, não por um ditame de moral pura ou espontâneo amor à virtude, mas porque a honra, como *premium virtutis*, nos é útil. (...) Mas, significando uma variante do egoísmo, o nosso apego à honra é tão forte, que experimentamos a mais viva dor moral ainda quando nô-la ofendem a coberto do testemunho de terceiros. Pesa-nos que uma só pessoa que seja possa formular um conceito desairoso a nosso respeito, perturbando a lisonjeira opinião que temos de nós mesmos.

É notável, que com o crescimento desenfreado da comunicação, a internet cresceu assustadoramente, e nesse contexto nota-se que o indivíduo abriu-se totalmente a expor sua imagem e privacidade na grande rede. Os crimes contra honra estão previstos, no capítulo V, parte Especial do Código Penal Brasileiro. "A honra é conceituada como o conjunto de atributos morais e intelectuais e físicos referentes a uma pessoa (SOARES, 2016).

É definido como um complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria." Independentemente do conceito que lhe atribua, é um interesse penalmente protegido. Importantíssimo, do ponto de vista de o amparo penal à honra, pois "ela não diz respeito apenas ao interesse exclusivo do indivíduo, mas também da coletividade, que tem interesse na preservação da honra, da incolumidade moral e da intimidade além de outros bens jurídicos indispensáveis para a harmonia social (ALVES et al., 2015).

Cotidianamente as Delegacias de Repressão aos Crimes de Informática recebem denúncias incontáveis acerca dos inúmeros casos de crimes contra a honra na internet. Crimes que vão desde casos fictícios que envolvem relacionamentos virtuais, criação de comunidades para difamar, caluniar ou injuriar um indivíduo na rede virtual, dentre inúmeros outros que ferem a dignidade humana.

Ao realizar ofensa a um indivíduo comum, a lei determina que as ações penais devem ser promovidas pela vítima, por meio de representantes da advocacia, comumente conhecida como ação penal privada. Em situações ofensivas contra servidores públicos em razão da função pública, a ação é ajuizada pelo Ministério Público através de uma denúncia. Para haver a denúncia, a vítima deve comunicar ao Ministério Público ou à polícia a intenção de que o ofensor seja processado (DINO, 2017).

Em qualquer caso de injúria, calúnia ou difamação que possa provocar a responsa-



bilidade civil ou penal para o ofensor, a vítima sempre irá precisar provar os fatos. Como qualquer ação judicial, é necessário provas para gerar a condenação.

Os crimes praticados no mundo virtual devem ser impedidos e combatidos, devendo ainda haver limites nas expressões deste meio, mesmo sabendo-se que o indivíduo tem livre arbítrio para expor suas opiniões, mas isto, desde que seja respeitado os limites impostos pela legislação.

Conforme Lima (2015) é frequente que na internet ocorram crimes de racismo, de acordo com o previsto na Lei 7.716 de 1989, que aduz em seu artigo 20: "A prática de racismo induz a discriminações ou preconceitos de raças, cores, etnias, religiões ou procedências nacionais, configuram crimes".

Nas presentes situações as penalidades podem chegar de dois a três anos de reclusão e multa. Com efeito, os delitos contra a honra, quando práticas de racismo são realizadas na Internet, podem ter suas penalidades acrescidas, por fazerem em meios de comunicações sociais, bem como publicações de quaisquer naturezas, com reclusões de dois a cinco anos e mais multa.

Os tribunais já vêm tomando decisões acerca das práticas destes crimes na internet, mas é algo que vêm se agravando por maiores consequências. E por tais consequências os crimes contra honra estão previstos no Código Penal Brasileiro, conforme referido por Freitas (2017, p.33):

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

Se a calúnia ocorrer através de um e-mail distribuído na internet, todas as pessoas que tiverem recebido o e-mail e passarem para frente podem ser envolvidas em coautoria. Pois diz que, a mesma pena incorre quem, sabendo que é falsa a imputação a propaga ou divulga. Os outros dois tipos são a difamação e a injúria.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Quando houver uma ofensa, caso o ofensor se arrependa, caberá retratação pública.

Se tratando de injúria, nada mais é, qualquer ofensa à dignidade de alguém e difamação, é a imputação de ato ofensivo à reputação de alguém.

Não há dúvidas de que a internet trouxe inúmeros benefícios na vida profissional, pessoal e social da população, mas há de se entender que tais facilidades trouxeram também ameaças através de usuários mal-intencionados que se aproveitam deste meio para praticar delitos que prejudicam severamente outrem. E partindo desta premissa, é algo que deve ser combatido arduamente.

4.1 Da calúnia

A calúnia consiste em culpar alguém, determinando ou atribuindo a alguém a culpa por algo, sem que seja verdade. Não importando se a situação existiu ou não, pois neste ato o que importa é o fato não ter sido autoria da pessoa ofendida (FREITAS, 2017).

A calúnia pode ser ainda considerada um agravo da difamação pela imputação falsa referida ao ofendido, não somente por desonra, mas por determinado como crime. O respectivo delito se encontra no artigo 138 do Código Penal, referindo que a calúnia se trata de uma imputação falsa e determinada como crime, dá proteção integral à moral do indivíduo em seu objetivo. Proteger a reputação do sujeito, se refere a avaliação de que os demais indivíduos da sociedade devem respeitar o sujeito no que concerne a sua ética, moral, cultura, intelecto, aspectos físicos e profissionais.

Assim, por se tratar de um crime comum, o mesmo pode ser cometido por qualquer pessoas, visto que o sujeito passivo pode ser qualquer um de uma determinada comunidade.

Como elemento objetivo se refere ao verbo imputar que se refere à atribuição de algo. Assim sendo, é pressuposto a imputação de algo específico a ser determinado como delito, não importando se o crime efetivamente ocorreu ou não. O fator preponderante, é que a imputação seja falsa. O indivíduo que sabe da calúnia e mesmo assim insiste em fazer sua propagação, bem como divulgação, também está cometendo o crime. Ocorre assim, o dolo eventual como algo subjetivo que parte da própria vontade de imputar em falso contra a pessoa ofendida o fato ilícito, sendo essencial para este a finalidade de cometer a calúnia (BRITO, 2012).

Para que o crime seja caracterizado como tal, a imputação deve ser falsa, e deve incidir sobre o fato, situação em que o mesmo não existe, ou em que circunstâncias ocorreu o delito, portanto, o ofendido não é o autor. Destarte, a imputação em falso é vista como elemento normativo, implicando se por eventualidade a inculpação do fato criminoso tiver autenticidade, não houve delito. A consecução do tipo da penalidade pode vir a ocorrer com o conhecimento de outras pessoas sobre a fraude da imputação. Tendo em vista que a calúnia se trata de um delito categórico, ou seja, a conduta e o resultado tipificados no ordenamento jurídico, desnecessário que se obtenha o dano para que a consumação do crime ocorra, ficando mesmo efetivado independente do sujeito ter causado prejuízos a reputação de quem sofreu a ofensa.

Conforme Dino (2017) é constituída por um delito formal, sua definição legal é descrita pelo comportamento e resultado planejado pelo sujeito, mas com a inexistência de sua produção. Assim, para a existência de tal crime, não havendo necessidade que o indivíduo obtenha resultados intencionados, que se referem de danos à reputação, ou seja, a honra. Em tese, não existe a possibilidade da tentativa, entretanto a doutrina tem conhecimento desta hipótese, quando a conduta do agente ocorrer na forma escrita e, assim não houver sua propagação. Tal afirmativa é possível, pois, se for realizada verbalmente, a calúnia é crime realiza em um único ato, não podendo ocorrer a tentativa, já que na ocorrência da imputação, a consumação ocorre, e se não há imputação, o fato é visto como atípico.

De acordo com Araújo e Queiroz (2015) leva-se em consideração que a calúnia não

ocorre admissão de tentativa, mesmo sabendo-se da hipótese de uma dependência do meio Tal como no meio escrito, onde não se trata de crime de uma única ação, onde existe um *iter criminis* que pode ser realizado por fação. Vale frisar, que tal tipo também é previsto no artigo 20 da Lei 5.250/1967 para incriminação das ações delituosas de quem os comete através dos meios de informação e de divulgação, e assim extrapolam os limites do razoável ao exercerem a autonomia em manifestarem pensamentos e informações.

4.2 Da difamação

O Código Penal traz em seu artigo 139 a tipificação do crime de difamação, definindo-o :difamar o outro, acusando-lhe como fato que ofende sua imagem e credibilidade. O ato de difamar, se refere à acusar alguém por algo que difama sua reputação, diferente do que a calúnia, em que não há necessidade de ser falso e nem da definição de crime (BRITO, 2012).

De acordo com Rosa (2014) certas deferências concernentes a calúnia se habitua à difamação no que tange à ofensa da honra, contradizendo que o fato ofensivo não é delito, mas o fato ofensivo não é crime, mas uma afronta à imagem do indivíduo lesionado pelo ato criminoso. Sendo assim, tal como a calúnia, o crime de difamação dá proteção moral na integridade moral do indivíduo e seus aspectos objetivo, relacionando sua reputação a personalidade. É um delito que qualquer indivíduo pode cometer, desde que determinado.

A consumação do delito ocorre com prévio conhecimento do ato de falso inculpação, levando a se criar meios para que a reputação do indivíduo seja lesada. Tal como a calúnia, a ação de difamar também é um delito formal, em que não é necessário para seu cumprimento a lesão concreta à honra do vitimado, basta somente ter conhecimentos acerca de tal imputação por outrem. Este também é um delito que pode ser decorrente de uma única ação quando realizado verbalmente, e decorrente de várias ações quando for feito por escrito e não houver sua propagação.

Deste modo, exige mais de um ato para a sua consumação, que é ato escrito e o ato de conhecimento do conteúdo do mesmo pelo destinatário, sendo que, no segundo ato, este pode não se efetivar por circunstância alheia à vontade do sujeito ativo.

A difamação também foi descrita pelo artigo 21 da Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, visando responsabilizar criminalmente aqueles que perpetrarem o crime por meio dos meios de informação e de divulgação, com abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação.

4.3 Injúria

Segundo o artigo 140 do Código Penal pátrio, a injúria consiste em: "injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro". Injuriar, conforme Brito (2012, p. 388-389), tem o significado de "ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria, que é a ex-

pressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre o desprezo ou menoscabo pelo injuriado. Consiste também em mais um escudo à honra, sendo o delito uma manifestação de desrespeito e deboche a outrem. Com este tipo penal, objetiva-se tutelar a integridade moral da pessoa, em aspecto subjetivo, caracterizado pela pretensão de respeito à dignidade humana, que pode ser representada pela concepção que temos de nós mesmos (SOARES, 2016).

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de injúria, já o sujeito passivo, a pessoa deve ter capacidade e discernimento para entender a ofensa. Nesse crime, o tipo objetivo consiste no verbo injuriar, significando menosprezar ou ofender a dignidade ou o decoro de alguém, um conceito depreciativo proferido pelo sujeito ativo contra o ofendido (OLIVEIRA; DANI, 2017).

O elemento subjetivo do tipo é composto pelo dolo direto com o intuito de lesar a moral e o decoro do ofendido. Ao reverso da difamação e da calúnia, a consumação no crime de injúria ocorre com o conhecimento da imputação pelo ofendido; trata-se de crime formal, pois desnecessário que a vítima se sinta ofendida com as atribuições depreciativas que sofre, mesmo que a conduta e resultado estejam previstos em nosso ordenamento jurídico.

Sob tal enfoque, o Crime de Injúria se configura, quando o autor atribui uma qualidade negativa da vítima, ou seja, afirma que esta é bandida (uma singela qualidade negativa, sem lhe atribuir à conduta criminosa. Assim, diferentemente dos Crimes de Calúnia e Difamação, no Crime de Injúria não se faz necessário que a ofensa seja conhecida por terceiros, bastando para tanto que a ofensa chegue ao conhecimento da própria vítima.

No pertinente ao emprego da exceção da verdade e, destarte, do instituto da retratação, no Crime de Injúria são inadmissíveis.

No que diz respeito ao Crime de Injúria Racial qualificada, nesta há ofensa é dirigida a vítima em face da sua raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, na pessoa idosa ou deficiente. Neste tipo delituoso vislumbra-se a ideia de supremacia de um grupo sob outro.

Nesse contexto, em contrapartida, percebem-se as existências das figuras Injúria Racial e do Racismo. Na Injúria Racial a ofensa está direcionada sempre a determinada pessoa, enquanto que no Crime de Racismo a ofensa é dirigida de modo geral a uma categoria de pessoas, na prática de condutas relativas à discriminação, como na hipótese de alguém impedir o acesso a determinado órgão, em face da etnia da vítima.

No crime de injúria, a tentativa ocorre quando a ofensa é proferida, mas a vítima não toma conhecimento. Essa possibilidade, porém pode ser apreciada quando a ofensa é proferida de forma escrita, tratando-se a injúria como crime plurissubsistente, sendo inadmissível, como nos casos anteriores, a tentativa de injúria verbal, pois o crime é um crime unissubsistente, ou seja, consuma-se com a efetivação a fala e esta, não ocorrendo o fato, se torna atípica (QUEIROZ; ARAÚJO, 2015).

A injúria também está prevista no artigo 22 da Lei nº 5.250/1967, para incriminar a conduta dos que praticarem o delito por meio dos meios de informação e de divulgação, cometendo abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da infor-

mação (BRITO, 2012).

Em resumo, para cada crime contra a honra, o Código Penal Brasileiro determina uma penalidade.

Calúnia

Artigo 140 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Difamação

Artigo 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Injúria

Artigo 140: Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

A ação penal, no casos de Calúnia, Difamação e Injúria na Internet, pode ser privada ou pública condicionada à representação, e depende, por determinação legal, do registro de queixas-crimes que devem ser formalizadas diante de autoridades policiais.

A privada ocorre quando a legislação é conferida de forma exclusiva às vítimas a legitimação da propositura das ações penais. Geralmente, existem situações em que as ações criminais se referem somente à que foi vitimado. Assim sendo, dentre os crimes de ações penais em esfera privada de que demandam que a vítima compareça a delegacias ou juizados estão os crimes de calúnia, difamação e injúria (NETO FILHO, 2015).

Já em relação ao Público incondicionado, ocorre quando o representante do Estado, o Ministério Público, pode tencionar a ação penal independente de ser manifestada vontade de quaisquer pessoas. Bastando somente haver indícios que sejam suficientemente de autoria e provas materiais do delito, como exemplo todos os crimes inerentes à violação

dos Direitos Humanos (ROSA, 2013).

Em referência a pública condicionada à representação ocorre quando o Ministério Público possui legitimação para tencionar ação penal depois que é permitido que a vítima se expresse. A respectiva antevisão legal tem sua existência fundamentada na proteção da imagem e a vítima, onde determinadas situações, poderão existir demasiadamente uma exposição; tal como ocorre em crimes de ameaça e corrupção de menores.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes contra a honra são crimes que prejudicam consideravelmente a imagem social, moral, estima própria de uma pessoa, a honra do indivíduo, causam vergonha, problemas psicológicos. Crimes que fazem parte do cotidiano da sociedade, e que infelizmente vêm se propagando cada vez mais.

A responsabilidade penal ocorre a partir do momento que um indivíduo pratica ato ilícito definido na legislação. Nessas situações o criminoso está sujeito a pagar indenizações a vítima e penalidades como reclusão, penas restritivas de seus direitos, além de multas e demais efeitos de condenações criminais.

Ao realizar ofensa a um indivíduo comum, a lei determina que as ações penais devem ser promovidas pela vítima, por meio de representantes da advocacia, comumente conhecida como ação penal privada. Em situações ofensivas contra servidores públicos em razão da função pública, a ação é ajuizada pelo Ministério Público através de uma denúncia. Para haver a denúncia, a vítima deve comunicar ao Ministério Público ou à polícia a intenção de que o ofensor seja processado.

Ainda é possível concluir que crimes contra a honra não são protegidos por liberdade de expressão, são condutas alheias a ela e que nunca se abriu a hipótese de as incluir no seu âmbito de proteção. Também se extrai do presente trabalho que a ascensão da internet e das redes sociais permitiu que os crimes contra a honra passassem a ser cometidos através de novos vetores, além de terem um alcance muito maior que os crimes contra a honra tradicionalmente cometidos através de televisão jornais ou conversas.

Referências

ALVES, Luciano; PRADO, BRUNA; Aleixo. **Responsabilidade civil em crimes virtuais cometidos contra à dignidade da pessoa humana**. JurisWay, 2015. Disponível em: Acesso em: 19/12/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Especial 1679465/SP**. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. 2018.

BRITO, Juliano. ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Brasil registra 54 crimes virtuais por minuto**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: Acesso em: 19/12/2021.

CELSO MELLO, Adriano. **Dignidade humana e seus reflexos em crimes contra honra**. Rev. Jurídica. São Paulo, 2015.



COSTA, Maria Auxiliadora. **Direitos e princípios do homem**. UNIFOR, 2010.

DINO. **Crimes virtuais afetam 42 milhões de brasileiros**. Estadão, 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/releases-ae,crimes-virtuais-afetam-42-milhoes-de-brasileiros,70001644185>>. Acesso em: 19/12/2021.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Responsabilidade na rede: quem responde por crimes na internet?. Internet legal: o direito na tecnologia da informação: doutrina e jurisprudência**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 19-23, 26 dez.

FERREIRA, Flávio Américo. **A criminalidade na era da informática e a prática de crimes**. Monografia. Campinas. Anhanguera, 2012.

FERNANDES, David Augusto. Crimes Cibernéticos: O Descompasso do Estado e da

Realidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas**

Gerais. Belo Horizonte, n. 62, pp. 139-178, jan./jun. 2013. Disponível em:

<<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.03042340.2013v62p139/248>>. Acesso em 19/12/2021.

FREITAS, LUIZA. **Crimes virtuais disparam no Brasil**. Uol, 2017. Disponível em: . Acesso em: 19/12/2021.

FREITAS, Maria Antonia. Crimes de internet: **proteção da honra das mulheres**. Artigo. Minas Gerais. Anhanguera, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes informáticos contra honra**. 2014 Disponível em: <www.direitocriminal.com.br> Acesso em 19/12/2021.

LIMA, Gisele Truzzi de. **Redes Sociais e Segurança da Informação**. 2015. Gisele Truzzi Advogada Disponível em: <<http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-redes-sociais-eseguranca-da-informacao.pdf>>. Acesso em 19/12/2021.

PINHEIRO, Leandro Augusto. **Crimes cibernéticos contra a honra**. Monografia. Santa Catarina. UFSC, 2012.

QUEIROZ, Andressa Verissimo; ARAÚJO, Antonia. **Ciber direito crimes cibernéticos contra a honra**. WebArtigos, 2013. Disponível em: Acesso em: 19/12/2021.

SOARES, S. S. B. Os crimes contra honra nas perspectiva do ambiente virtual. Jus, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54560/os-crimes-contra-honra-nas-perpectiva-do-ambiente-virtual>>. Acesso em: 19/12/2021.

OLIVEIRA, Luiz; DANI, Marilia. Silva. **Os crimes virtuais e a impunidade real**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: . Acesso em: 19/12/2021.

NETTO FILHO, Dickson Cirilo Andrade. Crime virtual: **crime contra o patrimônio no âmbito da internet, suas peculiaridades e controvérsias à luz do Código Penal de 1940**. Âmbito Jurídico. Rio Grande, XV, n. 104, setembro de 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12231>. Acesso em 19/12/2021.

ROSA, Fabrício. Crimes praticados pelo sistema de informática: **visão prospectiva e sistemática à luz da jurisprudência pátria**. Âmbito Jurídico. Rio Grande, XVI, n. 115, agosto de 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13587>. Acesso em 19/12/2021.

ROSSINE, Talita Alfredo. Práticas de crimes virtuais: **análise jurídica**. Fortaleza. UIFOR, 2012.

CAPÍTULO 12

PROPAGANDA ENGANOSA: A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

*MISLEADING ADVERTISING: SUPPLIER RESPONSIBILITY AND
CONSUMER PROTECTION*

Washington Pereira da Silva¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

A proteção do consumidor, cujo amparo está em boa parte definido pela Lei nº. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), é consolidada no princípio da vulnerabilidade, sendo esta a base que deve sustentar a proteção das relações de consumo, estando respaldada no artigo 4º, inciso I, deste mesmo texto legislativo. Todo cidadão deve estar protegido dos métodos insidiosos de propagandas enganosas e abusos praticados por algumas empresas, com a única finalidade de obtenção de lucro exacerbado lesando o consumidor. Assim ao analisar este tema, este assinala uma prática que tem sido contumaz, mas que é bem antiga e que lesa os direitos do consumidor com a propaganda enganosa. O objetivo deste estudo é analisar como ocorre a propaganda enganosa abordando a relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor e a proteção do consumidor. A metodologia utilizada foi revisão bibliográfica que traz um texto dissertativo expositivo expondo e explicando as nuances sobre o tema a partir das ideias dos doutrinadores da área do Direito.

Palavras-chave: Propaganda Enganosa, Responsabilidade Civil, CDC, Direito do Consumidor, Responsabilidade Civil.

Abstract

Consumer protection, whose support is largely defined by Law no. 8,078/1990 (Consumer Defense Code - CDC), is consolidated on the principle of vulnerability, which is the basis that must support the protection of consumer relations, being supported by article 4, item I, of this same legislative text. Every citizen must be protected from the insidious methods of deceptive advertising and abuse practiced by some companies, with the sole purpose of obtaining an exacerbated profit by harming the consumer. Thus, when analyzing this theme, it points out a practice that has been persistent, but that is very old and that harms the consumer's rights with deceptive advertising. The objective of this study is to analyze how misleading advertising occurs, addressing the consumption relationship, supplier responsibility and consumer protection. The methodology used was a literature review that brings an expository dissertation text exposing and explaining the nuances on the subject from the ideas of the legal scholars.

Keywords: Misleading Advertising, Civil Responsibility, CDC, Consumer Law, Civil Responsibility.

1. INTRODUÇÃO

O consumo integra naturalmente o cotidiano humano na sociedade, seja pela necessidade diária e básica, ou pelo mero desejo de possuir algo. A base da sociedade brasileira está fundamentada no consumo, pela necessidade de estar conectado com produtos e serviços e a publicidade que conecta estes dois elementos com técnicas apropriadas para tal. A importância econômica e educacional da propaganda para o mercado consumidor é notória. A sabedoria humana descobriu que as vendas se saíam melhores com propagandas, mais vendas, mais eficácia e mais resultados, mas com a chegada dessa descoberta, haverá danos.

Neste contexto de impactante avanço tecnológico, é possível utilizar diversas ferramentas de comunicação desde um panfleto, o jornal, rádio, televisão até a internet que torna possível a rapidez da veiculação de informações em tempo real, mas o mais importante é que, com as técnicas utilizadas, a publicidade não somente informa, mas detém o poder da persuasão para despertar o desejo de compra, principalmente do que não é uma necessidade real que, muitas vezes transforma os anúncios legais em ilegais na contumácia de enganar os consumidores mais ingênuos que são afetados pelos prejuízos causados pelos mesmos.

Este estudo remeterá uma ideia de propaganda que, apesar de parecer simples na visão do consumidor, tem os riscos que o consumidor deve estar ciente, pois, os produtos e serviços colocados à sua disposição, devem se adequar a diversas categorias segundo normas específicas até que seja incorporado ao mercado. Outra questão que deve ser mencionada é que as empresas devem facilitar quaisquer tipos de informações de forma integral para o cliente, porém, o que normalmente ocorre é que estas informações muitas vezes são manipuladas. Este estudo é de extrema relevância não somente para a comunidade acadêmica, mas para toda a comunidade em geral trazendo uma visão realista que se possa identificar mais facilmente o engodo presente de forma subliminar mesmo nos anúncios mais ingênuos. Assim, surge o seguinte questionamento: Quais são as consequências da publicidade enganosa para sociedade e quais os tipos de propaganda enganosas?

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a como ocorre a propaganda enganosa abordando a relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor e a proteção do consumidor. Para tanto pretende-se; definir o que é propaganda e o que é consumidor na luz do CDC; relatar a relação de consumo e as causas da propaganda enganosa; e, por fim analisar a responsabilidade dos envolvidos na propaganda enganosa.

A metodologia utilizada foi de Revisão Bibliográfica que traz um texto dissertativo expositivo, ou seja, é pautado na exposição e explicação extraídas das ideias de autores e doutrinadores buscando ampliar o entendimento sobre a temática em voga.



2. RELAÇÃO DE CONSUMO NA SOCIEDADE

A sociedade é regida pelas relações de consumo orientada por uma base princípios imprescindíveis para manter a relação jurídica sob o ponto de vista doutrinário. Os princípios elencados pelo CDC é uma forma de entender como funciona o sistema validado pela Lei Consumerista como uma regra que respalda o consumidor.

Neste sentido, a Lei nº 8.078/90 tutela um sistema protetivo aberto, baseado em conceitos legais indefinidos e construções vagas, tornando possível adaptar os preceitos às circunstâncias concretamente. Assim, os princípios de definem como linhas mestras do sistema jurídico que indicam os caminhos a serem seguidos pela sociedade e devem ser cumpridos fielmente de forma obrigatória pelos órgãos do governo (poderes constituídos) (NUNES, 2009; COSTA, 2014).

Nesta senda, o CDC se materializa nestes princípios para tutelar o direito do consumidor e é consolidado pela Constituição de 1988 de forma intervencionista estabelecendo normativas diretas no mercado consumerista. Por definição o CDC é uma lei principiológica destinada a cumprir no âmbito infraconstitucional, os princípios constitucionais de proteger e defender os consumidores; assim, o direito à informação pode ser compreendido como [...] um dever exigido mesmo antes do início de qualquer relação (CAVALIERI FILHO, 2014).

Neste diapasão, segue os referidos princípios:

a) Princípio da Dignidade:

Se traduz em defender a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um princípio fundamental consolidado na CF/1988 como uma dos alicerces da República (Art. 1º). A dignidade deve ser tutelada em todas as esferas, incluindo [...] o que tange às relações de consumo. Quando ocorrer, por exemplo, um conflito entre princípios, deve prevalecer aquele que melhor satisfizer o princípio fundamental da dignidade humana, isto é, tamanha é a importância deste princípio, que deve ser usado como orientador da aplicação dos demais (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 38).

b) Proteção à Vida, Saúde e Segurança:

O CDC reitera o princípio no art. 4º, caput, para garantir ao consumidor de forma expressa a qualidade de vida com saúde e sua segurança (inciso I do art. 6º) e, neste viés, acaba garantindo as condições morais e materiais para o consumidor (NUNES, 2009; COSTA, 2014).

c) Proteção, Necessidade e Autocontrole:

O CDC, no artigo 1º, autodenomina sua natureza protecionista e de interesse social e fica assim justificada a existência da lei, a intervenção do Estado no domínio econômico, que consiste na necessidade de proteção do consumidor em relação à aquisição de certos produtos e serviços (NUNES, 2009).

d) Princípio da Informação, Transparência e da Confiança:

Este princípio deriva do equilíbrio na relação entre consumidor/fornecedor, onde o consumidor é a parte mais frágil da relação. Assim, o caput do artigo 4º do CDC se define no dever que o fornecedor tem em proporcionar ao consumidor a chance de conhecer os produtos e serviços ofertados e, ainda, gerar do contrato a obrigatoriedade de dar a este o conhecimento prévio de seu conteúdo (NUNES, 2009).

e) Princípio da Harmonização, Equidade ou Equilíbrio:

Parte da harmonia dos interesses e o equilíbrio das partes nas relações de consumo. Deriva dos princípios constitucionais da isonomia, da solidariedade e dos princípios gerais da atividade econômica (COSTA, 2014). O princípio da harmonia das relações de consumo está definido no artigo 4º, III do CDC, quando assevera que uma relação entre consumidor/fornecedor deve ter equilíbrio.

f) Princípio da Vulnerabilidade:

Conforme anteriormente mencionado no princípio da transparência, o consumidor é a parte mais frágil e essa definição é expressa no inciso I, do artigo 4º, da Lei 8.078/90 e resulta de duas situações: uma de ordem técnica (conhecimento: o fornecedor monopoliza o meio de produção) e outra de cunho econômico (relação de consumo: fornecedor tem maior poder aquisitivo diante do consumidor, raramente essa situação se inverte) (NUNES, 2009).

g) Princípio da Boa-Fé Objetiva:

Sua utilidade ultrapassa a defesa do mais fraco, sendo o fundamento que orienta a interpretação que assegura a ordem econômica, que detém a harmonia dos princípios constitucionais (artigo 170 da CF/1988) (NUNES, 2009).

Em síntese, observar estes princípios é preponderante para proteção legal dos consumidores quando ocorrerem práticas abusivas, pois estabelece a responsabilidade dos fornecedores pelos danos causados (NETO, 2018). E, ainda, estes princípios orientar e propiciar um equilíbrio das relações consumeristas e, ainda, promove o suprimento das necessidades dos consumidores, considerando-se via de regra, sua dignidade, saúde e segurança (Artigo 4º, inciso IV, CDC) (BRASIL, 1990).

É pertinente mencionar que, para estudar os princípios consumeristas, precisa-se partir de uma premissa maior, neste caso, a Constituição Federal de 1988, isto é, como lei maior da Sociedade Brasileira, se caracteriza no ordenamento jurídico como essencial para cada caso específico e, sendo imperativa, onde obriga todos os cidadãos, sendo eles de Direito privado ou público, físicos ou jurídicos a se submeterem a ela (BRASIL, 2019).

Além disso, a Constituição de 1988 está localizada no topo na pirâmide de Kelsen que tinha por base a Teoria Pura do Direito firmada no conceito de que as normas jurídicas inferiores (normas-fundadas) retiram seu fundamento na validade das normas jurídicas superiores (normas-fundantes) (KELSEN, 2009). Assim, a Constituição Federal, no Estado democrático de Direito funciona como uma bússola de toda e quaisquer matérias jurídicas

discutidas no Brasil, como lei fundamental, onde as demais leis, abaixo na pirâmide de Kelsen, devem se adequar, levando o legislador a ter cuidado quando elaborar uma lei para que possa se adequar dentro dos parâmetros constitucionais.

Por esta razão, muitos doutrinadores, quase em unanimidade, determinam que a Carta Magna é a lei das leis, que faz todos os indivíduos se submeterem ao Estado que, por sua vez, determina por meio dela seus direitos e deveres impondo limites para evitar que a sociedade abuse dos direitos do próximo. Igualmente, não podia ser diferente nas relações consumeristas, que assegura todo e qualquer direito para os fornecedores e consumidores, que identifica as funções de cada um nestas relações de consumo.

Nesta senda, os princípios constitucionais consistem em cumprir uma função primordial no ordenamento jurídico-positivo, considerando que eles orientam e evidenciam as interpretações das normas abaixo da pirâmide de Kelsen, ou seja, as normas jurídicas em geral? (NUNES, 2019). Com esse fundamento, as leis consumeristas, encontradas nas disposições do CDC, detêm e devem ser interpretadas com muita perfeição com os princípios constitucionais, de forma limpa, sistemática, plena e sem nenhum vício (BRASIL, 1990).

Neste diapasão, o CDC se define como uma das leis que contem mais princípios dentro do ordenamento jurídico, uma vez que grandes juristas e doutrinadores a mencionam como uma lei com uma alma totalmente cheia de preceitos e fundamentos que regem a área consumerista, assim, ela tem um papel fundamental na sociedade, deixando o excesso de princípios a serem analisados pelo juiz segundo a situação de cada caso específico, determinando os limites de sua aplicação. Dito isto, cumpre analisar os princípios que regem a relação de consumo e que se encontra no CDC de 11 de setembro de 1990, assim, nesse rumo, serão analisados, especificamente o princípio da boa-fé e da vulnerabilidade como os mais preponderantes nas relações de consumo (BRASIL, 1990).

No CDC, existem diversos princípios, conforme anteriormente mencionado, entretanto destaca-se o princípio da boa-fé, que determina o comportamento, lisura da conduta, honestidade, ética e probidade nas relações de consumo em todas as suas fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual (BRASIL, 1990).

Por conseguinte, é importante explicar que a boa-fé pode ser: objetiva (que se baseia na lei consumerista, artigo 51, inciso IV, CDC) e subjetiva (se refere à ignorância sobre a existência do direito de outrem). Em outras palavras, a boa-fé objetiva se fundamenta na lei consumerista, se transpondo na imperatividade de uma regra de conduta, cujo o fim é estabelecer o equilíbrio destas relações, enquanto a boa-fé subjetiva consiste nas práticas baseadas no Direito (por exemplo, segundo o pensamento de diversos juristas no Brasil, convém mencionar que as cláusulas abusivas em contrato de planos de saúde afrontam o princípio da boa-fé objetiva, pois, impede o consumidor de agarrar o fim desejado com a celebrado no contrato) (BRASIL, 1990).

A boa-fé objetiva é mais generalizada, não está ligada somente com partes da relação consumerista, ela é esperada em todas as esferas da sociedade, nas relações cíveis, trabalhistas, empresariais, etc. Tal princípio no Brasil, é de grande importância e fundamento para o consumidor e fornecedor, conforme mencionado pela jurista Claudia Lima Marques (2016, p. 671) determina que "a boa-fé o princípio máximo orientador do CDC".

Nesta perspectiva, o princípio da boa-fé objetiva, será a base deste estudo, pois está ligada diretamente a relação de consumo, prevista no CDC, no capítulo que trata da Política Nacional de relação de consumo, precisamente no artigo 4º, inciso terceiro, CDC, e no capítulo que disciplina a proteção dos contratos, mais específico no artigo 51, inciso V (BRASIL, 1990).

É de máxima importância que o princípio da boa-fé, que rege as relações consumeristas, não se aplique somente para os fornecedores, mas também para os consumidores em geral. Assim “é uma via de duas mãos que o une fornecedor e consumidor, evitando que a proteção concedida pelo microsistema do CDC sirva de escudo para consumidores que, agindo contrariamente ao princípio da boa-fé objetiva, busquem a reparação de prejuízos para cuja produção tiveram decisiva participação? (SANSEVERINO, 2010, p.59).

O princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: I) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, II) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos e III) na concreção e interpretação dos contratos (MARQUES, 2016). Neste sentido, a própria jurista Cláudia, tem a convicção que tal princípio deveria ser aplicado na sociedade em todas as áreas, uma vez que ele, designa o dever às pessoas da relação jurídica, estabelecendo a melhor relação com toda a ética possível para não lesar a outra parte ou a terceiros.

Na mesma fundamentação, a literatura aponta que o princípio da vulnerabilidade é o segundo mais importante para as relações de consumo na sociedade brasileira. Nesse ponto, se faz um breve esclarecimento entre vulnerabilidade e hipossuficiência, considerando que o CDC trata a vulnerabilidade de forma distinta nos dois estatutos; no CDC a vulnerabilidade é tratada para todo e qualquer consumidor, como a parte mais fraca da relação consumerista, logo a parte que não disponibiliza todas as informações do produto ou serviço fere a parte vulnerável que precisa de toda ajuda possível, ou seja, o artigo quarto, inciso primeiro do CDC afirma que a hipossuficiência está ligado diretamente a relação processual das partes, e deve ser reconhecida no curso do processo, pelo juiz da ação, segundo suas capacidades de entender se é necessário e cabível para o caso concreto, ou seja, é uma situação que determina a enorme falta de suficiência para realizar ou praticar algum ato, assim diz o artigo 6º inciso VIII. Logo o CDC, deixa claro que, todo consumidor é vulnerável, logo nem todos serão hipossuficientes (BRASIL, 1990).

Para entender sobre a vulnerabilidade do consumidor na relação jurídica, é necessário esclarecer que esta tem três vertentes ou fatores primordiais, a ordem técnica, de ordem econômica e de natureza jurídica. Primeiro, do olhar técnico da relação consumerista, é o dono do produto ou fabricante, que detém toda e qualquer conhecimento da fabricação do produto ou fornecimento de serviço; assim segundo Rizzatto Nunes (2019, p. 193): “quem escolhe o que, quando e de que maneira produzir é o fornecedor, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido” e isso quer dizer que, para o consumidor adquirir um produto ou usar um serviço, deve se submeter às condições que lhe são impostas.

Segundo, em relação à ordem econômica ou capacidade econômica das partes da relação, refere que o fornecedor tem total vantagem nesse aspecto em comparação ao simples consumidor que tem poucos recursos em comparação. Existirão casos que o consumidor terá mais recursos de ordem econômica do que o próprio fornecedor, porem

esses casos serão exceções (NUNES, 2019).

Já o terceiro fator base, é orientado para a vulnerabilidade jurídica, onde a base será os contratos de adesões e como esses contratos são elaborados totalmente pelos fornecedores e sem anuência ou na presença do consumidor, de forma unilateral, as inserções de cláusulas contratuais serão realizadas favorecendo unicamente o fornecedor em detrimento do consumidor. Assim, a vulnerabilidade do consumidor que está no CDC, ela independe que qualquer critério estipulado, ou de razoabilidade para ser aceito perante um juiz, em uma situação real, logo ela se faz necessária para o conhecimento da relação de consumo, pois, na sociedade tão capitalista como a de hoje, será prioritário caracterizar as relações consumeristas, para entender como ela é estabelecida, identificando o fornecedor, o produto ou objeto e o consumidor (NUNES, 2019).

Logo, buscando a letra da CDC, ele não apresenta uma definição exata para os elementos que caracteriza os elementos da relação de consumo, ele remete apenas a elementos objetivos e subjetivos, assim, a doutrina esclarece um pouco mais, o elemento objetivo está lesando ao consumidor e fornecedor e o elemento subjetivo está ligado diretamente ao produto ou serviço.

O conceito de fornecedor está no artigo terceiro da lei de defesa do consumidor quando especifica inclusive os entes despersonalizados ou que exercem atividades de produção para quaisquer tipos de comércio e distribuição de bens e serviços (artigo 3º CDC).

Neste sentido, este conceito traz poucas curvas para interpretação, considerando que o legislador mostrou de forma evidente quem pode ser o fornecedor, distintamente do conceito de consumidor anteriormente mencionado. Assim, o legislador incluiu no código o conceito mais amplo possível, considerando que fornecedor poderá ser qualquer pessoa (física ou jurídica), somente precisará disponibilizar e proporcionar ofertas de produtos e serviços e colocá-lo em circulação no mercado consumerista.

Em uma visão mais doutrinária, o fornecedor é definido por toda pessoa que venha desenvolver uma atividade com fins lucrativos que obtenha oferta de produto ou serviço dentro de um mercado, de forma não eventual, na qualidade de fabricante, produtora, transportadora, montadora ou ainda na condição de distribuidora ou simples comerciante, porém é uma corrente pouca minoritária, uma vez, essas características doutrinárias excluiria a aplicação dos contratos firmados entre duas pessoas não profissionais. Finalizado o que é o fornecedor na relação jurídica consumerista, agora é a vez do consumidor, iremos ver todas os conceitos que ele tem dentro do CDC (BRASIL, 1990).

A definição de consumidor do CDC começa no individual, mais concreto (art. 2º, caput), e termina no geral, mais abstrato (art. 29). Isto porque, logicamente falando, o caput do art. 2º aponta para aquele consumidor real que adquire concretamente um produto ou um serviço, e no art. 29 indica o consumidor do tipo ideal, um ente abstrato, uma espécie de conceito difuso, na medida em que a norma fala da potencialidade, do consumidor que presumivelmente exista, ainda que possa não ser determinado. Para bem elucidar a definição de consumidor, parece-nos mais adequado começar a interpretar o caput do art. 2º, que é exatamente o que apresenta a maior oportunidade de problemas, especialmente pelo uso do termo "destinatário final" (NUNES, 2019, p. 80).

Vale ressaltar que o CDC deixa claro conceituando o que é consumidor e fornecedor para fins de sua clara identificação, quando diz que ele se caracteriza por toda pessoa física ou jurídica que compra ou utiliza o produto, afirmando, ainda que está equiparado ao consumidor como coletividade que esteja intervindo nas relações de consumo (Artigo 2º, CDC) (BRASIL, 1990).

Desta forma o CDC deixa claro que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que compra determinado produto para o seu uso final; mas, existe outros conceitos dentro do próprio CDC, assim levando a existência de um conceito um mais material, que já foi mencionado logo acima, e outro por equiparação (Artigo 17, CDC). Mais adiante, no artigo 29 do próprio CDC, existe mais um conceito de consumidor que os equipara a todas as pessoas que estão expostas às práticas nele previstas (Artigo 29, CDC) (BRASIL, 1990).

Ademais, conceituar de forma clara e sem conclusões precipitadas, o que é o consumidor é a tarefa mais importante, uma vez que ele é o elemento primordial da relação jurídica e a parte mais frágil, conforme visto. Assim, embora existam diversos conceitos no código, há um grande debate nas jurisprudência e doutrinas no Brasil, para uma definição clara, porém não é um assunto muito esclarecido, nem mesmo para o legislador, assim conceituado no início de forma discorrida e agora de forma rápida, trazendo mais elementos do próprio código, finaliza o que seria o consumidor na relação de consumo, e passamos para o terceiro e último elemento, onde irar formar uma especie de triângulo consumerista, que seria o produto ou serviço.

Definir o produto é o mais fácil de toda essa relação jurídica, pois, o legislador não trouxe nenhuma margem de divergência; assim, o CDC estabelece que o produto é designado como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (artigo 3º) e o serviço (§ 2º) é descrito como qualquer atividade exercida mediante remuneração (exceto as relações de caráter trabalhista) (BRASIL, 1990).

Assim, se pode entender que o produto se define como qualquer bem móvel ou imóvel que pode ser vendido no mercado, como exemplo tem-se: um automóvel ou uma casa; já o serviço, por sua vez, é toda atividade colocada no mercado com fins lucrativos, com uma pequena exceção, as atividades de caráter trabalhistas.

Conforme a doutrina e o CDC, tais elementos são importantes para descobrir como se inicia uma relação consumerista, ademais, sem tais conhecimento, não se saberia quem seria consumidor ou fornecedor ou que seria produto ou serviço, ou não saberíamos que o consumidor é parte mais frágil da relação jurídica, tal conforme os princípios estabelecidos, tais elementos e princípios formam a tal relação de consumo dentro da sociedade (BRASIL, 1990).

3. PROPAGANDA ENGANOSA

Atualmente, a informação se tornou elemento essencial do produto e serviço disponibilizado ao cliente de forma que, não podem ser disponibilizados no mercado se não estiver associado a ela (NUNES, 2016, p. 183). Segundo o próprio CDC, a informação é um direito essencial do consumidor, conforme disposto no artigo 6º, III capítulo, quando

afirma que: produtos e serviços devem conter informação “adequada e clara”; assim, existe na relação de consumo o dever do fornecedor de informar de forma mais clara possível sobre produtos ou serviços que esteja oferecendo no mercado, sendo este um pilar que sustenta a Lei nº 8.078/90 (COSTA, 2014).

Devido à forte dinâmica que ocorrem as relações de consumo, o consumidor ainda confunde os termos “propaganda” e “publicidade”, tornando de extrema relevância esclarecer para facilitar a análise sobre este capítulo. Logo o mais importante, é o fato que a própria Constituição Federal não faz a distinção entre os termos quando se refere em “propaganda” no art. 220, § 3º, II, (estabelecer os meios legais que possam assegurar às pessoas e às famílias a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente), ou “propaganda comercial” no art. 22, XXIX (propaganda comercial), e no § 4º do art. 220 (a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso) “publicidade dos atos processuais” no art. 5º, LX, (a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem) e “publicidade” art. 37 § 1º (A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos) (NUNES, 2019, p. 76).

É perceptível, então, que a CF/1988, não faz distinção entre os termos, publicidade e propaganda, logo, ambos termos estão corretos para se falar de uma publicidade na relação jurídica. Logo, propaganda é um tipo de marketing para modificar o pensamento do consumidor e induzi-lo a vários objetivos que o fornecedor desejar, tais como: persuadir, informar, lembrar ou reformar entre muitos outros objetivos; assim, a propaganda informativa, tem seu objetivo primordial como, propagar a conscientização dos consumidores, já a propaganda persuasiva vem com uma busca de criação de simpatizarão entres os consumidores, e em relação ao seu objetivo de lembrar, busca provocar que a compra dos produtos e serviços venham a ocorrer mais de duas vezes e por fim o objetivo de reforço, que visa convencer novos e atuais compradores de que tomaram a decisão certa em escolher aquele produto ou certo daquele fornecedor, assim determinada alguns pensamentos dentro da doutrina Brasileira.

Nesta senda, com tais objetivos, demonstra a importância da propaganda dentro da população, para venda de produtos/serviços, onde pesquisas demonstram que a propaganda foi avaliada como a principal fonte de informação para o consumo em 63% das respostas, porém, a propaganda foi considerada confiável para somente 8% dos que responderam. Tal pesquisa demonstra que a propaganda é fundamental, porém a margem de desconfiança e medo sobre ela, e aí entra o grande problema, que seria a propaganda enganosa.

É importante ressaltar que as propagandas são de grande importância, pois apresentam dados essenciais para o consumidor, sendo determinantes na decisão no momento da compra. Logo, se tais dados estiverem alterados ou trocados ou até mesmo sem eles, a propaganda não exercerá seu objetivo central para o consumidor. O CDC explica o que seria propaganda, e ainda, conceitua e exemplifica sobre a propaganda enganosa

afirmando que esta se caracteriza por veicular falsas informações aos seus consumidores de forma proporcional, onde o próprio fornecedor sabe o que está fazendo, ele age com dolo, deixando de comunicar pequenos fatores sobre o produto ou serviço, que pode alterar (características, preços, garantias e/ou riscos para saúdes, dentre outros).

Outrossim, a Federal Trade Commission, órgão administrativo norte americano, relata sobre conflitos que envolvem publicação enganosa de todos os tipos, e, de acordo com suas definições, é considerada propaganda enganosa quando o anúncio é deturpado, omitido, ou praticado com o intuito de enganar o consumidor atuando de forma razoável nas circunstâncias em detrimento do consumidor.

Já no Brasil, segundo o CDC, artigo 37º, parágrafo 1º, é considerado ato enganoso quaisquer modalidades de informações ou comunicações de natureza publicitária, integral ou parcialmente falsa, ou, por quaisquer outras formas, omitindo e induzindo ao erro o consumidor sobre a natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços". (BRASIL, 1990). Neste sentido, a caracterização de uma propaganda enganosa, estaria no animus de induzir o consumidor a comprar um produto que ele não compraria sem aquela informação inverídica ou sem que tivesse sido omitida determinada informação do produto/serviço.

No sistema jurídico brasileiro, a informação que estiver parcial ou totalmente falsa, onde o fornecedor veicula a propaganda tendo dolo ou culpa, ou concorreu para que ela fosse divulgada, o fornecedor será responsabilizado em todos os âmbitos do Direito pelos danos causados, sejam materiais ou morais dela decorrentes.

A publicidade por omissão ocorre com muita frequência, assim vale mencionar no determinado estudo, uma vez que ela se caracteriza, por meio da omissão de características precisamente ligadas as mercadorias e que anulam ou que constituem grande prejuízo ao consumidor, levando grandes desvantagens na relação jurídica, relacionada com a qualidade que se possibilita.

A legislação pátria sempre se preocupou e se preocupa em reprimir condutas dos fornecedores reprimindo quaisquer ações conforme foi anteriormente mencionada (omissão de informações nos produtos e/ou serviços), que venham a afetar todo ou em parte o processo de decidir do consumidor, razão pela qual resta claro no parágrafo 3º, artigo 37, CDC: "a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço" (BRASIL, 1990).

Para melhor entender, não se pode demandar que todos os fornecedores coloquem todas as informações do rótulo do produto na publicação de um serviço, uma vez que o serviço ou produto tem inúmeras características. Então, para que a relação jurídica fique harmoniosa, o fornecedor de produtos ou serviços deve inserir todas as informações necessárias destacando as informações positivas, conseguindo atrair o consumidor sem, contudo, abusar da relação jurídica.

Dessa forma, este benefício não permite que o fornecedor seja detentor de todos os direitos da relação jurídica, o que ocorreria se omitisse informações fundamentais para enganar o consumidor, induzindo-o a comprar determinado produto e/ou serviço que não compraria se tivesse todas as informações precisas sobre ele. Assim, esta conduta con-

trapõe o princípio de boa-fé, primordial nas condutas consumeristas brasileiras, conforme recomenda o inciso 3 do artigo 4º do CDC, e tal princípio é imprescindível em todas as relações jurídicas (BRASIL, 1990).

Neste diapasão, o mecanismo que orienta as relações de consumo, segundo a Carta Magna: “a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, CF/1988), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.” (BRASIL, 1990). Este texto exprime a boa-fé objetiva, que deve estar sempre nos contratos consumeristas e devem estar presentes nas publicidades.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ENVOLVIDOS

O avanço das tecnologias acaba expondo o consumidor a riscos cada vez maiores, considerando que os fornecedores utilizam métodos potencialmente atraentes, concorrendo para situações contumazes de danos, pois existe uma fragilidade em relação as propagandas enganosas e o CDC evidenciam diversas responsabilidades que incorrem aos autores de tais práticas enganosas ampliando conjuntamente para os âmbitos civil, penal e administrativos.

O termo responsabilidade se auto conceitua, uma vez que seu significado é abrangente, mas seu sentido mais claro é que se traduz em uma obrigação de responder pelas próprias ações ou de outros; assim, a responsabilidade civil é somente uma divisão desde conceito que é insubstituível para o convívio dentro de uma sociedade com igualdade.

Isto posto, assumir as consequências de suas próprias ações é uma característica que está diretamente ligada ao ser humano e existe desde que o homem precisou mostrar que tinha a habilidade e a capacidade de assumir as consequências de suas próprias ações e omissões. Assim, desde os primórdios, mediante o livre arbítrio, o ser humano arca com os resultados de suas escolhas, assim, sua liberdade está diretamente ligada e condicionada às escolhas que ele faz (GONZALEZ, 2013).

O termo “responsabilidade” procede do latim, “responder” e sua definição é uma simples conclusão que parte de sua própria origem, assim, o próprio termo traduz a necessidade de que alguém responda por determinada conduta, se responsabilizando por ela e por suas consequências. Assim, é fundamental que seu conceito esteja vinculado com o pensamento sobre o que faz e o que rodeia o convívio em sociedade (STOCO, 2014).

Na área civil, a responsabilidade tem um conceito bem parecido, logo, ela é o ato que enseja determinado indivíduo a uma determinada obrigação de reparar um prejuízo causado a outrem, porém, é primordial ter precaução ao utilizar a responsabilidade como sinônimo de obrigação, pois, a obrigação envia à imagem de um dever jurídico originário, já a responsabilidade, traz a ideia de consequência da violação deste mesmo dever originário (CAVALIERI FILHO, 2013).

Assim, atualmente, se nota que é imprescindível e imperativo que exista a devida responsabilização civil das pessoas que agem impensadamente contra o próximo e que prejudiquem o consumidor, por meio da publicação enganosa, considerando-se que este ato corrói como uma doença na sociedade com resultados lesivos enganando as pessoas com falsas promessas ou ocultando informações, levando o consumidor a erros maiores.

Assim, visando a efetiva proteção do consumidor dessas práticas ilícitas, o CDC, em seu artigo 30, tem o objetivo de punir a publicação enganosa que se propaga no meio da sociedade, e que é “veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (BRASIL, 1990). Assim o CDC deixa claro que, o autor de propagandas enganosas e que delas se utilizarem, serão obrigados a reparar qualquer tipo de dano que elas possam causar e quando é feito um controle um controle publicitário deste tipo de propaganda potencialmente enganosas, é ímpar que se considere o público alvo da respectiva mensagem publicitária, mas se forem comprovados prejuízos do consumidor, devem ser consideradas as particularidades inerentes ao consumidor que foi lesado (MACHADO, 2017).

No sistema jurídico brasileiro existem divergências sobre este tema que está diretamente ligado a responsabilidade objetiva, esta sendo ou não absoluta. Assim, uma parte da doutrina brasileira, tal como Rizzatto Nunes (2019, p.73), tem o entendimento, de que todo e qualquer mal provocado pelo fornecedor ou dele vindo, deve ser compensada pelo próprio, baseado no fundamento da liberdade do empreendimento e dos riscos do negócio que são por estes assumidos de forma integral pelo fornecedor.

Na jurisprudência, nas decisões dos tribunais e juízes, no momento de auferir a responsabilidade de determinado fornecedor em determinado caso, eles têm aplicado o entendimento do CDC buscando separadamente a responsabilidade de culpa de cada um dos componentes que envolve a ação. A preocupação que o Código de Defesa do Consumidor trás em relação as publicidades enganosas se conferem em seu artigo 30, com o efeito vinculativo de responsabilidade a tudo que engloba de notícias do fornecedor (tal vinculação carrega em si, uma natureza jurídica contratual).

Assim, do momento que o consumidor tem conhecimento de determinado anuncio e tem interesse, manifestando tal interesse em consumir o produto/serviço, se inicia a um tipo de contrato unilateral que dá uma obrigação ao fornecedor/anunciante a cumprir com o que está sendo ofertado na publicação.

Com tudo exposto, fica notório que a propaganda tem um nível alto de risco na sociedade, assim elas estão amplamente punidas pelo ordenamento jurídico no âmbito do Direito Civil, pois, a publicidade tem um caráter de oferta dentro da sociedade, a sua divulgação estabelece uma verdadeira declaração unilateral de vontade, assim levando um elemento pré-contratual capaz de conferir ao consumidor todos os seus direitos na seara cível em âmbito contratual. Logo, as consequências para o fornecedor no direito civil dessa pratica que está no cotidiano, comportam o dever de restituir o valor gasto com a propaganda ou pelo prejuízo emocional que a propaganda venha fazer no consumidor; ademais, as pessoas que venham a divulgar propagandas enganosas estão sujeitas a sofrer sanções administrativas. Comentar sobre responsabilidade administrativa é fazer referência a infrações que violam normas positivadas no âmbito administrativo, e que por consequência, sujeita o indivíduo a arcar com os reflexos de sua ação na administração

interna com a qual encontra-se vinculado (SILVA, 2010).

Outrossim, o CONAR disciplina sobre questões referentes à publicidade, encaminhando as informações aos conselheiros, emite recomendações que devem ser seguidas e respeitadas pelas empresas contra as quais são determinadas, sendo, assim, efetivas; se trata de um órgão que conta com o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária que defende a sociedade de incursões perigosas de publicidade. Dentre os principais órgãos públicos federais que tem por objetivo garantir e proteger o exercício dos direitos dos consumidores, tem-se a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC); Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC); e, a nível estadual e municipal, os Procons que conjuntamente consolidam a fática oposição a todo tipo de engodo e abuso protegendo os direitos dos destinatários das mensagens publicitárias, e buscando a obediência das empresas cumprindo seu amparo legal exigido pelo ordenamento jurídico brasileiro (DURÃES, SANTIAGO, 2020; ARAÚJO, 2021).

Assim, como abuso na veiculação de anúncios publicitários enganosos ou abusivos podem ser sancionadas administrativamente, sem, contudo, prejudicar as sanções civis e penais, por qualquer entidade que atue e tenha competência na defesa do consumidor; as sanções administrativas tem previsão no artigo 56 do CDC (ALVES, 2020). Logo, a responsabilidade recai tanto na união quanto nos municípios e estados em fiscalizar e controlar tais publicações enganosas e serviços, com o fim de preservar o bem estar, a segurança, a vida e principalmente a saúde de todos os consumidores no território brasileiro e isso torna evidente que as sanções administrativas compõem um grande sistema dentro do território nacional, em defesa do consumidor e podem ser impostas tanto no âmbito federal, como no âmbito estaduais e municipais.

Como estabelece o CDC, no artigo 56, parágrafo único, toda sanção administrativa deve ser aplicada pela própria autoridade administrativa, no âmbito de suas atribuições, podendo, ainda ter grande efetiva de forma cumulativa, pelas medidas cautelares antecedente ou incidente de procedimento administrativo (BRASIL, 1990). Assim, o que menciona no CDC entre os artigos 56 a 60, estão responsáveis pela regulamentação das sanções administrativas contra aqueles que cometem ações ou omissões que vão contra o ordenamento de proteção ao consumidor e, ademais, outras sanções administrativas são listadas no artigo 56 com doze hipóteses de infrações a serem aplicadas administrativamente para os autores das publicações enganosa.

Tais infrações se executam na possibilidade de aplicações de multas, apreensão de todos os produtos da publicação que está sendo divulgada de modo errôneo ou na parada total do serviço, cassação do registro, o fornecedor será proibido de fabricar e terá suspensão temporária de suas atividades, a revogação de concessão ou permissão de uso, a cassação de licença do estabelecimento ou de atividade e a interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade e por fim, terá uma grande possibilidade da intervenção administrativa para ter uma contrapropaganda com o fim de reparar o problema (BRASIL, 1990, artigo 56).

Vale mencionar que estas sanções do artigo 56, serão aplicadas a toda ação que tenha a finalidade de violar os direitos do consumidor. Assim, é possível notar nos julgamentos das referidas sanções, serem aplicadas em cada caso específico, os incisos primeiro ou o doze, assim são os mais comuns a serem utilizadas, ou seja, a multa e a imposição de

contrapropaganda como sanções para o autor da propaganda abusiva (BRASIL, 1990).

Logo, a multa tem um teto limite que se encontra a um valor não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR) ou valor equivalente que venha a substituí-la. Assim, será graduada de acordo com a gravidade da infração e necessariamente analisada a possibilidade econômica do responsável pela propaganda (BRASIL, 1990, artigo 57).

É pertinente mencionar que as sanções administrativas dispostas nos artigos 55 a 60 do CDC, determinam que o produto seja apreendido caso seja constatado o engano, bem como multa; cassado o registro do produto no órgão competente; proibida a sua fabricação; suspenso o fornecimento deste; suspensa a atividade de forma temporária; revogada a concessão ou permissão de utilização; cassada a licença do estabelecimento ou de atividade; interditado total ou parcialmente o estabelecimento, obra ou atividade; intervencionado administrativamente e imposta a contrapropaganda (SANTOS, SILVA, 2021).

Outrossim, existe, ainda o Princípio da Correção do Desvio Publicitário que tem como base exatamente a contrapropaganda (a expressão mais correta seria contrapublicidade) baseado no inciso XII, artigo 56 e artigo 60 do CDC, que disciplina sobre os casos que se identifique um desvio publicitário, existindo, assim, a devida correção do anúncio incorreto veiculado (BRASIL, 1990). Se ocorrer este desvio, deverá ocorrer a respectiva reparação civil com a repressão administrativa e penal, e é imperativo que da mesma forma sejam corrigidos seus estragos, isto é, que seu impacto sobre os consumidores seja extinto; assim, caso o fornecedor tenha praticado ato ilícito, deverá se retratar, reiterando a informação incorreta que foi veiculada, preferencialmente no mesmo veículo de comunicação, espaço e horário (BENJAMIN, 2016).

Assim, no caso em que o juiz determinar, será efetuada a medida corretiva da contrapropaganda, sendo está uma forma super efetiva de acabar com efeitos terrível e as vezes dolorosos vindo das ações de uma propaganda enganosa. Assim, a contrapropaganda é sanção administrativa, assim, quem pode aplica-la é o ente responsável por seu procedimento.

O CDC, artigo 56º, menciona várias aplicações de sanções ao fornecedor como importante, mas a doutrina, segue além, indica e lista mais algumas averiguações, tais como a remoção da propaganda, que é a sanção a ser aplicado quando se depara com uma veiculação enganosa, assim é a forma mais efetiva de evitar que outros consumidores venham a se prejudicar com uma propaganda que já foi identificada como enganosa (BRASIL, 1990).

Com isso, é pertinente entender que as sanções administrativas vêm punir no meio interno o responsável por publicidades enganosas, evidentemente o potencial lesivo da propaganda para sociedade com uma visão geral, assim, analisando o cunho econômico do responsável. Assim, as penas administrativas tem como objetivo e finalidade de avisar e punir o publicitário, fornecedor ou terceiros, bem como, tentar conter o grande número de informações falsas na sociedade que vem prejudicando cada vez mais o consumidor e causando grandes danos morais e econômicos.



Por fim, depois da reponsabilidade civil e administrativa, o legislador positivou sanções na área penal para quem usar de tais práticas enganosas na ara da publicidade, com o intuito de prejudicar o consumidor. Este tipo de responsabilidade é olhado dentro da sociedade com uma das mais grave a serem obrigada à pessoa que praticou tal ato, de acordo com a doutrina de Damásio Evangelista, a parte do direito penal é utilizado somente em questões de grande relevância ou que apresentem maior gravidade. Logo, sua utilização vem proteger um direito que foi gravemente violado.

Assim, por ser o Direito Penal um ramo do direito público, responsável pelas condutas criminosas e cominação de penas, sua aplicação aos casos de publicidades enganosas, se faz mais do que necessária no ordenamento jurídico vigente. As sanções penais aplicáveis em cada caso específicos relacionado a propagandas enganosas encontram-se dispostas no artigo 63 do CDC, assim como, entre os artigos 66 a 69 desse mesmo dispositivo legal (BRASIL, 1990, artigo 63).

Logo, "omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade ou qualquer outro meio de publicidade", terá o resultado de uma pena de detenção de seis meses a dois anos e multa. Assim, "fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços", "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva", "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança" e "deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade", também são condutas penalmente puníveis expressamente dispostas no CDC (CDC, artigos 63,66,67 e 69) (BRASIL, 1990).

Assim como elas tem uma natureza de penas de pequeno porte, todas as infrações que foram mencionadas, têm como característica o seu menor potencial ofensivo, logo, elas serão julgadas em sede dos juizados especiais criminais.

Com a análise dos artigos, nota-se que a utilização e veiculação de propaganda enganosa se considera um crime, positivado no CCDC, e que comprova a grande necessidade da responsabilização do agente que praticou tal ato. É possível até mesmo privar o autor de sua própria liberdade, por causa da publicidade enganosa, pois, devido à grande relevância e falta de segurança da questão e dos efeitos danosos dela decorrentes nas mais diversas áreas da vida do consumidor.

O juiz criminal é o responsável pela aplicação das infrações penais presentes no CDC, que poderão ser impostas de forma cumulativa ou alternadamente nos termos do artigo 78 de referido diploma legal (CDC, artigo 78) (BRASIL, 1990).

Assim, tais crimes penais que regem nas relações consumeristas, são punidas pelo Código Penal e tem como objetivo de punir as condutas lesivas para o consumidor, bem como, prevenir a ocorrências de novas condutas lesivas; em primeira instância guarda o direito consumidor e, depois, impede a todo custo que ele seja lesado.

5. CONCLUSÃO

Este estudo discorreu sobre argumentos direcionados a alertar sobre a prática abusiva da propaganda enganosa e como o consumidor pode ser prejudicado e lesado, tendo que, por meio do conhecimento sobre os mecanismos de proteção legal cada cidadão possa reagir como um verdadeiro fiscal na sociedade, considerando que, a população não deve continuar aceitando estes abusos devendo acompanhar e cobrar de empresas que não tem o devido respeito e não observam as normas existentes no CDC e nas normas constitucionais cabíveis e exaustivamente abordado neste texto.

Resta claro que os direitos dos cidadãos os são concedidos para que sejam exercidos de forma justa e com total legitimidade, pois o que geralmente ocorre hoje na prática é que são veiculados diversos produtos com informações reduzidas ou mascaradas e ocultadas induzindo o consumidor ao erro.

Concluiu-se, assim, que foi alcançado o objetivo principal de promover uma análise sobre a relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor e a proteção do consumidor, podendo esta ser descrita como uma relação de direito postulado onde o Direito do Consumidor determina os princípios que regem esta relação entre o consumidor e fornecedor, conferindo ao primeiro o poder e ao segundo um vínculo de compra e obtenção de produto e/ou serviço. As práticas abusivas são ilícitas, bem como o fornecimento de produtos/serviços sem o consentimento do consumidor.

Dessa forma, cada cidadão deve conhecer seus direitos e exercê-los, atuando como um fiscal em potencial, fazendo que as empresas busquem trabalhar com lisura e responsabilidade elaborando suas publicidades de forma correta e honesta. Assim, haverá uma forte contribuição para reduzir os índices de clientes lesados por empresas que se aproveitam da ignorância da população para se beneficiar.

Referências

ALVES, Fabricio Germano. Greenwashing e sua configuração como publicidade enganosa e abusiva sob a perspectiva do microssistema de proteção e defesa do consumidor. **Revista Thesis Juris**, v. 9, n. 1, p. 104-120, 2020.

ARAÚJO, Thaís Marques Anders. Aspectos da publicidade ilícita e suas consequências jurídicas. **Etic-Encontro de Iniciação Científica**, v. 17, n. 17, 2021.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Nova Edição. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira de 1988**. 1ª ed. Editora: D.O.U. Online, 2019.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 16 mai 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

DURÃES, Cintya Nishimura; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A publicidade por meio de storytelling e a efetividade das decisões do CONAR na repressão de abusos. **Revista de Direito do Consumidor**, p. 201-217,



- 2020.
- GONTIJO, Maisa Conceição Gomes. **Análise do princípio da boa-fé objetiva estatuído no artigo 422 do código civil brasileiro**. Belo Horizonte, 2009.
- GONZÁLEZ, José Alberto. **Responsabilidade Civil**. 3ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- MACHADO, Fernando Inglez de Souza; RUARO, Regina Linden. Publicidade Comportamental, Proteção de dados pessoais e o Direito do Consumidor. **Conpedi Law Review**, 2017.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 13ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.
- SANTOS, Joice Kelly; SILVA ARAÚJO, Ilma Maria. A Publicidade Enganosa, Abusiva e a tutela do consumidor: o setor da indústria de cosméticos. **Novos Direitos**, v. 8, n. 1, p. 48-64, 2021
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAPÍTULO 13

SUJEITOS DO PROCESSO

SUBJECTS OF THE PROCESS

José de Ribamar Silva Viegas Junior¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

A natureza do problema estudado foi: qual a importância dos sujeitos do processo no processo penal. Assim, o problema teve o objetivo de demonstrar essa importância que tem esses sujeitos, alguns são mais relevantes do que outros, mas todos agregam alguma coisa. O objetivo geral foi apontar os sujeitos do processo, a fim de identificar cada um deles e saber o papel de cada um dentro do processo. A metodologia utilizada a revisão bibliográfica, os autores utilizados foram: Aury Lopes Junior, Eugenio Pacelli, Renato Brasileiro de Lima, Fernando Capez Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti, Marco Antônio Ferreira Lima, Edilson Mougnot, Nestor Távora e Norberto Avena, que possuem um vasto conhecimento jurídico acerca dos institutos que disciplinam o Código de Processo Penal, mas especificamente, no que tange aos sujeitos do processo penal. As principais considerações foram dando ênfase aos sujeitos essenciais, os não essenciais e os terceiros interessados e os desinteressados do processo penal.

Palavras-chave: Sujeitos do Processo penal. Sujeitos essenciais do processo penal. Sujeitos não essenciais do processo penal. Estudar os sujeitos interessados e os desinteressados do processo penal.

Abstract

The nature of the problem studied was: what is the importance of the subjects of the process in the criminal process. Thus, the problem aimed to demonstrate the importance of these subject, some are more relevant than others, but they all add something. The general objective was to point out the subjects of the process, in order to identify each one of them and to know the role of each one within the process. The methodology used for the literature review, the authors used were: Aury Lopes Junior, Eugenio Pacelli, Renato Brasileiro de Lima, Fernando Capez Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti, Marco Antônio Ferreira Lima, Edilson Mougnot, Nestor Távora e Norberto Avena, who have extensive legal knowledge about the institutes that regulate the Criminal Procedure Code, but specifically, with regard to the subjects of criminal proceedings. The main considerations were emphasizing the essential subjects, the non-essential ones and the interested and disinterested third parties of the criminal process.

Keywords: Subjects of Criminal Procedure. Essential subjects of the criminal procedure. Non-essential subjects of criminal proceedings. Study the interested and disinterested subjects of the criminal process.

1. INTRODUÇÃO

O tema escolhido e trabalhado no projeto foi: Sujeitos do processo penal. Um tema de grande importância dentro do Direito, que é o responsável por elencar os indivíduos que farão parte do processo. Dessa forma, tem os sujeitos essenciais e os sujeitos não essenciais do processo, assim, como os terceiros interessados e desinteressados do processo.

Como já foi abordado anteriormente no projeto, a importância que esse trabalho tem perante as pessoas que tiverem acesso a ele em algum momento é de grande relevância, pois, o seu conteúdo abordará quem são os sujeitos do processo penal. Desse modo, mais uma das grandes áreas do Direito será explorada e estudada, não se limitando para quem já tem certa base no assunto, mas também por pessoas leigas.

O problema de pesquisa foi formulado através de uma pergunta clara e objetiva que questiona: "Qual a importância dos sujeitos do processo no processo penal?". É de grande importância o problema de pesquisa, pois, o questionamento busca resposta. Assim, o problema de pesquisa busca esclarecer o tamanho da importância dos sujeitos do processo e a participação de cada um para que o processo seja de maneira justa.

O presente trabalho tem como objetivo principal apontar os sujeitos do processo e especificamente conhecer os sujeitos essenciais do processo penal, os sujeitos não essenciais do processo penal e os terceiros interessados e desinteressados do processo. O trabalho tem como propósito adquirir conhecimento sobre o assunto estudado e lograr êxito no trabalho de conclusão de curso.

Os autores utilizados no projeto de pesquisa e que serão trabalhados ao longo do trabalho foram: Fernando Capez, Renato Brasileiro De Lima, Aury Lopes Jr e Eugênio Paccelli. Todos os autores citados são renomados dentro do Direito, pois, são referências para todos os operadores do Direito, agregando e muito na formação de cada um, sendo assim, fica aqui toda admiração a eles e as suas obras.

2. ESTUDAR OS SUJEITOS ESSENCIAIS DO PROCESSO PENAL

O capítulo tem como objetivo apresentar os sujeitos essenciais do Processo Penal, as figuras que fazem parte são: Juiz, autor e acusado.

O autor Renato Brasileiro assevera que:

Alguns sujeitos são mais importantes no processo, são eles: Juiz, autor e acusado. Para o autor, sem esses sujeitos, não tem processo, pois, são as figuras principais e que sem eles não tinham motivo de haver um processo penal. Cabe frisar, que, sem alguns sujeitos, o processo ainda pode ocorrer, pois, o processo não teria prejuízo (DE LIMA, 2020).



Do mesmo modo, Alexis Couto de Brito (2015), Humberto Barrionuevo Fabretti (2015) e Marco Antônio Ferreira Lima (2015), entendem, que, os sujeitos processuais serão: Juiz, ministério público e o querelante, os autores apresentam suas funções dentro do processo penal e afirmam da seguinte forma:

O juiz integra a relação processual em uma condição estritamente peculiar. Ele atua como sujeito processual, numa condição de absoluta independência e Partes e Sujeitos Processuais 159 imparcialidade. Para isso, a Constituição Federal lhe garante, no art. 95, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Em um sistema puramente acusatório, para preservar essa independência e imparcialidade, não se permite ao juiz a intromissão na apresentação das provas, cabendo-lhe apenas a análise do material carreado aos autos. Assim, não se permite que o juiz, sem provocação da parte, determine alguma providência que não as necessárias para garantir a paridade de armas. Qualquer outra medida *ex officio* que represente a produção de prova para uma das partes significa um atentado à sua imparcialidade. Na legislação processual brasileira, infelizmente, não é este o quadro que se apresenta, e, como veremos mais adiante, o Código permite uma participação bem ativa do juiz na produção da prova. Como forma de garantir a imparcialidade do juiz há previsão no Código de Processo Penal de alguns instrumentos processuais (art. 95, I, do CPP) por meio dos quais as partes podem questionar e eventualmente afastar um juiz por ser suspeito, estar impedido ou manter situação incompatível com a de julgador (arts. 252 e ss.). Doutrinariamente considera-se suspeito o juiz que tem alguma relação ou interesse em uma das partes do processo (p. ex., ser irmão do réu). Estará impedido o juiz que possuir relação ou interesse no objeto (causa) do processo (p. ex., estiver sendo processado por fato semelhante). E será incompatível quando tiver atuado como uma das partes ou mesmo julgador singular com relação ao mesmo processo (p. ex., tiver atuado como advogado do réu e atualmente ocupar cargo de desembargador) (2015, pg. 159).

Os autores, trazem no manual a função do juiz como julgador e sujeito imparcial no processo, mas, para que, essa imparcialidade seja absoluta, o juiz precisa de algumas garantias, como: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. O juiz, para tomar algumas providências, precisa ser provocado pela parte, outras ele pode tomar *ex officio*. As partes, caso suspeitem da imparcialidade do juiz por acharem que ele é suspeito, impedido ou manter situação que não é compatível com a de julgador, podem solicitar o afastamento dele.

Assim, na mesma linha, os autores (DE BRITO, 2015; FABRETTI, 2015; LIMA, 2015), discorrem sobre o ministério público da seguinte forma:

No processo penal, a intervenção do Ministério Público será sempre obrigatória, qualquer que seja a natureza da ação penal. Já no processo civil, essa intervenção dependerá da natureza da ação, sendo a atuação do parquet obrigatória apenas na realização de interesse público. No processo civil, apenas excepcionalmente o Ministério Público atua como parte, como, por exemplo, nas hipóteses de proteção de interesses difusos, do meio ambiente e da saúde pública. Na ação penal de iniciativa pública, ele atua enquanto parte (art. 257, I, do CPP), entretanto, na condição implícita e sempre presente de fiscal da lei; na ação penal subsidiária da pública ele é custos legis (art. 257, II, do CPP), sem perder a condição latente de parte; na ação penal de iniciativa privada, ele é exclusivamente custos legis (art. 257, II, do CPP).

A partir dessa observação, podemos concluir que, qualquer que seja a ação penal, o Ministério Público sempre atuará como fiscal da legalidade, de modo que a sua condição de parte nas ações penais de iniciativa pública nunca será absoluta. Por essa razão, a sua condição de parte é diferente daquela exercida pe-160 Processo Penal Brasileiro • Brito, Fabretti, Lima (2015) os demais envolvidos na relação processual. O querelante de uma ação penal de iniciativa privada em nenhum momento ocupa a posição de custos legis, pois não está preocupado com a busca da verdade processual, mas sim com a condenação do querelado. Por isso, o Ministério Público assume a função de custos legis para permitir o controle da legalidade, impedindo que o processo penal se torne objeto de vingança. Da mesma forma na ação subsidiária da pública. Os mecanismos de controle para essa imparcialidade são de caráter incidental, intercorrentes à relação processual, dizendo respeito a fatores que, de algum modo, possam prejudicar, por conta do interesse pessoal presumido, a reconstrução da verdade e a imparcialidade no julgamento. Esses mecanismos, conhecidos como suspeição, impedimento e incompatibilidade, são aplicáveis não apenas aos magistrados, mas também aos membros do Ministério Público, aos jurados individualmente considerados e aos serventúrios e auxiliares da justiça, nos termos do art. 258 do Código de Processo Penal (vide infra, Capítulo 12) (2015, pg. 160).

O Ministério Público, é parte no processo penal, logo, tem papel importante na busca de uma decisão justa para as partes envolvidas, o mesmo, atua como fiscal da lei. O Ministério Público, tem o controle da legalidade, para evitar que o processo penal se torne objeto de vingança, pois, as partes, são completamente parciais, e, buscam apenas uma decisão judicial que sejam favoráveis a elas mesmas.

Assim também, será apresentado a figura do querelante a seguir (DE BRITO, 2015; FABRETTI, 2015; LIMA, 2015):

Querelante será o ofendido pelo delito que atuará como ente acusador, sempre que se tratar de infração persecuível por meio de ação penal privada. Faltando-lhe capacidade processual, sempre será representado por um advogado especialmente constituído para o caso (2015, pg. 162).

O querelante, é parte indispensável no processo penal, sem ele, nem existe o processo, ou seja, é sujeito essencial, que busca um direito dentro do ordenamento jurídico por uma ofensa que sofreu, mais especificamente dentro do direito penal e processo penal. O querelante, buscará seu direito através de ação penal privada, por meio de uma defesa técnica patrocinada por um advogado, que vai ter o objetivo de conseguir uma decisão favorável ao querelante, e, conseqüentemente, a condenação do réu.

Por fim, temos o réu, sujeito acusado de praticar ato que fere direito do outro, e, precisa se defender da acusação através do contraditório e da ampla defesa. Esse sujeito é essencial, pois, sem ele, não tem processo, desse modo, o mesmo deve constituir advogado para o representar.

3. ESTUDAR OS SUJEITOS NÃO ESSENCIAIS DO PROCESSO PENAL

O presente capítulo abordará os sujeitos não essenciais do processo penal. Algumas das figuras que não são essenciais mas fazem parte são: O oficial de justiça, o escrevente, o escrivão, o interprete, o perito e etc. Edilson Mougenot (2019) em seu manual de processo penal assevera:

Pessoas que atuam ao lado do juiz, auxiliando-o durante o curso do processo, desempenhando funções e praticando atos essenciais ao desenvolvimento do procedimento. São eles: o escrivão, o escrevente, o distribuidor, o oficial de justiça, o contador, o depositário público, os auxiliares dos cartórios e o porteiro dos auditórios. Ademais, temos os auxiliares eventuais da justiça, quais sejam, os peritos e os intérpretes. Peritos: prestam assessoria técnica ao juiz, elucidando questões que exigem certos conhecimentos especializados, que refogem ao saber comum, elaborando laudos periciais. Intérpretes: são designados para traduzir documentos de línguas estrangeiras para o português e para, servindo de intermediários, permitir a comunicação entre o juiz e pessoas que não se expressarem na língua vernácula, seja por serem estrangeiros, seja por disfunção física ou psíquica (2019, pg. 619).

Portanto, o autor entende que, apesar de não essenciais, esses sujeitos têm grande importância para o andamento do processo, pois, cada um auxilia o juiz com os seus conhecimentos, assim, formam uma equipe multidisciplinar. É importante destacar o trabalho do perito, que buscará vestígios de provas e assumirá um trabalho bem técnico no processo, outro papel importante é a do interprete, que, vai facilitar a comunicação do juiz com aqueles que são estrangeiros ou são surdos e mudos.

Os autores Alexis Couto de Brito (2015), Humberto Barrio Nuevo Fabretti (2015) e Marco Antônio Ferreira Lima (2015), falam da seguinte forma sobre a intervenção dos auxiliares da justiça no processo:

Para a concretização do processo, outros sujeitos deverão intervir como auxiliares da justiça, como escreventes e oficiais, os peritos oficiais e nomeados para elaboração de laudos, as testemunhas, os tradutores, os intérpretes etc. (2015, pg. 158).

Assim, entende os autores, que, para o processo se concretizar, esses sujeitos devem fornecer os seus conhecimentos, muitos deles conhecimentos técnicos e complexos, como o trabalho do perito. Desse modo, é possível analisar, que, mesmo os sujeitos menos essenciais, tem sua importância para o processo se desenvolver.

Desse modo, os autores (DE BRITO, 2015; FABRETTI, 2015; LIMA, 2015) discorrem um pouco mais detalhadamente sobre o trabalho do perito e dos auxiliares da justiça:

Estas figuras, embora não tenham um papel tão central no processo quanto o juiz, o Ministério Público e o réu desempenham também função importante, colaborando para a prestação jurisdicional. O Código de Processo Penal, reconhecendo a importância dessas figuras, estende-lhes a disciplina relativa

à suspeição dos magistrados, conforme dispõem os arts. 274 e 280 do CPP. Assim, peritos e auxiliares da justiça devem exercer suas funções com a mais pura imparcialidade, podendo, caso contrário, serem afastados do processo como garantia da boa prestação jurisdicional. Isso porque, principalmente o perito, que exerce função de natureza técnica, pode influir negativamente, ou seja, de maneira indevida no convencimento do magistrado, trazendo prejuízo à verdade processual e, conseqüentemente, ao bom desfecho do processo. Pelo mesmo fundamento, o Código Penal tipificou, no art. 342, o crime de falsa perícia, consistente na conduta do perito que, no exercício de suas funções, faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade em processo judicial ou administrativo, inquérito policial ou juízo arbitral (2015, pg, 163).

Portanto, os auxiliares da justiça apensar de não terem um papel central no processo, tem participação importante para a prestação jurisdicional. Assim, caso se mostrarem suspeitos os peritos e os auxiliares da justiça, devem ser punidos com o afastamento, tudo pela garantia da boa prestação jurisdicional e por se mostrarem parciais, demonstrando algum interesse no processo. Desse modo, os autores, mencionam principalmente o trabalho do perito, que é um trabalho técnico, e, caso esteja de má fé, podem influenciar o magistrado para uma decisão errada. Assim, é tipificado no código penal o crime de falsa perícia, aplicado para os peritos que tentarem formar um convencimento equivocado diante dos magistrados.

Nestor Távora (2017) em seu manual de processo penal discorre sobre os auxiliares do juízo da seguinte forma:

São auxiliares do juízo aqueles que, não sendo servidores da justiça no sentido esposado no tópico anterior, colaboram com o juiz nos pontos em que este precisa de esclarecimentos ou de conhecimentos especializados. São, portanto, auxiliares do juízo os peritos (expert em assuntos específicos) e os intérpretes (conhecedores de idiomas estrangeiros) (2017, pg. 866).

Portanto, o trabalho do perito e do intérprete é mais uma vez reconhecido por mais um grande autor, trabalho esse que elucida casos e facilita a comunicação diante do juiz. Afinal, esses profissionais, tem papel fundamental diante da justiça, não é por acaso que se encontram em grandes doutrinas, os mesmos, precisam se manterem imparciais para o bom andamento do processo, sem demonstrarem interesse, pois, o juiz, pode formar o seu convencimento através das provas produzidas, no caso do perito. Assim, é importante frisar, que, é tipificado no código penal o crime de falsa perícia, justamente para evitar que o perito seja parcial no seu trabalho e atrapalhe o processo.

Norberto Avena (2020) assevera a respeito dos sujeitos não essenciais que:

Sujeitos secundários, acessórios ou colaterais: são os que, embora não imprescindíveis à formação do processo, nele poderão intervir a título eventual com o objetivo de deduzir uma determinada pretensão. É o caso do assistente de acusação e do terceiro interessado (2020, pg. 216).

O autor entende que apesar do processo não necessitar da presença desses sujeitos, eles podem intervir para buscar uma determinada pretensão, é o caso do assistente de acusação e do terceiro interessado, esse último será trabalhado no próximo capítulo.

4. ESTUDAR OS TERCEIROS INTERESSADOS E DESINTERESSADOS DO PROCESSO PENAL

Será apresentado os terceiros interessados e desinteressados do processo penal. Assim, na figura dos interessados teremos: O ofendido, seu representante legal, os herdeiros, o fiador do réu e os terceiros de boa-fé. Na figura dos terceiros desinteressados temos: testemunhas. Outros sujeitos que fazem parte são: os peritos, tradutores e intérpretes, esses podem ser considerados auxiliares do juízo ou terceiros desinteressados.

A seguir, será apresentado alguns desses terceiros. Os autores Alexis Couto de Brito (2015), Humberto Barrionuevo Fabretti (2015) e Marco Antônio Ferreira Lima (2015), asseveram sobre o papel do ofendido da seguinte forma:

O ofendido pelo crime pode, em sentido amplo, abranger não somente a vítima direta do delito, como também outras pessoas indiretamente (familiares da vítima, do réu, o próprio Estado ou a coletividade). No processo penal, quando a lei se refere ao ofendido, devem-se observar dois momentos: um que diz respeito à vítima direta de um delito de ação privada e outro que pode reunir mais de uma pessoa, caso o delito seja pluriofensivo.

No primeiro caso, a referência ao ofendido diz respeito ao único legitimado a propor ação penal privada, assunto já tratado acima, ao qual remetemos o leitor para não repetirmos a matéria.

É o segundo caso que nos interessa neste momento, qual seja, as vítimas do delito e que de alguma forma poderão contribuir com o seu testemunho ou evidências sensíveis à reconstrução da dinâmica do delito.

O ofendido nunca teve um papel muito significativo no processo penal brasileiro. Pela própria prevalência dos crimes públicos, a vítima do delito sempre foi dispensável para a aplicação da justiça, e no máximo contribuía com seu testemunho, sempre parcial e emotivo. Esse papel continua existindo e sempre que tiver condições de prestar alguma informação, esta deverá ser colhida.

Foi efetivamente a partir de 1995, com a edição da Lei nº 9099/95, que se passou a prestar maior atenção aos anseios da vítima. Nessa lei – que estipula os juizados especiais criminais -, pela primeira vez buscou-se integrar a vítima na resolução do conflito e permitiu-se que se discutisse a reparação dos danos sofridos. Posteriormente, outros dispositivos passaram a integrar a lei processual de uma forma geral e a prestigiar a vítima ou seu interesse (2015, pg. 211).

Assim, os autores trazem o papel do ofendido dentro do direito processual penal brasileiro, papel esse que nunca foi muito significativo, a vítima no máximo contribuía com o seu testemunho. Foi a partir de 1995, que a vítima passou a ganhar espaço e começou a ser integrada na resolução do conflito. Segundo os autores, a vítima pode ser considerada os familiares da vítima, do réu e até o Estado, e, não somente a vítima direta do delito.

Já na figura dos terceiros interessados temos as testemunhas, com isso, Alexis Couto de Brito (2015), Humberto Barrionuevo Fabretti (2015) e Marco Antônio Ferreira Lima (2015) entendem:

Embora possa ser considerado como um dos piores meios de prova, infelizmente a cultura processual brasileira dedica quase que exclusivamente à testemunha a tarefa de reconstruir os fatos investigados em um processo penal. Um dos piores, porquanto a mente humana é extremamente volátil e as memórias, a depender do tempo e das características da pessoa, são substituídas ou misturadas, entre si ou com a fantasia.

Optando-se pela prova testemunhal, vários fatores devem ser observados, apontados e considerados. Por exemplo, fatores pessoais como idade (crianças, idosos), doenças, deficiências (dificuldade de visão), relações de amizade ou inimizade, relações de sujeição (patrão, filhos) (2015, pg. 212).

Desse modo, os autores fazem uma crítica ao modo como são produzidas as provas, pois, fazem as testemunhas reconstruir os fatos, um modo ruim segundo eles, afinal, a mente humana é fantasiosa e algumas memórias se perdem com o tempo. Os autores chamam atenção para caso a opção seja de prova testemunhal, deverá existir um cuidado com: crianças, idosos, deficientes etc.

Renato Brasileiro (2017) em seu manual de processo penal conceitua e fala da natureza jurídica da testemunha da seguinte forma:

Testemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo. No âmbito processual penal, qualquer pessoa pode ser testemunha (CPP, art. 202), desde que seja dotada de capacidade física para depor. A incapacidade jurídica é irrelevante, pois podem depor no processo penal menores de 18 (dezoito) anos, doentes e deficientes mentais. Logicamente, somente a pessoa física pode ser testemunha, na medida em que o depoimento pressupõe memória. Em relação à natureza jurídica, cuida-se de meio de prova (2017, pg. 694).

Portanto, o autor entende que testemunha é pessoa desinteressada, e, informa o que sabe sobre determinado fato. No processo penal, qualquer pessoa pode ser testemunha, contanto, que, tenha capacidade física, podem depor: menores de 18 anos, doentes e deficientes mentais. Somente a pessoa física pode ser testemunha, pois, as mesmas, pressupõe memória. O meio de prova é a natureza jurídica. Assim, apesar da testemunha ser sujeito desinteressado do processo penal, sua presença é fundamental, afinal, ela vai narrar os fatos do dia do crime, muitas das vezes, existe só ela de testemunha, pois, apenas ela presenciou o que aconteceu no dia. A testemunha deve ser resguardada de todas as formas, tendo em vista, que, o seu depoimento pode causar sentimento de vingança perante o réu, por esse motivo, muitas pessoas se recusam a testemunhar porque ficam com medo de sofrerem represálias, colocando em risco a sua vida e de suas famílias. Desse modo, essas testemunhas precisam de todo um cuidado especial do poder judiciário, tendo em vista, que, suas vidas ficam diante de criminosos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi trabalhado no primeiro capítulo os sujeitos essenciais do processo penal, o objetivo foi alcançado, pois, foi demonstrado como esses sujeitos atuam dentro do processo, quais as suas funções e como colaboram para que o processo penal caminhe. Assim, os sujeitos trabalhados foram: Juiz, autor e acusado, portanto, caso falte esses sujeitos, não existe nem a cogitação de um processo.

No segundo capítulo foi trabalhado os sujeitos não essenciais do processo penal, apesar de não serem imprescindíveis no processo, os mesmos, fazem uma grande diferença no auxílio ao magistrado, pois, não deixa de ser uma equipe multidisciplinar. Desse modo, cabe destacar o trabalho do perito, que faz um trabalho técnico e ajuda bastante o magistrado nas provas que produz, outro sujeito que tem um trabalho interessante é o intérprete, esse sujeito facilitará a comunicação do magistrado com aqueles que são estrangeiros ou com aqueles que tem algum tipo de limitação. Além desses sujeitos que foram mencionados ainda temos os oficiais de justiça, o escrevente, o escrivão e etc. Portanto, concluímos que o objetivo foi alcançado.

Já no terceiro capítulo foi apresentado os terceiros interessados e desinteressados do processo penal, fazem parte: o ofendido, seu representante legal, os herdeiros, fiador do réu, os terceiros de boa-fé e testemunhas. Assim, o capítulo focou principalmente na figura do ofendido e da testemunha, apesar de terceiros interessados e desinteressados, esses sujeitos têm papel importante dentro do processo penal. Desse modo, concluímos que foi alcançado o objetivo.

Referências

- AVENA, norberto. **Processo penal**. Rio de Janeiro: método, 2020.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- DE LIMA. Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal em volume Único**. Salvador: JusPODIVM, 2020.
- DE BRITO, Alexis Couto. **Processo penal Brasileiro**. São Paulo: Editora atlas. S.A, 2015.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Processo penal Brasileiro**. São Paulo: Editora atlas. S.A, 2015.
- JR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal Brasileiro**. São Paulo: Editora atlas. S.A, 2015.
- MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017.
- TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

CAPÍTULO 14

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019, A REFORMA DA PREVIDÊNCIA: AS ALTERAÇÕES NAS PERSPECTIVAS DE EXERCÍCIO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL

CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 103/2019, THE BRAZILIAN SOCIAL WELFARE REFORM. THE CHANGES IN PROSPECTS FOR THE EXERCISE OF PENSION LAW IN BRAZIL

Clara de Melo Dias¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

Em sua extensão, a presente tese trás as mudanças previdenciárias promovidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019 juntamente de suas implicações reais na vida dos contribuintes do INSS, sejam eles submetidos ao RGPS ou ao RPPS. Contém a análise do panorama histórico de efetivação de direitos previdenciários e como a Reforma da Previdência representou um retrocesso a tal processo. A metodologia utilizada, na pesquisa, fundamentada em dados gerais foi a utilização de métodos científicos e dedutivos, explicando através de situações pré-existentes e premissas já estabelecidas. Os impactos da EC nº103/2019, as regras de transição, intercaladas pelas antigas até sua total implementação, as repercussões socioeconômicas e a análise doutrinária da temática direcionam o conhecimento que foi produzido.

Palavras-chave: Direito Previdenciário no Brasil. Vedação do Retrocesso Social. Reforma Previdenciária.

Abstract

In its extension, this thesis brings the social security changes promoted by Constitutional Amendment nº 103/2019 together with its real implications in the lives of INSS taxpayers, whether they are submitted to the RGPS or the RPPS. It contains the analysis of the historical panorama of the realization of social security rights and how the Social Security Reform represented a setback to this process. The methodology used in the research, based on general data, was the use of scientific and deductive methods, explaining through pre-existing situations and already established premises. The impacts of EC nº103/2019, the transition rules, interspersed with the old ones until their full implementation, the socioeconomic repercussions and the doctrinal analysis of the theme direct the knowledge that was produced

Keywords: Pension Law in Brazil. Principle of the Prohibition of Social Retrocession Social. Social Welfare Reform.

1. INTRODUÇÃO

Recebendo verbas – financiadas por toda sociedade, de forma direta e indireta - do Regime Geral da Previdência Social, o Instituto Nacional da Seguridade Social é uma autarquia. Pertencendo ao Governo do Brasil e tem elo direto com o Ministério da Economia. Ao longo de três décadas da sua criação, o órgão foi fundado em 27 de julho de 1990, a instituição é o meio pelo qual o estado brasileiro concede benefícios a aqueles que adquirirem esse direito. Os benefícios são de natureza diversa, desde o pagamento de aposentadorias, salário-maternidade e auxílios até a pensão por morte. E todos eles integram o âmago das Atividades Exclusivas de Estado.

Com sede em Brasília, no Distrito Federal, e tendo sido idealizado pelo decreto nº99.350, o Instituto tem por sua clientela 40 milhões de pessoas físicas e conta aproximadamente com 35.000 funcionários. Foi alicerçado pela Constituição Federal, sob a função social de atenuar diferenças sociais e prestar amparo material básico para a pessoa que não tem mais condão para labutar por sua subsistência e de seus familiares - por razão de idade avançada, acidente, doença, prisão e, por fim, gravidez. Garantias estas fundamentais no Brasil, que é um país que adota o sistema democrático de direito. É efetuada, pela Previdência e pela, a transferência de renda depois de provada a existência dos pré-requisitos.

Porém, há indícios de que a forma que o serviço é prestado, em diversos momentos, não atende parâmetros previstos na legislação constitucional e infraconstitucional. Sob o turbilhão de déficits arrecadatários, inúmeras demandas de serviços em aberto e a frustração em ter que atender a teto orçamentário já determinado, é vista uma época em que o INSS parece, reiteradamente, não desempenhar bem suas funções. Existem pressões de todos os lados, que se revezam entre as pessoas que são da opinião de maior atuação estatal no assunto e outras que defendem um estado-mínimo.

O parágrafo supracitado é o plano-de-fundo para a implementação gradual da Emenda Constitucional nº103/2019, também conhecida por Reforma da Previdência, aprovada em 2019. Ocorre que passado um curto lapso temporal, em meados de 2020, um enorme e complexo desafio emergiu de maneira urgente: o surgimento de um novo agente patógeno e bastante contagioso, a COVID-19. Em consequência houve necessidade de isolamento social e imposição de novos protocolos de higiene. Houve, então, novas problemáticas para prestação de serviços direcionados a um público-alvo, incluindo aqueles que integram uma das pontas da relação INSS-beneficiários. Em contraposição a isso, as demandas e as necessidades não mitigaram proporcionalmente – surgindo assim agravamentos para a parte hipossuficiente.

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo analisar a mudança histórica de panorama que a Reforma da Previdência provoca no exercício de direitos previdenciários no Brasil. Com objetivos específicos buscou-se:

- Explanar sobre quais dispositivos da letra de lei foram alterados pela EC nº103/19;
- Enumerar quais mudanças podem ser apontadas pela doutrina como ‘evolução



reacionária” e uma afronta a vedação do efeito *cliquet* – que veda o retrocesso social de direitos adquiridos;

- Expandir a área de estudo direcionada ao melhor entendimento das, previstas na CF/88, garantias fundamentais brasileiras.

Em relação a metodologia, a presente pesquisa utiliza-se dos métodos científico e dedutivo, busca explicar a problemática através de situações pré-existentes e premissas já estabelecidas (LAKATOS, 2003). O estudo dar-se-á fundamentado em dados gerais, como o estudo acerca da EC nº103/2019 – conhecida por Reforma da Previdência - que teve grandes impactos nas perspectivas dos futuros pensionistas do INSS. Há novas regras de transição, intercaladas pelas antigas até sua total implementação, seja para a concessão de aposentadorias ou para as pensões.

A proposta também é uma análise sobre o sistema previdenciário brasileiro no qual, muito que rapidamente, ocorreu mudanças sérias que podaram garantias tidas como já adquiridas por trabalhadores contribuintes. Discriminando as mudanças, o que pode ser compreendido por retrocesso numa análise mais meticulosa e direcionada e o que a legislação constitucional e infraconstitucional nacional tem a acrescentar sobre o objetivo aqui traçado.

A pesquisa acadêmica caracteriza-se por, pelo menos no que diz respeito a esclarecimento, buscando uma melhor elucidação do tema proposto pela pesquisa (LAKATOS, 2003). Em relação à abordagem, a pesquisa se caracteriza como qualitativa, propondo-se a contribuir com conhecimento válido para o campo de pesquisa do direito previdenciário e a observância do efeito cliquet na consolidação da Reforma da Previdência.

Tem forma bibliográfica em relação aos procedimentos dos quais se utilizará, buscando em livros e artigos científicos esclarecimento ao tema proposto pela pesquisa. Outra característica dela é ser de cunho documental, pois também terá por fonte mídias das mais diversas como – por exemplo – matérias jornalista, entrevistas com especialistas etc. para fundamentar sua argumentação. Estando assim delimitados os seus adjetivos principais.

Nesse contexto, a justificativa para escolha desse tema se deu após longa observância da, seja por informações vinculadas na mídia, em que ocorreram e foram relatadas violações de direitos dos beneficiários, ou pessoas que pleiteavam esse status, por parte do INSS. A relevância do debate dessa questão é atual e emergente, uma vez que é um serviço prestado sob condição de contraprestação direta do beneficiário e/ou indireta de recursos provenientes dos entes federativos e de contribuições sociais. Escrever sobre é lançar luz à questão - procurando proporcionar uma dimensão fidedigna da problemática – e a informação gerada após esse exercício de pensamento pode contribuir para maior elucidação das pessoas acerca de seus direitos previdenciários.

Infelizmente, ainda é difusa no imaginário coletivo a ideia de que os serviços prestados concedidos pelo INSS são “favores” concedidos do Estado ao trabalhador. Essa interpretação errônea da realidade cria contribuintes passivos, que são tolerantes com a inobservância do cumprimento de suas demandas. Sejam por inúmeras filas, dilatações infundadas em prazos para a concessão de benefícios, o descaso em amparar brasileiros

que ainda precisem de apoio – por um dos inúmeros motivos cabíveis – e outras situações. Há indícios de falha na organização da Seguridade Social.

Em novembro de 2019, a Reforma da Previdência foi aprovada pelo Congresso Nacional. Direitos já adquiridos foram enxutos, pois o governo alegou que não teria verbas em médio prazo para administrar o INSS e que não conseguiria arrecadar esse déficit de outra maneira. Mesmo o Poder Legislativo tendo interferido tão sensivelmente na perspectiva de aferição de renda segura para aqueles trabalhadores que preenchessem as antigas regras da Previdência Social, a prestação de serviço não teve melhora. Há demora na análise dos processos dos contribuintes e na concessão de benefícios, assim como dificuldade na extensão dos benefícios pré-existentes e ainda necessários.

Nesse cenário, em meados de março de 2020, o mundo conheceu a maior crise de saúde pública dos últimos cem anos: a epidemia de COVID-19. Ao longo dos anos em que se deu essa situação calamitosa, até foi visto tímidas ações de outros órgãos públicos para atender as demandas que lhe são caras, mas - pelo menos não com frequência razoável - o mesmo não pode ser dito do INSS. Inúmeras foram às vezes em que ele não funcionou, por decisão unicamente institucional. Muito é noticiada a letargia com a qual seus aplicativos funcionam, sempre deixando aqueles que solicitam o serviço em espera. E existem muitas histórias dramáticas daqueles que necessitam de benefícios e não os conseguem, quase todo mundo conhece uma ou viveu.

2. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA EC Nº 108/19

A publicação da Emenda Constitucional nº 103 ocorrida em 2019, foi feita obedecendo aos devidos ritos e os parâmetros previstos no ordenamento pátrio nacional. Sendo fruto da elaboração e, posteriormente, da publicação feita com autoria do Poder Legislativo Brasileiro é um dispositivo legítimo e já vigente. Seu teor traz alterações nas regras de cálculo referentes à aposentadoria e critérios mais duros de acesso à mesma. As mudanças afetam tanto os trabalhadores do setor privado – que compõem a maioria da clientela previdenciária do INSS e são submetidos ao Regime Geral de Previdência Social (o RGPS) - quanto os servidores públicos da União – que existem em menor escala e são sujeitos ao Regime Próprio de Previdência Social (o RPPS).

Estabelecendo novas diretrizes permanentes que condicionam e restringem o acesso a benefícios previdenciários, a EC nº 103/2019 afeta diretamente os seguintes tópicos: a aposentadoria por incapacidade permanente, a aposentadoria por idade, a aposentadoria por tempo de contribuição, as regras de concessão de pensão por morte, a aposentadoria da pessoa com deficiência, a aposentadoria dos policiais, a aposentadoria especial, a aposentadoria dos professores, como se dará daqui por diante o acúmulo de benefícios e, por fim, quais são os devidos valores pagos aos beneficiários – dependendo de em qual situação se encontram. As alterações polêmicas, que encontraram recepção mista da cobertura midiática e de diversos setores da sociedade, foram alteradas para a seguinte maneira:



2.1 A Aposentadoria por Incapacidade Permanente

Através do art. 40, parágrafo 1º da EC nº 103/19 foi extinta a garantia fundamental, prevista de maneira anterior na Constituição Federal, que trazia cobertura integral de aposentadoria permanente ao funcionário público acometido por acidente em serviço, moléstia profissional, ou doença grave, contagiosa ou incurável – especificadas em lei complementar. O art. 26, 'caput' e parágrafo 3º, inciso II até mantém a antiga garantia aos acidentes e às doenças profissionais e trabalhistas, porém muda a sua natureza jurídica: não sendo mais protegido pelo manto constitucional de cláusula pétrea, pode ser alterada a qualquer momento por lei ordinária.

Outro ponto interessante que convida a reflexão jurídica todo o setor previdenciário são as mudanças significativas na nomenclatura nos benefícios, tais escolhas etimológicas evidenciam novos posicionamentos do Instituto Nacional de Seguridade Social (o INSS) em relação aos beneficiários contidos no RGPS. Nos termos do art. 40, parágrafo 1º da EC nº 103/19, o termo "aposentadoria por invalidez" é substituído por "incapacidade permanente ao trabalho"; já nos termos do art. 201, inciso I da EC nº 103/19, "doença" é substituído por "incapacidade temporária para o trabalho".

2.2 A Aposentadoria por Idade

No art. 40, parágrafo 1º, inciso III nº 103/19 c/c o art. 201 da EC, parágrafo 7º, inciso I, ocorre a famigerada unificação da idade mínima, de 62 anos para as mulheres e 65 anos para os homens, no RGPS e no RPPS para o acesso à aposentadoria. Há as regras transitórias do art. 19 e do art. 10, parágrafo 1º, inciso I da EC que institui como tempo mínimo de contribuição, respectivamente: a) no RGPS, de 15 anos para as mulheres e de 20 anos para os homens; b) no RPPS, de 25 anos, independente do gênero – adendo: há a condição do art. 1º, parágrafo 1º, inciso I, alínea "b" da EC. De, no mínimo, 10 anos de exercício no exercício de serviço público e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria são compostos os supracitados 25 anos.

2.3 A Aposentadoria por Tempo de Contribuição

Também é decorrência das normas contidas no art. 40, parágrafo 1º, inciso III nº 103/19 c/c o art. 201 da EC a extinção da aposentadoria por tempo de contribuição. Tal como era a prática anterior, quando o contribuinte estava no regime do RPPS ocorria que a concessão do benefício se dava aos 55 anos completos para as mulheres e aos 60 anos para os homens. Para os contribuintes do RGPS já não havia idade mínima de contribuição, entretanto o benefício sofria redução decorrente do fator previdenciário. A antiga regra permitia que o contribuinte se aposentasse ao contribuir por 30 anos, caso fosse mulher, ou por 35 anos, caso fosse homem.

2.4 A Concessão da Pensão por Morte

No art. 23, caput, da EC há a determinação de que haja – acrescidos de 10 pontos percentuais por dependente – correspondência de 50% no valor da aposentadoria do segurado ou do aposentado por incapacitado por motivo permanente. Nos parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo, há a garantia de que haja acréscimo de 100% até o limite do RGPS nos casos em que existir dependente inválido, com deficiência intelectual e/ou mental – as referidas cotas são aplicáveis ao montante que excede o limite. O parágrafo 4º zela pelo respeito às condições para a perda da qualidade de beneficiário da pensão por morte e os tempos de duração do benefício. O parágrafo 5º proporciona o reconhecimento prévio do dependente inválido, com deficiência intelectual ou mental grave. O parágrafo 6º restringe como dependente equiparado a filho somente, e quando comprovada a dependência econômica, o enteado ou menor tutelado. Tais regras são passíveis de alteração por lei ordinária segundo o parágrafo 7º.

Igualmente, talvez a maior mudança - referente a pensão por morte - seja a anuência disposta nas alterações ao texto constitucional do art. 40, parágrafo 2º c/c o 7º da CF que permite que o benefício seja menor que um salário-mínimo na hipótese de que esta não seja a única fonte de renda do dependente. O art. 201, inciso V, da CF garante o salário mínimo no RGPS. Por fim, é interessante destacar que a pensão por mortes de policiais atende à regras específicas que lhe são peculiares

2.5 A Aposentadoria da Pessoa com Deficiência

O art. 22 da EC foi redigido com a intenção de preservar várias das regras contidas na Lei Complementar nº 142/13 que trata da aposentadoria das pessoas com deficiências. Itens muito importantes permanecem os mesmos, como a base de cálculo do benefício. Conforme o que está expresso no caput do referido artigo, o contribuinte do RPPS deve estar no cargo em que se der a aposentadoria por 5 anos e ter contribuído ao INSS por pelo menos 10 anos. O embasamento jurídico dessa medida de discriminação positiva é o art. 201, parágrafo 1º da CF que a autoriza. Fica assim amparadas as regras previdenciárias específicas para as pessoas portadoras de deficiências.

2.6 A Aposentadoria dos Policiais

Há previsão constitucional da possibilidade de que os funcionários públicos que atuem no setor de segurança estatal tenham suas regras próprias previdenciárias. A mudança produzida pelo art. 40, parágrafo 4º do EC nº 103/19 é na nomenclatura: antes havia o que falar na expressão “atividades de risco”, com a alteração temos elencadas quais carreiras terão – mediante edição de lei complementar – acesso a esse tratamento diferenciado, são elas: a de agente penitenciário, agente socioeducativo, policial legislativo, federal, rodoviário, ferroviário e civil. A classe também tem direito às regras específicas para a concessão de pensão por morte, dispostas nos art. 10, parágrafo 6º, da EC e no art. 40, parágrafo 7º da CF.



2.7 A Aposentadoria Especial

As regras transitórias do art. 10, parágrafo 2º, inciso II, c/c do art. 19, parágrafo 1º, inciso I da EC nº 103/19 garantem que se aposentem aqueles contribuintes que já estejam com 55,58 ou 60 anos de idade e ensejem o benefício com 15, 20 ou 25 anos de contribuição. Já o art. 40, parágrafo 4º-C c/c art. 201, parágrafo 1º, inciso II, da CF assegura que aqueles tenham profissões com exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde ou, ainda, associação desses agentes tenham regras especiais de acesso a previdência.

2.8 A Aposentadoria dos Professores

Outrossim, nos termos do art. 10, parágrafo 2º, inciso III e o art. 19, parágrafo, inciso II da EC expressamente afirma quem aqueles que tiverem contribuído com no mínimo 25 anos em função de magistério terão acesso à aposentadoria. O art. 40, parágrafo 5º da EC nº103/19 c/c o art. 201, parágrafo 8º da CF complementa que o profissional poderá atuar na educação infantil, ensino fundamental e/ou médio, sendo essencial que ele tenha 57 anos, se mulher, ou 60 anos quando homem.

2.9 A Acumulação de Benefícios Previdenciários

O art. 24 da EC veda a acumulação de duas ou mais pensões por morte deixadas por cônjuge, ou companheiro, do mesmo regime de previdência. É permitida somente a acumulação de benefícios previdenciários das pensões referentes a regimes distintos, mediante a percepção do melhor benefício e o acréscimo dos demais, respeitando as seguintes faixas: de 60% na hipótese em que extrapole um salário-mínimo; de 40% na hipótese em que extrapole dois salários-mínimos; de 10% na hipótese em que extrapole quatro salários-mínimos. A intenção do legislador foi evitar a supressão permita acumulação de 100% do benefício.

2.10 O Cálculo dos Valores Pagos aos Beneficiários

A regra geral, disposta no art. 26, caput e parágrafo 2º da EC, o valor da aposentadoria corresponde a 60% de média de todos os salários de contribuição ou remuneração – sendo acrescido por dois pontos percentuais a cada ano de contribuição que exceder 20 anos. E, ainda, se o segurado - desde que esteja inserido no regime RGPS – for mulher ou atenda aos requisitos da aposentadoria especial, são acrescidos os dois pontos percentuais anualmente depois de excedidos 15 anos de contribuição conforme o art. 26, parágrafo 5º da EC. A exceção, contida no art. 26, parágrafo 3º, inciso II da EC, ocorre quando há a aposentadoria por invalidez decorrente direta de acidente do trabalho ou doença profissional. Nessa situação o valor da aposentadoria corresponde a 100% da média de todos os salários de contribuição ou remuneração. O art. 26, parágrafo 6º, da EC até permitem

que sejam excluídos da conta salários que diminuam o benefício (desde que mantido o tempo mínimo de contribuição) mas excluí o acréscimo de dois pontos percentuais.

3. A REFORMA DA PREVIDÊNCIA EM CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A previdência e a seguridade social são estritamente ligas as camadas mais pobres da população, a segunda presta assistência aos indivíduos mais vulneráveis de toda a nação. Ambas atuam partes de um todo: um sistema primário – aquele que depende de contraprestação do assegurado, ou seja: a previdência - e secundário – aquele que independe de contraprestação do assegurado: a assistência - aperfeiçoados ao longo de toda sua criação.

São o meio de se assegurar – frente ao INSS - uma autonomia mínima a pessoas mesmo tendo trabalhado ao longo toda a vida, não obtiveram na velhice, ou caso de fortuito, reserva própria para subsistir. Toda conquista social é dada através de muita luta e suor, por isso mostrasse irremediavelmente injusta a afronta da reforma da previdência ao princípio da vedação do retrocesso social. Considerando o histórico no mundo e no Brasil da aquisição dessas garantias sociais e a vedação ao efeito “cliquet”, como veremos a seguir.

3.1 A Evolução da Efetivação de Direitos Sociais no Mundo

Traçando um breve panorama histórico, a efetivação de direitos sociais no mundo ocorreu de forma gradativa no mundo. A gênese de qualquer garantia do indivíduo frente ao Estado data do século XIII, com a proclamação da Carta Magna na Inglaterra – sendo esse documento o marco inicial. A difusão e adesão de teorias liberais no século XVIII, no período que posteriormente ficaria conhecido por Iluminismo, põe em cheque o absolutismo.

E com a ascensão da burguesia há a concessão de liberdades individuais inteiramente novas com a proclamação de diversas declarações – destaca-se a Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, na França. É no século XVIII também que ocorre a proclamação de independência das Trezes Colônias na América do Norte, tendo como documento marcante a Declaração da Independência dos Estados Unidos frente à antiga colônia.

Voltando a Inglaterra, desta vez no século XIX e profundamente marcada pela Revolução Industrial, a publicação de “O Manifesto Comunista” – publicado por Marx, com coautoria de Engels em 1848 - é considerado pelos estudiosos um momento crítico, revelando as reais condições de trabalho a que eram submetidos os operários. O tratado político tira da abstração os anseios da classe trabalhadora, dando a ela voz e expressão diante dos detentores dos meios de produção.

Houve clamor por novas aquisições direitos voltados a base da pirâmide social, a



ideia é revolucionária sob a ótica de que a partir de então garantias fundamentais não seriam restritas somente a aristocracia local, os burgueses, os funcionários liberais, o clero ou membros do executivo. Durante todo o século XIX, ocorre a independência de diversos países da América Hispânica e a promulgação de suas respectivas constituições. O Brasil se junta a eles em 7 de setembro de 1822.

Por fim, a noção de Estado Social remete a Europa do começo do século XX. No momento imediatamente posterior à 1ª Guerra Mundial, no qual se constatou necessidade de maior intervenção socioeconômica, através de pactos e acordos diplomáticos, no amparo dos mais pobres para que as nações se reerguessem em contraposição a postura absentista anterior dos estados liberais. A primeira constituição tida como social data de 1917, no México.

Infelizmente, já chegando à segunda metade do mesmo século, o mundo fica perplexo ao descobrir os horrores perpetrados pelo regime nazista no fim da 2ª Guerra Mundial. Essa ramificação do fascismo programou outro nível de violência estatal jamais visto na história recente da humanidade: o genocídio de minorias consideradas “indesejadas” pela alta cúpula do governo, sobretudo as pessoas com ascendência semita. Sendo esse o fato que ensejou a Declaração Universal de Direitos Humanos e a criação da ONU.

Já a nível nacional, a preocupação com garantias sociais mínimas é vista pela primeira vez na promulgação da Constituição de 1934, que foi redigida com inovações que buscavam assegurar os cidadãos condições de sobrevivência, subsistência e materialidade para uma vida digna. Surgiu então o protótipo do Estado Social no Brasil, visando a justiça e o bem-estar social é estabelecido o Princípio da Proibição do Retrocesso, sendo encargo de o poder judiciário zelar por diretrizes constitucionais, proteger de arbítrio legislativo direitos sociais consolidados e/ou se opor a ações reacionárias que podem garantir garantias fundamentais concedidas a população. As constituições que o país possuiu anteriormente eram marcadas pelo patrimonialismo e defesa da propriedade privada.

Porém, em 31 de março de 1964 é instaurado em território brasileiro um regime autoritário que, posteriormente, ficaria conhecido por Ditadura Militar. Perdurando por mais de duas décadas, o regime rompeu com a linearidade de aquisição de direitos sociais no país, dentre eles o direito a amparo assistencial e previdenciário – as prestações assistenciais da época são obscuras e ambíguas.

Historicamente é considerado um período traumático que somente se findou em 1985. Tendo por plano de fundo esse contexto social, a redemocratização do Brasil encontrou base sólida somente na promulgação da Constituição Federal de 1988 – que ficaria conhecida por “constituição cidadã”, fruto de dois anos de Assembleia Nacional Constituinte presidida por Ulysses Guimarães.

3.2 Como a Reforma da Previdência Afronta a Vedação ao Efeito *Cliquet*

Ocorre que a Reforma da Previdência, idealizada na PEC 287/2016 - sob o preâmbulo de tornar equilibrado o financeiro e atuarial do Governo no que se refere a previdência e assistência social - tramitou no Congresso Nacional promovendo alterações nos artigos 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição Federal. Para se ativer ao que foi alegado como modelo sustentável, foi desvinculada do salário-mínimo o Benefício da Prestação Continuada (o LOAS), houve alteração na idade mínima para obtenção de benefícios, aumento no período contributivo, novas hipóteses de não cumulação de benefícios e diminuição acentuada do benefício da pensão por morte.

Entretanto, há muito que ser apontado pela doutrina como evolução reacionária vez que não foram apresentadas análises contundentes do impacto e do impacto constitucional da supracitada Reforma. É possível argumentar bastante até que o mérito da questão se esgote sobre como a alteração da norma de proteção ao princípio da fere o princípio da dignidade da pessoa humana (intimamente correlacionado com o princípio da dignidade humana) que, devia proteger o retrocesso social no Brasil e assim proteger os princípios constitucionais anteriores que tinham por bojo norma constitucionais e passam a ser degradados.

Diligência é um compromisso sério assumido por qualquer Estado Social. Sendo assim, para ter status de tal, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário devem se ater a uma agenda programática que tenha por vetor ampliar conquistas e não as suprimir. Uma Constituição é, dentre de outras coisas, um compromisso firmado para com a sociedade com proposições políticas e sociais para todos e não somente os poderosos. Sendo assim, os Três Poderes deveriam se submeter às normas-meios e normas-fim que balizam a atuação pública do ente federado. Direitos individuais tem aplicação imediata e direta, são também subjetivos e, por consequência, exigem atuação positiva do ordenamento pátrio.

A vedação do efeito "cliquet", ou melhor, dizendo o princípio da vedação do retrocesso social, tem por consequência blindar a matéria social da constituição da aniquilação via administração pública, inobservância de todos os setores judiciários e atuação chula do legislador ordinário. A Constituição Brasileira tem o dever de promoção de justiça social, defesa essa que precisa de regulamentação por lei posterior, atividades de cunho prescricionais do governo necessita de do "interpositivo legislatoris". O ponto de impasse da questão é que mesmo não aplicação irrestrita, pois não existe direito absoluto, o referido princípio serve de cerne para que não haja contrarrevolução e invasão do legislativo no básico mínimo para que alguém tenha condições materiais mínimas para sobreviver.

Por obvio, é de suma importância destacar que a aprovação da Reforma da Previdência - conhecida atualmente por EC nº 103/19 - abriu precedente para retrocessos na efetivação de direitos frente ao poder público. Já que foi feita a redução da eficácia de ditames constitucionais uma vez, nada impede que ocorra novamente. A fórmula de como enxugar receita e estabelecer tetos de gastos públicos em detrimento das camadas mais pobres da população já se apresenta. Futuramente outras prestações públicas podem entrar no foco. O SUS, por exemplo, pode deixar de prestar cirurgias eletivas ou fornecer remédios para enfermidades graves. Podem ser deixados de serem criados novos programas assistenciais e até as prestações já existentes podem ser cessadas.



4. A CONSONÂNCIA DAS ALTERAÇÕES COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

No período imediatamente posterior a pandemia de COVID-19, muito são os desafios para a retomada da normalidade. Altos índices de desemprego, a desvalorização do real frente ao dólar – foi a moeda que mais perdeu poder de compra durante o período - e os patamares inflacionários alarmantes são exemplos de desafios que despontam e obstaculizam que o brasileiro médio tenha acesso a melhores e mais dignas condições de vida.

Máximas norteadoras são fundamentais em momentos de crises múltiplas e generalizadas como o que estamos vivendo. A alternativa mais sensata dentre as possíveis, muito provavelmente, é a revisitação do texto constitucional que versa sobre o direito previdenciário além, claro, da interpretação doutrinária.

4.1 A Suplementação de Direitos Sociais em Prol do Liberalismo

No momento da propositura da EC nº 103, ainda como PEC, o governo propôs a Reforma da Previdência em razão do – em maior parte - aumento da expectativa de vida das pessoas que estão vivendo no país, a diminuição do número de nascimentos e as novas conjunturas demográficas decorrentes das últimas décadas.

Alegaram o real risco de colapso do sistema previdenciário brasileiro e, por consequência, o risco de insuficiência de recursos para a prestação social. Já projetando que o número de contribuintes nos próximos anos será insuficiente para o pagamento dos beneficiários, que além os últimos poderem ultrapassar em números absolutos os primeiros poderá contar com maior longevidade.

A proposta alegava, dentre outras coisas, que o déficit do Benefício da Prestação Continuada - que é assistencial e sem caráter contributivo – não tem receita própria, somente representa despesa. Que quase $\frac{1}{4}$ dos valores gastos que o governo tinha com a previdência eram pagos à título de pensão por morte. A informação mais precisa é que o benefício levava 24% (vinte e quatro por cento) do gasto anual.

Como consequência, a EC ocasionou a desvinculação das LOAS ao salário mínimo e passou somente a corresponder a um percentual do mesmo, visando à maior adesão de pessoas ao RGPS. A pensão por morte passou a ser não ser acumulável com outros benefícios, sobretudo com a aposentadoria em nome próprio. Tendo agora como valor fixo de partida de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, sendo acrescido o benefício em 10% (dez por cento) a cada dependente do “de cujus” e tendo o teto de 100% (cem por cento).

É alarmante que o Brasil tenha aberto mão de compromissos anteriormente firmados para se adequar melhor ao modelo econômico do liberalismo, que por sua vez ante de tudo sempre prioriza o grande capital. A teoria tríplice adotada, para o custeio da previdência social, elenca empregado, empregador e Estado como responsável do sistema previdenciário atuando.

A Reforma parece ter sido manobra para o governo se exonerar da responsabilidade de fomentar outras formas de auferir receita e as vincular ao custeio da previdência e aumentar a arrecadação através das contribuições sociais. No entanto, foram mantidas desonerações e renúncias tributárias vinculadas aos fundos do INSS. É possível deduzir então que foi preferível pelos poderosos transferir o ônus orçamentário ao trabalhador comum e os mais vulneráveis.

4.2 O que o Exemplo do Chile pode nos Acrescentar e as Disposições Contidas no Estatuto do Idoso

Usando como modelo referencial o Chile, país latino-americano como o Brasil que passou por uma mudança na sua previdência similar a nossa, segundo o Andreas Uthof cerca de 80% da população recebe menos de um salário mínimo de aposentadoria e há ainda um recorte ainda mais dramático: 44% dos idosos chilenos vivem abaixo da linha de pobreza. Há uma seria discrepância entre o que se encontra contida em lei e a realidade tal qual ela se manifesta. Presumir que alguém pode viver com um valor irrisório não torna essa máxima verdadeira.

A ampla maioria da população do país não conta com a aposentadoria especial dos cargos públicos dotados de prestígio, das altas cúpulas do judiciário e do legislativo – aqui há a manifestação curiosa de um tipo específico de patriotismo tupiniquim, que andam em voga: exijo sacrifício alheio, nunca sugiro fazer os meus próprios.

Apenas aumentar o número de vulneráveis e deslocar uma parte deles da Previdência Social para a Seguridade Social. É inviabilizar uma massa populacional que não vai conseguir ter um trabalho formal ou contribuir de forma individual para o INSS – explica-se: o endurecimento de regras estabelecido pela reforma da previdência dificulta o que já é complexo. Sendo o sacrifício de direitos sociais sem uma justa contrapartida.

Em um país conhecido internacionalmente pelos grandes escândalos de corrupção, pelos políticos que confundem os bens públicos com os seus próprios bens e que vive em sucessivas e paralelas crises, o poder administrativo e o legislativo prefere pegar o atalho antes mesmo de tentar as demais opções. O estado de coisas é mantido deixando os privilegiados ainda mais intocáveis e a base da população com a situação mais restrita.

O Estatuto do Idoso prevê proteções a população mais senil e, dentre os direitos que optou por prestigiar, dotou o acesso à previdência e à assistência social de grande importância. Art. 29, caput da lei 10.741/2003: Os benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral da Previdência Social observarão, na sua concessão, critérios de cálculo que preservem o valor real dos salários sobre os quais incidiram contribuição, nos termos da legislação vigente.

A previdência social, tal como se positiva no art. 6º da CF, é um direito social fundamental: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Com caráter mais abrangente a seguridade social situa-se no art. 194, da CF: Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado

de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Envelhecer é um ato tão vulnerável quanto crescer se há consenso de que uma criança precisa de pensão para a manutenção de seu bem-estar, o mesmo pode ser dito sobre um idoso. Com o acréscimo da informação de que é injusto com alguém que produziu riqueza, e auxiliou a movimentar a economia, no ápice do sua vigor físico seja desamparado quando não esteja mais em situação de fazê-lo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde seu macrocosmo e objetivo direto que é o panorama histórico da efetivação de direitos previdenciários e como as modificações promovidas pela EC nº 103/2019 impactam diretamente na vida dos brasileiros que só podem contar e precisam – ou virão a precisar – da previdência pública. Foram esmiuçados os objetivos específicos e as ramificações dos seus microcosmos. Diante de tudo o que foi exposto, o trabalho satisfaz através de reflexão e exposição exaustiva sobre a temática a qual prestar maiores elucidaciones.

Primeiramente, foram explanadas quais alterações foram promovidas na letra de lei. Ação que se deu pela observação minuciosa de como acontecia anteriormente e o que se dá ulteriormente na vigência da nova lei. Visando assim deixar às claras e fornecer uma fonte de explicação acadêmica que fosse ao mesmo acessível e completo. Ao longo de nove tópicos, ponto a ponto as novas diretrizes permanentes que condicionam e restringem o acesso a benefícios previdenciários foram vencidas e explicadas.

Por efeito, foram enumeradas quais consequências da efetivação gradual das novas regras previdenciárias na vida dos funcionários do setor privado, ingressos no RGPS, e os servidores públicos, ingressos no RPPS, que se submetem a elas. Através deste exercício de pensamento, lançando mão do método do panorama histórico e colocando a problemática sob o prisma da vedação ao “efeito cliquet” no que se refere a direitos difusos e sociais o presente trabalho ganhou substância.

Com o amadurecimento através da intensa pesquisa realizada, balizada pela norma constitucional, houve expansão do entendimento da importância de se lançar luz à temática – através de muita reflexão. O mérito do assunto devido a sua própria natureza dinâmica não se esgota fácil, entretanto foi produzido nessa tese o conhecimento abrangente referente à matéria que lhe era cabível. Seu proposito foi cumprido.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

CARBONE, Célia Opice. **Seguridade Social no Brasil: ficção ou realidade?** 1ª Edição. Editora Atlas S.A. São Paulo, 1994.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito da seguridade social.** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KERTZMAN, Ivan. **Entendendo a Reforma da Previdência.** 1ª Edição. Editora Juspodivm. Salvador, 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 7ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2010.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; MACHADO DA ROCHA, Daniel; KRAVCHYCHYN, Gisele. **Comentários à Reforma da Previdência.** 1ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2019.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário.** 23ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 2020.



CAPÍTULO 15

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS EM BRANCO

UNCONSTITUTIONALITY OF BLANK CRIMINAL LAWS

Marcos Gabriel dos Reis Oliveira Ribeiro¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

A norma penal em branco é aquela que necessita de complementação em seu preceito incompleto, genérico ou indeterminado. Essa complementação pode advir de uma lei ou de um ato administrativo. O objetivo central deste trabalho é abordar e analisar sobre a inconstitucionalidade da norma penal em branco quando o seu preceito é complementado por um ato administrativo. Já que a Constituição Federal reserva a criação de crime e a cominação de penas a lei estrita. Propõe, assim, apresentar reflexões e analisar os impactos no Direito Penal, baseado no princípio da legalidade.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade, Princípio da Legalidade, Norma penal em branco, Direito Penal.

Abstract

The blank penal norm is one that needs complementation in its incomplete, generic or indeterminate precept. This complementation may come from a law or an administrative act. The main objective of this work is to approach and analyze the unconstitutionality of the blank criminal norm when its precept is complemented by an administrative act. Since the Federal Constitution reserves the creation of crime and the imposition of penalties to strict law. It is therefore proposed to present reflections and analyze the impacts on Criminal Law, based on the principle of legality.

Keywords: Unconstitutional, Principle of Legacy, Criminal Law in Blank, Criminal Law.



1. INTRODUÇÃO

Este trabalho, tem como objetivo tratar acerca da inconstitucionalidade da norma penal em branco, com epígrafe na norma penal em branco heterogênea.

Inconstitucional é tudo aquilo que vai contra o que está expresso na Constituição. A Constituição é a nossa Lei Maior, portanto, todas as demais normas devem se submeter a ela, devem ir de acordo com aquilo que está expresso na Magna Carta.

E a nossa Constituição Federal, traz expresso em seu artigo 5º, inciso XXXI, o princípio da estrita legalidade ou da reserva legal, que diz, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal:

“Art. 5º (...)

XXXI - não há crime sei lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Segundo Guilherme de Souza Nucci, este princípio diz que os tipos penais, somente podem ser criados através da lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitando o procedimento previsto na Constituição:

“Este princípio trata-se de fixador de conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através da lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitando o procedimento previsto na Constituição [...]” (NUCCI, 10. ed, p. 62, 2014).

Nesse cenário reside o foco central do estudo, visando fomentar uma discussão acerca da inconstitucionalidade dos crimes previstos em normas penais em branco heterogêneas, que são complementadas por norma infralegal, ou seja, o complemento normativo pode advir de outro diploma legal ou de atos administrativos, neste último caso, indo de encontro com o princípio da legalidade.

Assim, faremos uma análise teórica acerca da inconstitucionalidade da norma penal em branco heterogênea, utilizando-se de conceitos, princípios e institutos, buscando evidenciar como sua aplicação podem gerar insegurança ao nosso ordenamento jurídico..

2. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL OU ESTRITA LEGALIDADE

O princípio da reserva legal está expresso no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que preceitua que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. E está expresso também no art. 1º do Código Penal, que diz que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Segundo Cleber Masson, este princípio diz que é de exclusividade da lei criar delitos e cominar penas:

“Preceitua, basicamente, a exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal” (MASSON, 2019, p.75).

Então, somente a lei poderá criar delitos, impor deveres, vedações, ficando assim o indivíduo vinculado aos comandos legais, pois ela é única fonte do direito penal quando se quer proibir ou impor condutas, como leciona Rogério Greco:

“A lei é a única fonte do direito penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal” (GRECO, 207, p. 174).

Portanto, somente a lei pode definir crimes e impor sanções, ficando vedado esta competência a qualquer outra fonte. Como assevera Damásio de Jesus:

“Somente a lei pode definir crimes e impor sanções penais, sendo vedado esse poder a outras fontes, como as medidas provisórias, ainda que beneficiem o agente” (JESUS, 2020, p. 120).

Os delitos em regra são instituídos por leis ordinárias. E estará expresso na Constituição Federal as hipóteses em que a Lei Complementar poderá desempenhar a mesma função e as hipóteses em que não se encaixa a criação de crimes e cominação de penal de tal espécie legislativa:

“No Brasil, os crimes (e as contravenções penais) são instituídos por leis ordinárias. Em tese, nada impede o desempenho dessa função por lei complementar. Mas, como se sabe, a Constituição Federal indica expressamente as hipóteses de cabimento de tal espécie legislativa, entre as quais não se encaixam a criação de crimes” (MASSON. 2019, p. 75).

Segundo o art. 62, § 1º, I, alínea b, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medida provisória sobre matéria:

(...)

I – Relativa a:

(...)

b) direito penal, processual penal e processual civil.

Mas segundo Cleber Masson, historicamente o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que as medidas provisórias podem ser utilizadas na esfera

Penal, desde beneficie o agente.

“É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal (CF, art. 62, §1º, I, alínea b), seja ela prejudicial ou mesmo favorável ao réu. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal historicamente firmou jurisprudência no sentido de que as medidas provisórias podem ser utilizadas na esfera penal” (MASSON, 2019, p.75).

Segundo Rogério Greco (2019) o princípio da reserva legal possui quatro funções fundamentais, sendo elas: proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); proibir o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) e proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

3. NORMAS PENAIS EM BRANCO

Normas penais em branco são aquelas que necessitam ser complementada por outro diploma legislativo (leis, decretos etc.) para que possam ser compreendidas por completo, como leciona Rogério Greco:

“Normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de outro diploma – leis, decretos, regulamentos etc. – para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível a sua aplicação” (GRECO, 2017, p.98).

As normas penais em branco necessitam dessa complementação, porque o seu preceito primário é incompleto. Conforme leciona Cleber Masson:

“A Lei penal em branco é também denominada de cega ou aberta, e pode ser definido como a espécie de lei cuja definição da conduta criminosa reclama de complementação, seja por outra lei, seja por ato da Administração Pública. O seu preceito secundário é completo, o que não se verifica no tocante ao primário, carente de implementação” (MASSON, 2019, p.167).

Um exemplo de norma penal em branco é o artigo 33 da Lei n. 11.343/2016 (Lei de Drogas) que típica o tráfico ilícito de drogas, com pena de reclusão, de 5 a 15 anos, além de multa, para quem “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente.” A sanção é determinada, mas a definição do crime é incompleta, porque não tipifica e nem defini o que é drogas, por isso, no momento da aplicação da lei faz se necessário que o aplicador da lei penal a complemente com outra norma jurídica que defina e esclareça quais são drogas tipificada pelo artigo 33 da Lei n. 11.343/2016, como leciona Cleber

Masson:

“Suponhamos que alguém seja preso em flagrante, por ter sido encontrada em seu poder relevante quantidade de determinada droga. O crime tipificado pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2016, constitui-se em lei penal em branco, pois a sua descrição fala somente em “droga” e a classificação de determinada substância nessa categoria depende de enquadramento em relação constante de Portaria editada pelo Poder Executivo Federal” (MASSON, 2019, p. 183).

A doutrina divide a norma penal em branco em dois grupos:

- a) normas penais em branco homogêneas ou em sentido lato;
- b) normas penais em branco heterogênea ou em sentido estrito;

Segundo Damásio de Jesus (2020) “normas penais em branco em sentido lato são aquelas em que o complemento é determinado pela mesma fonte formal da norma incriminadora. O órgão encarregado de formular o complemento é o mesmo órgão elaborador da norma penal em branco. Há, pois, homogeneidade de fontes, não obstante a norma depender de lei extrapenal para complementar-se.”

Portanto, a norma penal homogênea é aquela em que é complementado por uma norma da mesma fonte legislativa, Segundo Damásio (2020), a norma penal em branco se subdivide em “homovitelina, quando o complemento encontrar-se no mesmo diploma legal, e heterovitelina, quando o complemento estiver em outro diploma legal.”

Damásio (2020) define como norma penal em branco em sentido estrito “aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância legislativa. As fontes formais são heterogêneas, havendo diversificação quanto ao órgão de elaboração legislativa.”

Cleber Masson (2019), nos traz mais uma classificação que seria as normas penais em branco ao avesso, que são aquelas em que seu preceito primário é completo, mas o preceito secundário depende de complementação. Então diferente dos tipos de normas penais em branco citados anteriormente em que o complemento é no preceito primário, nas normas penais em branco ao avesso, temos o complemento no preceito secundário:

“nas leis penais em branco ao avesso – aquelas em que o preceito primário é completo, mas o preceito secundário depende de complementação – a revogação do complemento inviabiliza a punibilidade. Embora a conduta criminosa tenha perfeita descrição normativa, não será possível a imposição de pena, diante da lacuna legislativa a seu respeito” (MASSON, 2019, p. 184).



4. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL EM BRANCO

4.1 Inconstitucionalidade

Segundo Lúcio Bittencourt (1949) “a inconstitucionalidade é um estado – estado de conflito entre uma lei e a Constituição”. Portanto, inconstitucional é aquilo que está em conflito com a constituição, desrespeita os princípios e as normas expressa na Constituição, resumidamente, é aquilo que vai em sentido contrário ao que está expresso na Magna Carta.

4.2 Inconstitucionalidade da Norma Penal em Branco Heterogênea

Segundo o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, é de competência da União legislar sobre matéria de Direito Penal, ou seja, do Poder Legislativo representado pelo Congresso Nacional. Então para que seja criada uma nova lei penal, ela precisa passar por um processo previsto na Constituição Federal e ser aprovado nas duas Casas do Congresso nacional.

Art. 22: Compete a União legislar sobre:

I – direito civil penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, espacial e do trabalho.

E como vimos anteriormente, segundo o Princípio da Legalidade expresso no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, somente a lei em sentido estrito pode criar delitos e cominar penas. Ou seja, a reserva da lei é absoluta, porque a Carta Magna prever somente, que a lei (lei em sentido formal) pode tratar do Direito Penal, nesse sentido, leciona Nilo Batista (1990):

“A ideia de “reserva absoluta” arranca a proposição de que “a intervenção repressiva em matéria penal seja sempre o produto da dialética democrática no seio do Parlamento”, pois quando se trata de equilibrar os valores da segurança pública face à liberdade individual, deve considerar-se que “o procedimento legislativo, mesmo com suas imperfeições e lentidão, é ainda o mais idôneo para garantir tais bens”.

Diante disso, a questão que se coloca é se a norma penal em branco heterogênea viola ou não princípio da legalidade, visto que sua complementação advém de fonte legislativa diversa da norma que a editou, permitindo que o Poder Executivo crie condutas típicas por meio de um simples ato administrativo.

Greco (2011), entende que sim, visto que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de leis são submetidos a apreciação de ambas as Casas do Congresso, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado pelos seus Deputados, bem como as dos Estados, representados pelos seus Senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contrapesos.

Nilo Batista, Zaffaroni e Alagia Slokar, também vão nesse sentido, quando asseveram:

“Não é simples demonstrar que a lei penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucional proibida. Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legislante penal, ao passo que quando tanto a lei penal em branco quanto a sua complementação emergente da fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição da potestade legislativa estabelecida nas normas fundamentais. O argumento é válido, mas não resolve o problema. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes: hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais, como fruto de uma banalização e administração da lei penal. A massificação provoca uma mudança qualitativa: através das leis penais em branco o legislador penal está renunciado à sua função programadora de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do Poder Executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da última ratio, própria do estado de direito.”

Faz-se necessário também mencionar a lição de Grégore Moura (2015), que ensina:

(...) fere-se o princípio da legalidade estrita, pois permite que decretos, portarias, entre outros, instituem crimes e cominem penas; abre uma enorme margem de discricionariedade para o Poder Executivo (grifo nosso), o qual já se comprovou o seu descaso em relação aos direitos fundamentais do cidadão (vale ressaltar que, na maioria das vezes, é o responsável pelo complemento das normas penais em branco); o Poder Executivo, é altamente suscetível às pressões políticas, bem como às pressões da opinião pública, o que gera normas técnicas; abrem margem à criação de um Direito Penal de exceção; geram insegurança jurídica no cidadão, pois se já é difícil para destinatário da norma penal conhecer a lei penal, ainda mais difícil se torna o conhecimentos de decretos e portarias e etc.”

A norma penal em branco, traz consigo a insegurança jurídica, por ser complementada por uma fonte inferior e fora do princípio supramencionado, retirando do Poder Legislativo esta função que lhe é conferido e passando-a ao Poder Executivo, poder este, suscetível a pressões políticas e opiniões públicas. E por ser uma norma indeterminada

Outro ponto a se destacar é que a doutrina defende que a lei penal deve ser taxativa, fechada e clara, de forma que o destinatário possa compreendê-la, sendo vedada, a criação de tipos penais vagos, indeterminados ou imprecisos. Nesse sentido Zaffaroni (2001) diz que “embora a lei penal se expresse por meio de palavras e as palavras não sejam totalmente precisas, é preciso que se exija do legislador que esgote todos os recursos técnicos para outorgar a maior precisão possível para sua obra. Daí não basta que a criminalização primária se formalize numa lei, mas que está deve-se fazer de forma taxativa e com a maior precisão técnica possível”

Então para que se garanta a segurança jurídica, o tipo penal não poder ser aberto ou indeterminado, o que é o caso da norma penal em branco heterogênea.

Portanto, fica evidente que a norma penal em branco heterogênea é inconstitucional,



porque fere o princípio da legalidade, tendo em vista, que será complementada por uma norma que não é considerada lei em sentido estrito.

Apesar de todos esses fatos e a argumentos apresentados, vigora no direito penal, o entendimento majoritário de que a normal penal em branco é constitucional, sob o argumento de que não é possível o legislador prever todas as situações fáticas aplicáveis. Nesse sentido a Lei Penal em branco seria útil, devida a facilidade de alteração da realidade normativa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter pacificado o tema consagrando a constitucionalidade da norma penal em branco heterogênea. Diante de tudo que foi exposto nesse trabalho entendemos, pela inconstitucionalidade da normal penal em branco, por ferir visivelmente o princípio da legalidade previsto no artigo 5º da Carta Magna, que defende que somente a lei em sentido estrito, ou seja, lei ordinária ou complementar, pode criar delitos e cominar penas. Nesse sentido assevera, Paulo Queiroz:

“Temos que as leis penais em branco que remetem o complemento a norma inferior são inconstitucionais, por implicarem clara violação do princípio da reserva legal e da divisão de Poderes”.

Entendemos pela inconstitucionalidade da norma penal em branco heterogênea por abrir margem para que o Poder Executivo institua crimes e comine penas, através de regulamento, portarias, decretos, entre outros, gerando assim normas técnicas, trazendo insegurança jurídica ao cidadão. E ferindo o artigo 22, inciso I da CF, que prever que a competência para legislar sobre Direito Penal é do Poder Legislativo e não do Poder Executivo.

Porém, a doutrina majoritária entende pela constitucionalidade da norma penal em branco, sob o argumento de que o legislador por não conseguir prever todas as situações fáticas da vida social, permite a ampliação da abrangência da norma penal. No entanto isso não justifica a criação de novas figuras atípicas pelo Poder Executivo.

A legalidade penal impõe reserva absoluta da lei, o fato de o legislador não conseguir prever todos os fatos concretos, não enseja na delegação dessa competência exclusiva ao Poder Executivo.

E a discussão aqui, não é se o legislador consegue prever ou não todos fatos concretos, mas o que se discute é se as normas penais em branco heterogêneas respeito os Princípios Constitucionais. É isso o que aqui se discute, e como demonstramos ela não respeita, por isso, defendo nesse trabalho a sua inconstitucionalidade, por ultrapassar os limites da reserva absoluta da lei, da competência exclusiva do legislativo. Portanto mesmo que a intenção seja nobre, isso não exclui a inconstitucionalidade que existe na norma penal em branco.

Referências

- AGUIAR, Bruna Martins. **Norma penal em branco heterogênea: uma análise sobre a insegurança jurídica no âmbito constitucional**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, n. 25, p. 34-53, 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.
- BARBOSA, Luiz Henrique Lucas. **As normas penais em branco e o Princípio da Legalidade**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 22, n. 42, p. 199-223, 2018.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BITTENCOURT, CA Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, v. 16, p. 374-375, 1949.
- CUNHA, Luiz Fontura da. **Normas penais em branco: uma breve análise sobre a sua constitucionalidade**. Direito Público. Porto Alegre, ano 8, n.39, p. 113-134, maio/jun. 2011.
- DE ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim. **Controvérsias atuais acerca das normas penais em branco**. Revista Jurídica, v 26, n. 10, p. 36-69, 2011.
- FOLMER, Lucas Ian Thiel; ENGEL, Everton Luis Simon. **Normas Penais Heterogêneas e o Princípio da Legalidade**. Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste, v. 4, p. e21234-e21234, 2019.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal: parte geral, volume I**. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- GIAMO, Mello. **Da inconstitucionalidade da norma penal em branco**
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume I: parte geral**. São Paulo: Saraiva 2013.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MEDEIROS, Ariadny Mayara Chaves; MORAIS, George de Castro. **Da Inconstitucionalidade das normas penais em branco heterógenas**. Revista de Direito e Liberdade, v. 8, n. 1, p. 31-46, 2009.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2020.
- DE MOURA, Grégore Moreira. JUDICIAL REVIEW NOS TRIBUNAIS MAÇÔNICOS. **O CONSTITUCIONALISMO**, p. 125, 2015.
- NINO, Carlos Santiago. **Debate com Eugênio Raúl Zaffaroni**. Disponível em [www. stafforini.com/nino/zaffaroni1.htm](http://www.stafforini.com/nino/zaffaroni1.htm), acessado em 12 de agosto de 2008. Publicado originalmente em No hay derecho, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26. Abertura de Carlos Santiago Nino, resposta de Eugênio Raúl Zaffaroni, réplica e tréplica.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e outro. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

CAPÍTULO 16

A IMUNIDADE PARLAMENTAR SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE JURÍDICA

*PARLIAMENTARY IMMUNITY FROM THE PERSPECTIVE OF THE 1988
FEDERAL CONSTITUTION: A LEGAL ANALYSIS*

Lidiane Colares Rebelo¹
Neemias de Araújo Pinto¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

A Constituição Federal de 1988 trouxe algumas prerrogativas que se estendem aos parlamentares em razão do ofício ocupado por estes cidadãos que foram eleitos como representantes do povo brasileiro, de forma que deputados ou senadores, em regra, não poderão ser responsabilizados em âmbito civil ou penal por suas opiniões, palavras e votos. Destarte, para que tal garantia possa ser invocada, o parlamentar deverá encontrar-se no exercício de suas funções, ou seja, no exercício de seu mandato, de maneira que, caso encontre-se afastado, o mesmo já não poderá contar com tal proteção constitucional. Ocorre que, atualmente, esta imunidade parlamentar passou a ser questionada em razão de diversas polêmicas e supostos excessos cometidos por alguns parlamentares, levando assim ao questionamento sobre qual o real significado e efeitos desta garantia sob a ótica da Carta Magna. Diante disso, o presente trabalho detém como principal objetivo discutir sobre a real efetividade da garantia de imunidade parlamentar sob a ótica da Constituição Federal de 1988. Para tanto, será adotado como procedimentos metodológicos o uso da abordagem qualitativa, perfazendo-se pelo caráter descritivo, de modo a proporcionar uma compreensão geral sobre o assunto em discurso. Logo, considera-se que será evidenciada as mais prevaletentes disposições, definições e teses a respeito deste tema.

Palavras-chave: Análise jurídica, Constituição Federal de 1998, Imunidade parlamentar.

Abstract

The Federal Constitution of 1988 brought some prerogatives that extend to parliamentarians due to the office occupied by these citizens who were elected as representatives of the Brazilian people, so that deputies or senators, as a rule, cannot be held liable in the civil or criminal sphere for your opinions, words and votes. Thus, for such guarantee to be invoked, the parliamentarian must be in the exercise of his functions, that is, in the exercise of his mandate, so that, if he is removed, he will no longer be able to count on such protection constitutional. It so happens that, currently, this parliamentary immunity has come to be questioned due to various controversies and alleged excesses committed by some parliamentarians, thus leading to the questioning of the real meaning and effects of this guarantee from the perspective of the Magna Carta. Therefore, the main objective of this work is to discuss the real effectiveness of the guarantee of parliamentary immunity from the perspective of the 1988 Federal Constitution. so as to provide a general understanding of the subject in speech. Therefore, it is considered that the most prevalent provisions, definitions and theses regarding this topic will be highlighted.

Keywords: Legal analysis, Federal Constitution of 1998, Parliamentary immunity.



1. INTRODUÇÃO

De acordo com entendimento doutrinário majoritário, a imunidade parlamentar trata-se de uma prerrogativa em razão da função, na qual em tese seria absolutamente inviolável. Porém, recentemente, passou a ser questionado a respeito da possibilidade de sua mitigação para a responsabilização dos parlamentares frente a uma possível atuação arbitrária dos membros do legislativo.

Diante da relevância deste tema, justifica-se a realização de uma análise jurídica a respeito do caráter absoluto das imunidades parlamentares sob a ótica da Constituição Federal de 1988, uma vez que se trata de uma questão de grande pertinência social e jurídica.

Diante disto, se demonstra pertinente questionar: Qual a eficácia da imunidade parlamentar sob a ótica da Constituição Federal de 1988? Além disso, destaca-se que a pesquisa em tela poderá trazer contribuições para a sociedade e comunidade acadêmica ao propor um melhor entendimento acerca do tema, esclarecendo ideias e demonstrando posicionamentos favoráveis e contrários a questão em discussão.

Considerando tais questões, foi adotado como objetivo geral, discutir sobre a real efetividade da garantia de imunidade parlamentar sob a ótica da Constituição Federal de 1988, bem como definiu-se como objetivos específicos, demonstrar o contexto histórico da imunidade parlamentar, discutir sobre a imunidade parlamentar segundo a Constituição Federal de 1988, e ainda, realizar uma análise jurídica sobre os principais argumentos doutrinários e jurisprudenciais sobre este tema.

Com o intuito de ser realizado um estudo bibliográfico, foi adotado como procedimentos metodológicos o uso da abordagem qualitativa, perfazendo-se pelo caráter descritivo, de modo a proporcionar uma compreensão geral sobre o assunto em discurso. Nesse sentido, foi realizada a localização de artigos científicos, bem como, leis, e decisões judiciais pertinentes, buscando-se a partir disso, auferir quais os principais posicionamentos adotados pelos juristas brasileiros.

2. CONCEPÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A IMUNIDADE PARLAMENTAR

O presente capítulo visa abordar sobre algumas das concepções fundamentais inerentes a imunidade parlamentar, destacando-se o seu contexto histórico em um cenário mundial, bem como a sua evolução perante as constituições brasileiras, desde a Carta Magna de 1824 até as previsões contidas na Constituinte de 05 de outubro de 1988, destacando-se, em especial, as motivações que levaram a perpetuação de tais direitos que são pertinentes a este cargo político dos membros do legislativo, os quais, dentre um período histórico e outro, por vezes foram ameaçados, mas que acabaram sendo mantidos até os tempos atuais.

2.1 Contexto histórico

Há de se mencionar inicialmente que a origem da imunidade parlamentar não é algo tido como unânime pelos doutrinadores brasileiros, de modo que, determinados registros históricos demonstram características do seu surgimento em períodos distintos.

Para autores como Tavares (2020) a imunidade parlamentar teria surgido na civilização greco-romana (entre 800 a 140 a.C), enquanto outros como Lenza (2020) acreditam ter sido durante o período medieval inglês (entre os séculos V e XV) e a partir daí sendo adotada e adaptada pelas sociedades posteriores.

Todavia, entende-se majoritariamente que o principal período histórico responsável pela fundação e difusão mundial deste instituto foi na França, no período de pós-revolução, por meio do Decreto de 20 de junho de 1789 através da primeira Assembleia Nacional Francesa, em que se definiu a pessoa de cada Deputado francês era inviolável, surgindo assim, a imunidade.

Destarte, afirma Bonavides (1991) que foi a partir da Constituição Federal Francesa, de 03 de setembro de 1791 que os parlamentares passaram a ocupar uma posição de destaque em relação aos demais poderes, bem como que o seu texto exerceu grande influência sobre as Constituições Brasileiras, as quais serão estudadas a seguir.

De tal modo, afigura-se que tais imunidades se dão não em razão da pessoa, mas sim, em face de tamanha responsabilidade e notoriedade advindas do cargo ocupado pelo cidadão, justificando assim, um tratamento diferenciado para os parlamentares no exercício de suas funções, sem que isto represente ofensa à isonomia.

2.2 Constituição de 1824

A primeira Constituição, outorgada em 25 de março de 1824, e que também fora inspirada na Constituição Francesa, trazia a inviolabilidade e a improcessabilidade dos parlamentares.

Assim, afirma Bonavides (1991), que tal Constituição trazia em seu texto tanto a previsão legal da imunidade material, ou seja, referente à suas ações, palavras e votos enquanto no desempenho de suas funções no Parlamento, quanto da imunidade formal, impedimento de prisão, com exceção em flagrante delito, segundo o próprio texto, com exigência de que a Câmara de origem fizesse a competente autorização para que o parlamentar pudesse ser processado criminalmente.

Neste sentido: "Art. 26. Os membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções. Art. 27. Nenhum senador, ou deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por autoridade alguma, salvo por ordem de sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena Capital. Art. 28. Se algum Senador ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva Câmara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o

Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções” (BRASIL, 1824).

Logo, percebe-se que os parlamentares eram providos de ampla imunidade, bem como eram providos de competência para nomear senadores, suspender magistrados e até mesmo dissolver a própria Câmara dos Deputados.

2.3 Constituição Federal de 1988

Atualmente, as imunidades parlamentares vigentes encontram-se previstas na Carta Magna de 1988, a qual ao contrário da Constituição anterior, passou a reforçar a proteção dos parlamentares, por meio do seu artigo 53.

Sobre isto, o artigo 53, na sua redação original, assim dispunha: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos. §1º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua casa. §2º - O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato. §3º - No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não a formação de culpa. §4º - Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o supremo Tribunal. §5º - Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. §6º - A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. §7º - As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos, praticados fora do recinto do congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida” (BRASIL, 1988).

Denota-se, portanto, que na sua redação primitiva, a Constituição Federal de 1988, estabelecia que os deputados e senadores eram invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões palavras e votos, sendo que, desde a diplomação, não podiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, sendo que, muitos parlamentares se aproveitaram da situação para cometerem atos de corrupção.

Diante deste cenário, após uma grande pressão midiática e populacional, surgira a Emenda Constitucional n. 35, de 2001, que passou a prever o seguinte: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001). § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001). § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº

35, de 2001). § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001). § 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001). § 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001). § 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001). § 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001). § 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)” (BRASIL, 2001).

De tal modo, com estas modificações, passou a haver a determinação para que o Supremo Tribunal Federal comunique a Casa a que pertencer o parlamentar, em vinte e quatro horas, nos casos de prisão, para que resolva, pelo voto da maioria de seus membros, sobre a prisão do parlamentar e dentre outras implementações relevantes.

3. DA IMUNIDADE PARLAMENTAR SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme foi possível averiguar, as imunidades parlamentares são normas que protegem as funções pertinentes aos parlamentares, concedidas aos membros do Poder Legislativo para que possam exercer suas funções com total liberdade, independentemente da influência de outros poderes e livres de pressões externas.

Assim, a prevalência da imunidade parlamentar é, portanto, produto do reconhecimento de que a autonomia do poder está diretamente ligada à autonomia conferida aos seus membros, pois um Parlamento que funcione democraticamente, exige que os parlamentares ajam com coragem, sem medo de represálias, processos imprudentes ou prisões arbitrárias.

3.1 Características das imunidades parlamentares segundo a constituição federal de 1988

Enquanto conjunto de regras relativas ao funcionamento do parlamento, as imunidades não conferem privilégios de natureza pessoal a quem, por ocasião do cumprimento



das suas funções, exerça temporariamente a atividade parlamentar. Logo, segundo Novellino (2021) são regras destinadas a assegurar a livre execução da tarefa e não a proteger quem a desempenhe; são, portanto, prerrogativas de natureza institucional, associadas ao cargo.

Ademais, não amparam o indivíduo que, eleito como suplente, não exerce a função, apenas goza de mera expectativa de exercer essa função no futuro, de maneira que, o suplente não é, portanto, beneficiado pelo regime das imunidades, gozando apenas de dois direitos pertinentes a esta sua condição política: o de substituir o titular em tendo havido impedimento que implique num afastamento temporário e o de sucedê-lo, em caso de vacância do cargo.

É preciso destacar ainda que nem mesmo os suplentes de Senador, que são diplomados, não têm imunidade enquanto mantiverem este status, haja vista que a diplomação desses suplentes uma simples forma preliminar e básica de possibilitar a posse temporária ou permanente naquele cargo em caso de licença do parlamentar titular ou em situação de vacância.

Destarte, por serem privilégios institucionais e não subjetivos, não podem ser renunciados. Portanto, os deputados não têm poder discricionário sobre eles, pois são garantias concedidas ao Parlamento.

Quanto a isto, afirma Silva (2020) que as afirmações feitas por alguns parlamentares de que pretendem “abrir mão” da imunidade para provar sua inocência ou que não cometeram determinado ato criminoso são de natureza totalmente provocativa, sendo que, como não pode dispor sobre elas deverão renunciar ao seu cargo, pois é apenas ao se desconectar da função está desconectado de tudo ao seu redor, inclusive da imunidade.

No entanto, deve-se notar que, em situações de Estado de sítio, a imunidade pode ser suspensa por dois terços dos membros da respectiva Câmara Legislativa, por atos praticados fora das dependências do Legislativo. Já em relação ao Estado de Defesa, não há possibilidade de suspensão de qualquer imunidade, pois esta última é uma medida menos severa que a primeira, de forma que a imunidade deve permanecer intocável (NOVELINO, 2021).

Outrossim, se o parlamentar estiver autorizado a exercer outro cargo, tais como, ministro de Estado, Secretário de governo, governador de território federal, chefe de missão diplomática temporária entre outros, ou mesmo em caso de afastamento por motivo de doença, a sua imunidade será apenas suspensa, mas nunca extinta (SILVA, 2020).

Salienta-se ainda que referidas prerrogativas dividem-se em dois tipos, quais sejam, a imunidade material, real ou substantiva (também denominada inviolabilidade), implicando a exclusão da prática de crime, bem como a inviolabilidade civil, pelas opiniões, palavras e votos dos parlamentares (art. 53, caput); e ainda, em imunidade processual, formal ou adjetiva, trazendo regras próprias sobre prisão e processo criminal dos parlamentares, em conformidade ao texto do artigo 53, §§ 2.º à 5.º, da CF/88), conforme se verá a seguir.

3.2 Imunidade material ou inviolabilidade parlamentar

Prevista no art. 53, caput, são imunidades materiais que garantem a inviolabilidade, civil e criminal, dos deputados federais de todas as suas opiniões, palavras e votos, desde que proferidos em razão de sua função parlamentar, no exercício e em relação ao mandato, tratando-se, portanto, de manifestações que possuem nexos de causalidade com a atividade parlamentar e, não se restringindo ao âmbito do Congresso Nacional.

De tal modo, mesmo que um parlamentar esteja fora do Congresso Nacional, mas exercendo sua função parlamentar federal, em qualquer lugar do território nacional estará resguardado, não praticando qualquer crime por sua opinião, palavra ou voto.

Concernente a isto, de acordo com o Supremo Tribunal Federal: "... a inviolabilidade alcança toda manifestação do congressista onde se possa identificar um laço de implicação recíproca entre o ato praticado, ainda que fora do estrito exercício do mandato, e a qualidade de mandatário político do agente." (RE 210.917, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.08.1998, DJ de 18.06.2001; AI 493.632-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, j. 13.11.2007, DJE de 14.03.2008).

Assim, a imunidade material (inviolabilidade) impede que o parlamentar seja condenado, já que há ampla descaracterização do tipo penal, irresponsabilizando-o penal, civil, política e administrativamente (disciplinarmente). Trata-se, portanto, de uma irresponsabilidade geral, evidentemente, dado que ocorre como resultado do desempenho dos deveres e funções do parlamento.

A imunidade material, mantida pela EC n. 35/2001, é sinônimo de democracia, representa uma garantia de que os parlamentares não serão perseguidos ou prejudicados por suas atividades, na medida em que assegura a independência nas manifestações de pensamento e no voto.

Destarte, é possível que determinado comportamento esteja acobertado pela imunidade material mas que, também, caracterize-se como abuso de prerrogativa e, assim, venha a ensejar, no âmbito da Casa Legislativa, a perda do mandato por quebra de decoro parlamentar, em consonância ao artigo 55, II da Constituição Federal de 1988.

3.3 Imunidade formal ou processual

A imunidade formal ou processual está associada à prisão de deputados, bem como aos processos instaurados contra eles. Por isso, é importante saber quando os mesmos podem ser presos, bem como se podem ser instaurados processos contra eles.

Os parlamentares se beneficiam de uma imunidade formal de prisão a partir do momento em que são certificados pela Justiça Eleitoral, ou seja, antes de tomarem posse (que seria o ato público e oficial mediante o qual o Senador ou Deputado se investem em suas funções). A diplomação nada mais é do que um certificado que garante a eleição regular do candidato, intervindo antes da posse e fixando o termo inicial para a concessão

formal de imunidade de prisão.

Nesse sentido, a expressão do art. 53, § 2.º, da CF/88, conforme redação definida pela EC n. 35/2001: “§2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão” (BRASIL, 2001).

A prisão dos parlamentares federais, poderá ser processual (art. 53, § 2.º), também chamada de cautelar, ou somente em razão de sentença judicial definitiva transitada em julgado.

De tal modo, não se caracterizando a hipótese de prisão processual ou cautelar, a única forma de prisão do parlamentar federal será em razão de sentença penal transitada em julgado e contra a qual não caibam mais recursos, haja vista que se estaria violando o princípio da presunção de inocência descrito no art. 5.º, LVII, da CF/88, o qual afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Quanto à necessidade da coisa julgada, notamos a minuciosa discussão do Tribunal sobre o assunto e, após idas e vindas, novamente em votação apertada, prevaleceu a expressa declaração de constitucionalidade do art. 283, do CPP, à luz do art. 5.º, LVII, da CF/88 do CPP, à luz do art. 5.º, LVII, da CF/88, no sentido de não se admitir a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (SILVA, 2020).

Ausentes os requisitos para uma prisão cautelar ou em flagrante, inconstitucional a prisão sem o trânsito em julgado da decisão. Destarte, ainda que se reconheça a natureza especial da prisão processual, em seu art. 5.º, LXI, expressamente a admite, ao estabelecer que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, bem como, ao prescrever, na vigência do estado de defesa, a possibilidade de decretação da prisão por crime contra o Estado pelo executor da medida, que deverá comunicá-la imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial (art. 136, § 3.º, I).

O Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), em sua versão final, ratifica e reforça a necessidade do trânsito em julgado ao alterar a redação do art. 283 do CPP, de forma que, os parlamentares federais só poderão ser cautelarmente presos e colocados no cárcere na hipótese de flagrante de crime inafiançável.

4. ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A IMUNIDADE PARLAMENTAR

Quanto a esta sessão final, será realizada uma análise jurídica sobre a imunidade parlamentar, em especial, sobre as imunidades segundo o Supremo Tribunal Federal, a relativização das imunidades e sobre o recente caso envolvendo a prisão do deputado federal Daniel Silveira.

4.1 As imunidades segundo o Supremo Tribunal Federal

No ano de 1991, passou a prevalecer inicialmente o entendimento de que inviolabilidade pelas opiniões, palavras e votos só abrange aquelas com conexão com o exercício da função parlamentar: “A imunidade parlamentar material só protege os congressistas nos atos, palavras, opiniões e votos proferido no exercício do ofício congressual. São passíveis dessa tutela jurídica- constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática seja imputável ao exercício do mandato legislativo. A garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder-Legislativo, qualquer que seja o âmbito dessa atuação – parlamentar ou extraparlamentar – desde que exercida *ratione muneris*” (STF. Inq 510, Rel. Ministro Celso de Mello. Julgado em: 1º-2-1991, Plenário, DJ de 19-4-1991).

Contudo, a partir de 2003, o Tribunal passou a tornar essencial a verificação do locus em que proferidas as opiniões, palavras e votos, pois a depender do local, a incidência da imunidade material prescindiria inclusive da verificação de vinculação entre o discurso e o exercício do ofício parlamentar, ou nas palavras acima expostas, do nexo de implicação recíproca. Conforme o voto do Relator para o acórdão, Ministro Carlos Britto: “O art. 53 da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 35, não reeditou a ressalva quanto aos crimes contra a honra, prevista no art. 32 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Assim, é de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada “conexão como exercício do mandato ou com a condição parlamentar” (Inq 390 e 1.710). Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa (STF. RE 564.051. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 27 jun. 2008).

O Ministro Gilmar Mendes já entendeu ser aplicável a imunidade material inclusive diante de ofensas proferidas por meio de “*WhatsApp*”, aplicativo de mensagens instantâneas: Art. 53 da Constituição Federal. Imunidade parlamentar. Ofensas em entrevistas a meios de comunicação de massa e em postagens na rede social “*WhatsApp*”. O “manto protetor” da imunidade alcança quaisquer meios que venham a ser empregados para propagar palavras e opiniões dos parlamentares. Precedentes. Possível aplicação da imunidade a manifestações em meios de comunicação social e em redes sociais. 4. Imunidade parlamentar. A vinculação da declaração com o desempenho do mandato deve ser aferida com base no alcance das atribuições dos parlamentares. As ‘as funções parlamentares abrangem, além da elaboração de leis, a fiscalização dos outros Poderes e, de modo ainda mais amplo, o debate de ideias, fundamental para o desenvolvimento da democracia’ – Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 600.063, Red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25.2.2015. 5. Imunidade parlamentar. Parlamentares em posição de antagonismo ideológico. Presunção de ligação de ofensas ao exercício das “atividades políticas” de seu prolator, que as desempenha “vestido de seu mandato parlamentar; logo, sob o manto da imunidade constitucional”. Afastamento da imunidade apenas “quando claramente ausente vínculo entre o conteúdo do ato praticado e a função pública parlamentar exercida” (STF. AO nº 2.002. Rel. min. Gilmar Mendes. Julgado em: 26 fev. 2016).

Também pode-se tratar a imunidade material sob um enfoque temporal, o que sig-

nifica saber a partir de que momento o Supremo Tribunal Federal entende estar o parlamentar acobertado pela mencionada prerrogativa.

A prática de fatos anteriores ao exercício do mandato legislativo não poderia permitir a invocação de uma suposta imunidade material adquirida posteriormente com a eleição, tendo em vista a necessidade de contemporaneidade entre a prática do ilícito e o mandato legislativo: Inicialmente, devo observar, por necessário, que inexistente, entre os fatos delituosos imputados ao ora denunciado (supostamente cometidos antes de sua investidura no mandato legislativo) e o exercício, por ele, do ofício parlamentar, qualquer relação de contemporaneidade, bem assim qualquer vínculo de recíproca interação (STF. Questão de Ordem em Inquérito nº 1.024-3/PA. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 10 out. 2008).

Com esse julgado, encerra-se aqui uma breve exposição do que houve de mais importante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a imunidade material desde a vigência da Constituição Federal de 1988.

4.2 A relativização das imunidades

Apesar de ser possível compreender as imunidades, a partir do texto legal, como prerrogativas essenciais concedidas aos membros do Poder Legislativo para o desempenho livre e independente do ofício parlamentar, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal defender uma imunidade material relativa, independentemente do *locus* em que proferido o discurso parlamentar, ligada estritamente ao ofício parlamentar e de acordo com os limites explícitos e implícitos estabelecidos pela Carta Magna.

Nesse sentido, assim já fora exposto pelo Ministro Celso de Mello: “Para a tutela jurídico-constitucional, há de perquirir-se, portanto, a correlação entre as manifestações e o desempenho do mandato, independentemente do local que venham a ocorrer. Estabelecida em prol da instituição parlamentar, a garantia não pode ser interpretada em sentido que a converta em odioso privilégio pessoal. A inviolabilidade, como já destacado, visa garantir a independência dos membros do parlamento para permitir o bom exercício da função e proteger a integridade do processo legislativo. Se, por um lado, esta prerrogativa deve ser assegurada para possibilitar a ampla liberdade de expressão do parlamentar, por outro, não pode transformar-se em anteparo para práticas abusivas, excessos ou ofensas contra a honra alheia. A subordinação ao exercício do mandato impõe o acatamento ao caráter teleológico da inviolabilidade, o qual “deve estar sempre presente no espírito do intérprete ou do aplicador das imunidades aos casos concretos” (HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional, 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, p. 564). Como já tive a oportunidade de consignar, a cláusula não confere aos legisladores um “bill” de indenidade. Em cada situação, devem ser sopesadas as circunstâncias fáticas, tendo-se sempre presente o elo entre o mandato e o ato praticado pelo parlamentar. Aí surge a pertinência temática” (STF. Agr. Are. 1103498. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em: 05 out. 2018).

A interpretação constitucional que melhor se adequa ao esquema funcional criado pela Constituição Federal de valorização ao amplo exercício do poder legislativo é a que busca enfatizar que a imunidade material alcança as palavras, opiniões e votos proferidos

em “quaisquer” lugares, não se limitando aos limites geográficos – extremamente frágeis – do Congresso Nacional.

Destarte, o ofício legislativo vai muito além da função típica de fazer leis, abrangendo a supervisão dos demais Poderes e o debate de ideias para a realização da democracia, de modo que, por óbvio, essas atribuições parlamentares não se exauram no âmbito congressual e, para permitir a independência do mandato e a livre manifestação de pensamento, onde quer que o parlamentar se encontre, a proteção da imunidade material se estende para além dos limites das Casas do Congresso (LIMA; JUNIOR, 2016).

Quando o congressista atua despido de qualquer vinculação com o seu mandato está agindo como qualquer outra pessoa, de modo que lhe deve ser direcionado o mesmo tratamento jurídico dos demais membros da sociedade – tratando igualmente os iguais (LIMA; JUNIOR, 2016).

Dessa forma, pode-se concluir que estabelecer a imunidade material de modo absoluto ofende o princípio da isonomia pois estar-se diante de tratamento desproporcional, na medida que exclui a apreciação pelo Poder Judiciário de aspectos essenciais a legitimar a diferenciação.

Ademais, advoga-se no sentido de a imunidade material absoluta também ofender o princípio republicano. De todas as características da República, a imunidade material absoluta ofende principalmente a necessária existência de responsabilidade dos agentes públicos, na medida que impede a verificação do discurso perante a lei e a Constituição pelo órgão judiciário (ALVES, 2019).

O princípio republicano busca implementar um sistema baseado na apuração da verdade, permitindo que aqueles que outorgaram a representação aos congressistas possam fiscalizar os seus atos e, se for o caso, vê-los responsabilizados por atos abusivos ou ilícitos.

Logo, ao limitar a possibilidade de julgamentos à somente por seus pares por quebra de decoro parlamentar, o STF impede que os próprios eleitores, destinatários últimos da representação legislativa, possam fiscalizar a atuação parlamentar e fazerem cumprir suas exigências democráticas (ALVES, 2019).

Defende-se que a prerrogativa deve ser interpretada segundo o princípio da unidade da Constituição, objetivando evitar contradições entre as normas constitucionais pertencentes a um sistema interno unitário e sem lhe conferir superioridade hierárquica em relação às demais normas do mesmo diploma constitucional.

A partir desse princípio ganha reforço a relativização da imunidade, que passaria a estar no mesmo patamar hierárquico das demais normas constitucionais, e poderia ceder diante do cotejo com outros dispositivos, como no caso de conflito com o princípio democrático.

A imunidade material que se coaduna com as demais normas e princípios constitucionais é apenas aquela relativa, sendo sempre necessária a verificação do nexos causal entre discurso e mandato, bem como a possibilidade de responsabilização do parlamentar pelas

suas palavras, votos e opiniões diante da falta de implicação recíproca ou mesmo da abusividade do exercício do mandato, sobretudo quando em conflito com o próprio princípio democrático (ALVES, 2019).

Ao prever a inviolabilidade do parlamentar pelas suas opiniões palavras e votos, o dispositivo está concretizando conduta apta a atender ao estado ideal disposto pelo princípio democrático.

Nesse diapasão, o artigo 53 jamais poderá ser visto como ensejador de um direito ilimitado. Sejam as palavras, opiniões e votos proferidos dentro ou fora do Parlamento, a imunidade material encontrará limites implícitos no princípio democrático, sua fonte e fim normativo.

Afinal, os congressistas só podem exercer legitimamente a função legislativa dentro dos limites traçados pela Constituição Federal, os quais só serão respeitados quando a conduta visar a proteção da democracia. Pois, quando exercidos de forma ilimitada os direitos tendem a não só ofender os demais bens jurídicos constantes no ordenamento jurídico, como a implodir o núcleo essencial do próprio direito ilimitado (ALVES, 2019).

Aliás, existem mecanismos constitucionais de controle parlamentar. Destaca-se, inclusive, a previsão de que o abuso das prerrogativas parlamentares – o que inclui a imunidade material – pode configurar quebra de decoro parlamentar, punível com cassação do mandato.

No entanto, a existência dessa possibilidade, não exclui o interesse dos demais Poderes na preservação da ordem constitucional e da democracia, de modo que não podem permanecer inertes diante de sucessivas ofensas não punidas pelo Legislativo.

O simples fato de um ato ter aspecto político não deve impedir, a priori, a análise judicial da conduta parlamentar. O juiz deve poder examinar a manifestação, levando-se em consideração todas as circunstâncias constitucionais que a envolve (FERREIRA, 2021).

Salienta-se que não está a se defender o controle irrestrito pelo Poder Judiciário. Quando a manifestação política não ofender quaisquer direitos ou transpassar as balizas do princípio democrático, deverá o juiz guardar a deferência própria do cargo e garantir a liberdade de expressão de ideias, por mais controversas que sejam. Ou seja, sempre deve se buscar a manutenção de um necessário equilíbrio entre a punição e prevenção por atos antidemocráticos abusivos e a liberdade de expressão própria do ofício parlamentar.

4.3 O caso Daniel Silveira

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu manter a prisão em flagrante do deputado Daniel Silveira no Inquérito 4.781, após o parlamentar publicar um vídeo nas redes sociais dirigindo ataques contra os membros do órgão e defendendo o AI-5, isto é, argumentando ser a favor de atos contra a democracia e proferindo ameaças contra a vida dos ministros, o que constitui crime inafiançável (SARAIVA, 2021).

A prisão em flagrante foi realizada por ordem do Ministro Alexandre de Moraes, o qual afirmou que a conduta do deputado representou grave ameaça para o regime democrático, como afirma no seguinte trecho: “A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias a ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, artigos 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando o rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, artigo 60, §4º), com a consequente, instalação do arbítrio” (SALEME, 2021, p. 137).

Nessa toada, o ministro relator se valeu de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais para embasar sua decisão. Em primeiro, levou em consideração a vedação existente na Constituição, da propagação de ideias que vão contra a ordem constitucional vigente e o Estado Democrático de Direito, usando como embasamento o artigo 5º, inciso XLIV, da Magna Carta, e os incisos III e IV do artigo 34 da Lei Maior (SARAIVA, 2021).

Ademais, o ministro entendeu que a Carta Política não permite manifestações que objetivam extinguir a separação dos poderes, por força da cláusula pétrea existente no artigo 60, § 4º, inciso III desta (SARAIVA, 2021).

Ainda, aduziu o relator, no sentido de que as condutas realizadas pelo Deputado tipificam crimes contra a honra do poder judiciário e dos ministros do Supremo, restando enquadradas em dispositivos da Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), como por exemplo seus incisos I e IV do artigo 22 e o artigo 26 (FERREIRA, 2021).

A advogada de Daniel Silveira, Thainara Prado alegou que a prisão do deputado desrespeita a sua imunidade material, uma vez que ele é inviolável quanto a seus votos, palavras e opiniões, além de ter o direito de expressar suas ideias.

Quanto a isto, afirma Saleme (2021, p. 138) que: “A prisão do deputado representa não apenas um violento ataque à sua imunidade material, mas também ao próprio exercício do direito à liberdade de expressão e aos princípios basilares que regem o processo penal brasileiro.”

O Ministro Alexandre de Moraes afirmou que as condutas empreendidas por parte do deputado estão previstas na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/1973), exclusivamente nos artigos seguintes: Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados. Art. 22 - Fazer, em público, propaganda: I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social; IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Art. 23 - Incitar: - à subversão da ordem política ou social; - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis; IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação. (BRASIL, 1973).

O caso do deputado Daniel Silveira causou grande repercussão e debate quanto aos limites do exercício da liberdade de expressão pelos parlamentares, dado que a decisão

do Supremo Tribunal Federal consolidou ainda mais a visão de que a manifestação de nenhum direito é ilimitada (SALEME, 2021).

Muito embora seja possível a responsabilização ulterior para proteger bens juridicamente relevantes para a Constituição Federal brasileira, deve-se levar em consideração que as decisões do Supremo Tribunal Federal, impactam de forma direta toda a sociedade brasileira, o que se verifica não ter sido observado pelo ministro relator do Inquérito 4.781.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto ao longo deste trabalho, pode-se afirmar como considerações finais, que as imunidades parlamentares se dão em face de tamanha responsabilidade e notoriedade advindas do cargo ocupado pelo cidadão, justificando assim, um tratamento diferenciado para os parlamentares no exercício de suas funções.

Ademais, identificou-se que o seu surgimento se deu em períodos históricos distintos, sendo que, em relação ao Brasil, entende-se que está se deu primeiramente, a partir da Constituição de 1824, sendo que, as imunidades parlamentares vigentes encontram-se previstas na Carta Magna de 1988, a qual reforça a proteção dos parlamentares brasileiros.

Destarte, também fora constatado que em relação às características das imunidades parlamentares segundo a Constituição Federal de 1988, esta estabelecia que os deputados e senadores eram invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões palavras e votos, sendo que, desde a diplomação, não podiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável.

Já no que se refere as formas de manifestação da imunidade parlamentar foi possível compreender que esta pode ser material, a qual garante a inviolabilidade, civil e criminal, dos deputados federais de todas as suas opiniões, palavras e votos, desde que proferidos em razão de sua função parlamentar, no exercício e em relação ao mandato, bem como, formal, a qual garante que desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável.

Outrossim, no que se refere a análise jurídica sobre a imunidade parlamentar, verifica-se que, segundo o Supremo Tribunal Federal, inicialmente prevalecia o entendimento de que inviolabilidade pelas opiniões, palavras e votos só abrange aquelas com conexão com o exercício da função parlamentar, porém, anos depois, a depender do local, a incidência da imunidade material prescindiria inclusive da verificação de vinculação entre o discurso e o exercício do ofício parlamentar, assim como, que sob um enfoque temporal, entente o STF que o parlamentar não está acobertado pelas imunidades antes da sua investidura no mandato legislativo.

No entanto, recentemente, muitos destes posicionamentos adotados por esta Corte Maior, passaram a ser modificados e questionados em razão das recentes prisões de parlamentares que por meio da sua manifestação ode pensamentos atingiram a honra dos

ministros deste referido órgão, sendo que, como justificativa para a detenção dos mesmos, está o fato de que nenhum direito é ilimitado, bem como, de que representaria uma afronta a Lei de Segurança Nacional.

De tal modo, denota-se que em razão das decisões do Supremo Tribunal Federal, impactam de forma direta toda a sociedade brasileira, ainda são muitos os questionamentos quanto aos reais limites das imunidades parlamentares de forma que as recentes decisões proferidas por esta Corte, podem ensejar em uma insegurança jurídica.

Referências

ALVES, Eduardo Santos. Possibilidade de relativização da imunidade parlamentar ante o discurso de ódio. **JusBrasil**, mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72450/direito-penal-como-ramo-limitador-do-direito-fundamental-a-liberdade-de-expressao/2#:~:text=1.,os%20limites%20da%20cr%C3%ADtica%20pol%C3%ADtica>. Acesso em: 22 abr. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1991.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2022.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 25 mar. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 13 jan. 2022.

_____. **Emenda Constitucional nº 35 de 20 de dezembro de 2001**. Brasília, 20 dez. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm. Acesso em: 16 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agr. Are. 1103498**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em: 05 out. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AO nº 2.002**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 26 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem em Inquérito nº 1.024-3/PA**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 10 out. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80786>. Acesso em: 22 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 210.917**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 14 mar. 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inq. nº 510**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 19 abr. 1991. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 564.051**. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 27 jun. 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

FERREIRA, Ícaro Argolo. Tensões e (In)constitucionalidade na imunidade parlamentar. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 37, n. 1: 331-353, jan./jun. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Alanna Sousa; JUNIOR, Silvio Valois da Cruz. Imunidades parlamentares e o estado democrático de direito: uma análise contemporânea. **Âmbito Jurídico**, 01 dez. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/imunidades-parlamentares-e-o-estado-democratico-de-direito-uma-analise-contemporanea/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. 4. ed. Santana de Parnaíba: Manole, 2021.

SARAIVA, Bruno Cozza. O STF, o estado de exceção e a prisão do deputado federal Daniel Silveira. **Revista Consultor Jurídico**, 03 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-03/saraiva-stf-estado-excecao-prisao-deputado>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

SILVA, Marco Antônio da. **Direito Eleitoral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAPÍTULO 17

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ESTUDO DE ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO INFRATOR E VULNERABILIDADE DAS VÍTIMAS

RAPE OF VULNERABLE: BEHAVIORAL ANALYSIS STUDY OF THE VICTIMS AND VULNERABILITY OF VICTIMS

Ana Raissa Feliciano Pires Dos Santos¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

A abordagem sobre o estupro de vulnerável concerne a fragilidade ou perigo de cunho sexual ao qual qualquer pessoa se encontra e como a aplicabilidade da norma penal em crimes sexuais se adequa mediante o indefeso, tendo em vista que o mesmo se encontra em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc... A tipificação do dito crime consta no art. 217-A do Código Penal e em termos mais esclarecedores puni a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de quatorze (14) anos ou qualquer pessoa (de qualquer idade) que apresente estado vulnerável, vale ressaltar que tais pessoas necessitam da proteção do Estado para ter sua dignidade sexual resguardada e/ou seu bem jurídico tutelado. Esta pesquisa se justificou com a intenção de analisar aspectos relevantes acerca do comportamento do autor do crime, dos procedimentos utilizados para sanção do delito, e a fragilidade da vítima bem como o valor da sua palavra. E busca desenvolver análise crítica e científica no que tange o citado crime contra a dignidade sexual. Sendo baseado em Doutrinas do ramo do Direito, artigos, trabalhos acadêmicos e jurisprudências, este estudo visa explorar os elementos qualificadores da violação da norma. A partir do exposto anseia-se debater a relevância dos crimes contra a dignidade sexual fazendo um paralelo as vertentes ao qual o delito se enquadra e também com a dignidade da pessoa humana de modo a esclarecer que quem violar tal direito fere preceitos éticos e morais.

Palavras-chave: Crime sexual. Norma Penal. vulnerável. Bem Jurídico

Abstract

The approach to the rape of the vulnerable concerns the fragility or danger of a sexual nature to which any person finds himself and how the applicability of the criminal norm in sexual crimes fits through the defenseless, given that he is in a situation of greater weakness. moral, social, cultural, physiological, biological etc... The typification of said crime is contained in art. 217-A of the Penal Code and, in more clarified terms, punishes sexual intercourse or any lewd act with a person under fourteen (14) years old or any person (of any age) who presents a vulnerable state, it is worth mentioning that such people need the protection of the State to have their sexual dignity protected and/or their legal interests protected. This research was justified with the intention of analyzing relevant aspects about the behavior of the author of the crime, the procedures used to sanction the crime, and the fragility of the victim as well as the value of his word. And it seeks to develop critical and scientific analysis regarding the aforementioned crime against sexual dignity. Being based on Doctrines in the field of Law, articles, academic works and jurisprudence, this study aims to explore the qualifying elements of the violation of the norm. From the above, it is hoped to discuss the relevance of crimes against sexual dignity, making a parallel to the aspects to which the crime fits and also to the dignity of the human person in order to clarify that whoever violates this right violates ethical and moral precepts.

Keywords: Sex crime. Penal Standard. vulnerable. Good Legal.

1. INTRODUÇÃO

O enfoque deste estudo se deu em razão do crime de “Estupro de Vulnerável” trazendo consigo a liberdade do indivíduo que é um dos bens tutelados mais importantes, ao lado da vida e da saúde. Portanto se o ofendido tem sua liberdade sexual violada tem-se então a necessidade de proteção penal uma vez que o dispositivo legal Lei nº 12.015/2009 contempla que o dito crime se dá em relação a condição de vulnerabilidade da vítima.

O trabalho se deu sob a ótica sensível e polemica acerca da incapacidade sexual da vítima em momentos de atos lascivos, tendo como foco principal pessoas que se encontram em situação de fragilidade e também que possam apresentar sinais de: embriaguez, doenças mentais, idade avançada ou qualquer outro tipo de circunstancia indefesa. Sendo o delito caracterizado por sua natureza dolosa e estando presente no rol taxativo de crimes hediondos é relevante se justificar o caráter nocivo do mesmo contra o vulnerável.

Tipificado pelo art. 217-A do Código penal o sujeito ativo do crime contra o sexualmente vulnerável pode ser qualquer pessoa de ambos os sexos, logo tem-se uma problematização acerca da conduta do infrator dado que para incumbência do delito são necessários alguns requisitos tais como: A existência do ato sexual; A condição de vulnerável; e que o agente tenha ciência da vulnerabilidade da vítima. Tendo, portanto, a aptidão física e psicológica da vítima solida importância em vista de sua condição mental ou estado no qual situa-se.

O intuito da pesquisa tem abordagem que visa demonstrar aspectos relevantes do delito bem como o ofendido sendo sujeito principal, deste modo no primeiro capítulo deste estudo buscar-se-á compreender acerca da dignidade sexual como bem jurídico a ser tutelado, e os desdobramentos da aplicação da norma e o sistema de justiça como órgão acolhedor.

O segundo capítulo analisará o conceito e tipificação do estupro de vulnerável dando ênfase a palavra de quem teve sua liberdade sexual prontamente lesada, trazendo também as mídias sociais como um elemento de apoio.

Enfim, o terceiro capítulo buscou explorar sobre a conduta do infrator, procedimentos, mecanismos de apuração dos fatos e pratica do delito. O estudo traçara uma linha correlacionando o autor do crime e a sua conduta.

A metodologia utilizada nesta monografia foi bibliográfica pautada principalmente nas Doutrinas de Fernando Capez e Cezar Roberto Bitencourt que em seus livros tratam sobre os crimes contra a dignidade sexual e dão enfoque ao estupro de vulnerável, outras fontes utilizadas foram artigos, trabalhos acadêmicos, jurisprudências, e a própria lei.

2. DIGNIDADE SEXUAL BEM JURÍDICO TUTELADO

Neste capítulo abordar-se-á quanto a Dignidade Sexual e a sua tutela destacando sua relevância tanto no âmbito jurídico quanto social dando ênfase a aplicação penal brasileira, a conduta do infrator e explanando acerca do conceito da mesma. Por fim será analisado acerca da incapacidade da vítima, buscando entender o objeto jurídico do crime e o pilar norteador do bem tutelado.

2.1 Aplicabilidade da norma penal e o infrator

A proteção a dignidade sexual tem fundamento constitucional e é um bem jurídico protegido imediato, no entanto destacar-se-á nesta pesquisa o crime do art. 217-A do Código Penal (Estupro de Vulnerável) que tem sua redação por: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, e é um dos crimes que mais é tratado com seriedade sendo este um delito dos mais reprováveis pela grande massa. Ocorre que geralmente são praticados na clandestinidade, somente na presença da vítima e do autor tornando assim mais complexo se provar a existência do delito, por conseguinte e sendo devidamente provado tal fato as penas para este crime englobam: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Cezar Roberto Bitencourt destaca em seu livro que:

“a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir conscientemente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual; para que tenha, em outros termos, serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto a sua opção sexual.” (2020,14º ed, p.116).

Ainda no tocante e quanto a eficácia da norma temos uma relevante modificação que a foi a Lei 13.718 de 2018 tornou a ação penal PÚBLICA INCONDICIONADA para TODOS os crimes contra a dignidade sexual, ou seja, NÃO se discute mais se a vítima precisa representar à autoridade policial. Hoje, o Ministério Público SEMPRE precisa investigar INDEPENDENTEMENTE da vontade da vítima.

Tendo uma cultura machista e Patriarcal o crime contra a dignidade sexual tem imensa relevância ao tratar da configuração de vários delitos, assim a dignidade sexual, passou a ser um valor fundamental, e ter a adequada proteção do sistema legal brasileiro, promovendo a eliminação daqueles dispositivos penais baseados em uma concepção machista e discriminatória da sexualidade. Em relação a nomenclatura do Título VI do Código Penal, procedendo a substituição do termo “crimes contra os costumes” por “cri-

mes contra a dignidade sexual”, o legislador erigiu a categoria de bem jurídico tutelável a dignidade sexual, passando a ter como fundamento desta proteção, a dignidade da pessoa humana e o respeito à vida sexual.

Nesse sentido Capez (2020) se ateve a esclarecer:

“temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.”

Antes da Lei 12.015/09, ensinava a doutrina que o crime de estupro era biproprrio, exigindo condição especial dos dois sujeitos, ativo (homem) e passivo (mulher). Agora, com a reforma, conclui-se que o delito é bicomum, isto é, qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências da infração penal. No caso em questão e se tratando do sujeito ativo do delito é relevante frisar que este por muitas se prevalece de sua força, para coagir, compelir, forçar o coito e aproveitar-se da condição de fragilidade da vítima, bem como se utiliza também de sua persuasão para seduzir, conquistar, cativar, o alvo desejado. Contudo para ser configurado o crime e para a existência do dolo específico o agente deve ter plena consciência sobre a condição da vítima, tendo então o mesmo uma finalidade libidinosa no ato e possuindo objetivo de satisfazer seu desejo sexual.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci: “...Em respeito aos princípios constitucionais da intervenção mínima do direito penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção de inocência, é que a vulnerabilidade, merecedora de tutela penal, deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual.”

Ainda no que diz respeito a dignidade sexual do ofendido é importante apontar a sua correlação quanto a dignidade da pessoa humana uma vez que a mesma é uma referência constitucional unificadora de direitos fundamentais.

Em seu Curso de Direito Penal- Parte Especial Capez (2020, p. 74) destaca:

“O valor à vida humana, como pedra angular do ordenamento jurídico, deve nortear a atuação do intérprete e aplicador do Direito, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva possibilitar a concretização desse ideal no processo judicial.” Contudo, na evolução dos seres humanos, desde os primórdios, a libido sempre foi causa de problemas de relacionamento, agressões da toda ordem, disputas entre tribos e clãs e, por evidente, origem de vários tipos de crimes. Mas, ora, considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra (art. 5.º, X, CF), nada mais natural do que garantir a satisfação dos desejos sexuais do ser humano de forma digna e respeitada, com liberdade de escolha, porém, vedando-se qualquer tipo de exploração, violência ou grave ameaça”.

Para este efeito é que a lei protege o direito de escolha ao parceiro sexual, sendo os indivíduos livres para escolherem se relacionar sexualmente ou não.

2.2 Incapacidade da vítima como tipificação delito

A violência representa uma das maiores ameaças a humanidade e a mesma se faz presente ao longo da história da sociedade. A agressão quer seja moral ou física retrata uma parte significativa da violação de vários direitos, pois é notório a fragilidade que reside nos crimes, principalmente nos crimes sexuais, o que afeta a aplicação da norma penal pátria.

O estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta é integrado pelo art. 217-A do CP, aqui tem-se a incapacidade de auto-defesa da vítima que é submetida a satisfazer o desejo de outrem contra a sua própria vontade, sendo irrelevante para a configuração do delito a experiência sexual da vítima.

No entender de Guilherme Nucci (parte Especial, 2008), falar de incapacidade trata-se também da "Capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual, por isso continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade de consentir." Ou seja, a definição de incapacidade e/ou vulnerabilidade está ligada a ideia de pessoas que não detém aptidão psicológica de compreender o caráter lascivo do ato sexual, uma vez que o presente estudo tem seu foco principal nas pessoas que por embriaguez, pessoas portadoras de doenças mentais, em idade avançada, enfermidade e entre outras.

Ainda no que se refere a pessoa sem capacidade de discernimento, pode-se exemplificar a partir de uma polemica que ocorreu recente em um programa de reality show chamado "A fazenda" exibido na Record tv, em que um dos participantes teria mantido atos libidinosos com uma outra participante, que estaria alcoolizada após participar de uma festa. A pessoa alcoolizada declarou, no dia seguinte, não ter lembrança sobre os fatos.

Ao menos em tese, vislumbra-se a configuração do crime de estupro de vulnerável quando se praticam atos libidinosos com uma pessoa em estado de completa embriaguez. O fato de a pessoa ingerir bebidas alcoólicas por conta própria, dentro de seu livre arbítrio, não é capaz de desconstituir sua vulnerabilidade.

Bitencourt (2020, p.45) declara que:

"... Nada é mais indigno, mais humilhante, mais destruidor do ser humano que a violência sexual, causando profundos traumas em suas vítimas que, por vezes, não conseguem superá-los. Na verdade, a violência sexual é repugnante, nojenta, asquerosa, degradante, pois atinge os valores mais sagrados do ser humano, a sua dignidade, a sua intimidade, o seu interior, deixando-lhe marcas indeléveis."

Uma pessoa acometida pela violação de sua dignidade sexual é exposta, e está à mercê dos olhares e falácias maldosas da sociedade pois embora o crime muitas seja cometido no “sigilo” quando o mesmo vem à tona causa uma serie de danos a vítima a deixando psicologicamente abalada. Também a partir do momento em que a vítima não pode oferecer resistência, não há no que se falar de consentimento.

Apesar do estupro ser um crime de grande repulsa, sua evolução demorou longos anos e ainda passa por variadas transformações, pois muito tempo a sociedade encarou as violações da intimidade sofridas pelas mulheres como parte dos costumes. Após a revolução digital, a internet, deu espaço a diversos crimes sexuais virtuais e maior visibilidade aos delitos reais. Advindas das várias modificações ocorridas uma relevante ferramenta de apoio as mulheres e todas as vítimas em geral que é a mídia social, os veículos cibernéticos de informação que sem dúvida contribuem para o pleito do direito do ofendido.

Quanto a configuração do delito a sua consumação ocorre com a prática imediata de qualquer ato libidinoso, ainda que seja preparatório para a conjunção carnal. O crime cometido contra o incapaz é considerado hediondo e de natureza dolosa, devendo o cumprimento da pena se dar em regime prisional inicialmente fechado.

O estupro admite coautoria e participação. Será considerado coautor aquele que empregar violência ou grave ameaça contra a vítima (ato executório), para possibilitar que o comparsa pratique com ela algum ato sexual (coautoria funcional). Haverá também coautoria quando ambos realizarem atos sexuais concomitante-mente com a vítima.

O Direito Penal tem um papel ainda mais relevante que a mera punição de comportamentos humanos: o de reafirmar certos valores sociais e, como consequência, proteger bens jurídicos considerados mais importantes.

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt (2013, p.52): “libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem, que envolve também a conjunção carnal.”

A Súmula 593 - O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (STJ, 2017).

Assim, o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual, a gravidade do ato libidinoso, e até mesmo a existência de relacionamento amoroso - que muitas vezes acontece com o consentimento da família - entre o (a) agente e o (a) menor não afastariam a ocorrência do crime e ao homem seria aplicada a presunção absoluta. Ainda no tange a modalidade absoluta e relativa do crime.

Guilherme Nucci (Parte Especial 2021, p.57) salienta:

“a vulnerabilidade deveria ser absoluta, no campo do consentimento sexual, para as crianças, mas relativa quanto aos adolescentes. Sendo absoluta, não comporta prova em contrário; se relativa, admite prova em sentido diverso para uma especial situação concreta. Afinal, os adolescentes já podem sofrer,



a partir dos 12 anos, medidas socioeducativas, pelos atos infracionais praticados, mais severas que as crianças. Significa terem maior conhecimento e amadurecimento.”

Por fim é relevante frisar que nessa modalidade de delito, se torna descabida a ideia de crime culposo uma vez que ninguém o faz sem querer.

3. DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Regido pela lei nº 12.015/2009 agora denominado “crimes contra a dignidade sexual” o também inserido estupro de vulnerável por sua condição especial deve contemplar suas vítimas com uma rede de alta proteção normativa, administrativa e judicial para que as mesmas possam desenvolver-se e viverem adequadamente tendo sua dignidade sexual preservada. Este tipo de crime recebe o “status” de hediondo assim estabelecido na lei nº 8.072 de 25/07/1990, é também insuscetível de anistia, graça, indulto e fiança sendo assim vedado neste delito alguns benefícios constitucionais e processuais, que costumeiramente aplicam-se a algumas modalidades penais.

O rigor normativo no determinado crime se justifica pela deliberada e insana vontade do infrator de satisfazer seus desejos sexuais, sob outro ponto de vista tem-se a impossibilidade de resistência da vítima que sofre a violência, deixando a ela marcas permanentes e a submetendo a incontáveis riscos, riscos estes que Guilherme de Souza Nucci destaca em sua Doutrina e o mesmo relata que “De uma relação sexual podem advir consequências negativas, sem dúvida: gravidez não desejada, transmissão de doenças, lesão à honra e à dignidade, entre outras. Atualmente, portanto, lida-se com um novo conceito introduzido no Código Penal, qual seja o da vulnerabilidade. Os pontos polêmicos em relação ao novel termo serão explorados em notas específicas” (NUCCI, 2021, P.56).

O crime de estupro em seu sentido amplo é considerado um constrangimento ilegal voltado para uma finalidade específica, consistente em conjunção carnal ou outro ato libidinoso por isso este delito é tão complexo.

Nucci (2008, p.829) em seu manual disserta que:

[...] a ofensividade ou lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o Direito Penal em situações inócuas e sem propósito, especialmente quando se contrata a conduta praticada com o tipo de sanção para ela prevista como regra, ou seja, a pena privativa de liberdade.

Portanto a par das questões que envolvem a violência na prática dos crimes contra a dignidade sexual é relevante citar os caminhos tomados na natureza jurídica da violência para fins do crime de estupro de vulnerável bem como a reforma da lei nº 12.015/2009, que alterou o código penal tendo a dignidade sexual como bem jurídico tutelado.

Objeto jurídico dos crimes sexuais a ser tutelada, a dignidade da pessoa humana, que valoriza a pessoa como um todo, independentemente do papel ou posição que assume

sexualmente. Invariável, liga-se ao respeito devido ao ser humano. Importante, ainda, destacar que a dignidade sexual apresenta conteúdo amplo, que costumeiramente se liga à moralidade e aos bons costumes, tornando-se uma das faces, portanto, da dignidade da pessoa humana. Não é diferente quando se trata dos interesses individuais do vulnerável. A legislação, ao que se mostra, sempre foi atenta à proteção da pessoa menor de idade contra a prática de atos sexuais e, dessa forma, mesmo que ainda não possua total/pleno discernimento para os atos da vida, idade ou se encontre em enfermidade, deficiência ou discernimento reduzido, deve ter sua dignidade protegida.

3.1 Conceito e historicidade do crime de vulnerável

Vulnerabilidade vem do Latim VULNERABILIS, “o que pode ser ferido ou atacado”, de VULNERARE, “ferir”, de VULNUS, “ferida, lesão”, possivelmente de VELLERE, “rasgar, romper”. É a característica de quem é incapaz, inferior, frágil ou delicado, é mais susceptível a danos físicos, morais e sociais. O estado de vulnerabilidade pode ser permanente ou passageiro, também indica fraqueza no comportamento social quando expostos a determinados aspectos como: desigualdades sociais, culturais, políticas, étnicas e econômicas (CARMO; GUIZARDI, 2017).

Em um sentido mais direto o estupro de vulnerável é conceituado como: a conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos ou com alguém que, por enfermidade, substância química ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para prática do ato.

Vulnerável é um termo presente no código penal que tipifica um tipo de violência a indivíduos considerados vulneráveis. Este termo dedica-se ao direito como uma expressão que qualifica grupos sociais ou indivíduos mitigados juridicamente ou politicamente no que se refere a efetivação da promoção, da proteção ou garantia de direitos.

Segundo Aurelio Ferreira: O termo “vulnerabilidade” deve ser compreendido como uma qualidade, decorrência, condição ou estado de vulnerável. Desse modo, tem-se por vulnerável “1. Que pode ser vulnerado (...). 2. Diz-se do lado fraco de um assunto ou de uma questão, ou do ponto pelo qual alguém pode ser atacado ou ferido” (FERREIRA, 1975, p. 1474).

Para fins da aplicação do Direito Penal, costumeiramente se adota a ideia de que a vulnerabilidade se associa às questões ligadas à uma condição da pessoa (biológica, antropológica, psíquica etc.), ou, ainda, a uma situação que a lei defina como tal.

Führer também afirma que:

“vulnerável é aquele que está sujeito a ataques, que não tem defesas suficientes. Nos termos da lei, vulnerável é o menor de 14 anos, presumivelmente incapaz, em razão do desenvolvimento físico e emocional ainda incompleto. O § 1º do art. 217-A equipara ao vulnerável o enfermo ou deficiente mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, e todos os que, por qualquer motivo, não podem oferecer resistência” (FÜHRER, 2009, p. 177).



Historicidade - Ao longo da história, valorou as práticas sexuais agressivas, destacadamente na questão do crime de estupro. Logicamente há que se registrar que os denominados crimes sexuais quase sempre foram considerados como sendo uma agressão praticada contra a mulher.

Durante muitos anos a sociedade evoluiu por meio da seleção natural e da eliminação dos fracos pelos fortes, dos enfermos pelos sadios, dos estúpidos pelos competentes, dos inábeis pelos hábeis, de modo que o bom, o belo e o valioso reafirmavam o valor da força e da coragem atendendo à vontade de potência que é o próprio impulso para a vida. Sendo assim, o homem deve viver o máximo da sua vida, sabendo que a tradicional moralidade civilizada ainda impõe à sociedade comportamentos e leis semelhantes que infligiam há 110 anos (FÜHRER, 2009, p. 20-22).

A mulher (foco principal deste estudo) sempre foi tida como um instrumento de dominação, de poder, para os homens por ser considerada um sexo frágil.

Führer (2009, P.44-47) explica que:

“Entre os primitivos a regra era a promiscuidade sexual, tendo em vista que a sociedade pouco se importava com a moralidade na vida social, dessa forma o casamento era a única fórmula para contê-la. Não sendo incomum o casamento grupal. Esse matrimônio, além de controlar a sociedade possuía o interesse econômico, no qual não era encarada a perspectiva emocional e o desejo carnal, mas sim, tão somente o aumento da mão-de-obra pela instituição familiar visando à manutenção do patrimônio” (FÜHRER, 2009, p. 44-47). Porém, com o decorrer dos anos a promiscuidade perde força e com isso ganha lugar o matrimônio individual transformando o que era simples, complexo. Houve uma valorização pelas esposas fiéis e noivas que se encontravam em castidade tornando a liberdade antenupcial cerceada de modo que a virgindade passa a ser virtude (FÜHRER, 2009, p. 43-47).

Nos tempos iniciais da civilização egípcia adotava-se o sistema matriarcal, no qual a mulher não era considerada um ser inferior e por isso tinha destaque em seu meio. Como as propriedades seguiam a linha feminina, sendo herdadas de mãe para filha não era incomum o casamento consanguíneo para manter àquelas dentro da própria família. O relacionamento era iniciado pela mulher quando completasse seu décimo aniversário, momento que se alcançava a idade núbil. Tendo em vista que as artes representavam as práticas vinculadas ao sexo.

Anteriormente e aproximadamente nos anos 1700 a.C., o Código de Hamurabi punia a prática do estupro em seu item 130, consistindo tal disposto no registro mais remoto de violência sexual encontrado até os dias atuais (FÜHRER, 2009, p. 139). Em tal codificação, o estupro da noiva prometida era punido com morte e era estabelecido o seguinte: “se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido este homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (PRADO, 2010, p. 597). Registra-se que essa legislação apresentava alguns pontos, em seu conteúdo, em que ficava claro o conflito do que se previa em termos de tutela de vulneráveis.

Explica Foucault que a “reflexão moral não se dirige aos homens com referência a condutas que poderiam dizer respeito a algumas interdições reconhecidas por todos e solenemente lembradas nos códigos, costumes e prescrições religiosas. Ela se dirige a eles a respeito das condutas em que justamente eles devem fazer uso de seu direito, de seu poder, de sua autoridade e de sua liberdade: nas práticas dos prazeres que não são condenados, numa vida de casamento onde, no exercício de um poder marital, nenhuma regra nem costume impede o homem de ter relações sexuais extraconjugais, em relações com os rapazes que, pelo menos dentro de certos limites, são admitidas, correntes e até mesmo valorizadas.

O esturador recebia a pena de morte, enquanto o raptor deveria pagar uma multa para livrar-se da castração. Mulher de conduta moral irrepreensível era a considerada limpa e sem corrupção. Esse pensamento era o mesmo que vigia nos tempos de Lucrecia, em Roma, restando à mulher o suicídio ou a prostituição. De mesmo modo, a esposa que adulterasse era expulsa de casa, estrangulada ou queimada viva e seu corpo jogado no pântano (FÜHRER, 2009, p. 81).

A severidade com que eram punidos os crimes de estupro eram comuns à época, ademais, esse tratamento punitivo tornara-se normal para quase todos os 11 delicta carnis (os delitos da carne), e ainda, podiam se estender, na verdade, a vários outros crimes.

3.2 Instrumento de dominação sexual e valoração da palavra da vítima

A cultura do estupro é uma realidade inserida na sociedade, e esse termo é utilizado para descrever um ambiente no qual o estupro é predominante e no qual a violência sexual contra as mulheres é normalizada na mídia e na cultura popular. E com isso tem-se também a dominação sexual que engloba as mais variadas nuances tais como: sexual, moral, psicológica, política, econômica entre outras.

O código penal anteriormente exigia que a mulher fosse honesta para que a mesma pudesse ser considerada vítima do crime de estupro, sendo anulada a possibilidade de inquérito, investigação, ação penal. E foi então que surgiu a nova nomenclatura já citada na pesquisa, a nova denominação dirigida a prática de crimes de natureza sexual desprezou os costumes. Afastando a ideia de como as pessoas deveriam se comportar sexualmente na sociedade, até porque os costumes representavam uma visão antiquada dos hábitos de uma sociedade ultrapassada.

Torres (2011, p.185) afirma que: “o conceito de honestidade da mulher era determinado, exclusivamente, por padrões androcêntricos, que estabeleciam rigoroso controle sobre a expressão da sexualidade feminina”.

A violência sexual é acima de tudo dominação, e é utilizada por ambos os sexos como um dos maiores instrumentos de domínio do gênero feminino, com uma sede de poder, uma maneira repulsiva de satisfação da lasciva. Desse modo pode-se justificar tal atitude mediante a cultura patriarcal, e tudo que o patriarcado representou e ainda representa,

podendo ser definido como: “um sistema social baseado em uma cultura, estruturas e relações que favorecem os homens, em especial o homem branco, cisgênero e heterossexual.” E as raízes desse patriarcado são profundas, enraizadas nos costumes sociais ainda presente, de modo que nem uma promessa de uma punição severa façam com que o estuprador seja inibido.

Nesse sentido Jose Henrique Torres (2011) as recentes modificações introduzidas pela recente legislação são insuficientes e se atem a dispor:

“Como se vê, para a efetiva garantia da sexualidade como um atributo da dignidade humana, especialmente no âmbito do sistema penal, resta ainda o enfrentamento da ideologia patriarcal, que continua sendo um grande obstáculo para a efetivação da desejada e necessária proteção de um valor jurídico que, segundo a Constituição Federal de 1988, bem como de acordo com a principiologia dos Direitos Humanos, tem importância fundamental para a convivência social. Infelizmente, a ideologia patriarcal, no sistema protetivo da dignidade sexual, tem funcionado como o Porteiro que, na obra kafkiana, impedia o acesso à lei, ou seja, à justiça (TORRES, 2011, p.187).

Com isso é possível dissertar que o patriarcado é uma base de poder que naturaliza a violência e desconsidera a ideia do crime em especial no cometido contra a mulher.

Acerca da palavra da vítima nos crimes sexuais faz-se referência ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem-se entendido que, nos crimes contra a dignidade sexual, em que geralmente não há testemunhas, a palavra da vítima possui especial relevância, não podendo ser desconsiderada, notadamente se está em consonância com os demais elementos de prova produzidos nos autos (AgRg no HC 421.179/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 19/12/2017). Desse modo, para a condenação de alguém pelo delito de estupro, apesar de a palavra da vítima ter importância fundamental para eventual condenação, ela, por si só, não é suficiente para lastrear uma decisão condenatória, tendo em vista que se faz necessária sua corroboração pelas demais provas constantes dos autos¹⁶. Tal forma de julgar pode ser percebida na Edição n. 151 da Jurisprudência em Teses do STJ, especialmente o enunciado de n. 2, que assim preceitua “Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos”.

Contudo nem sempre a palavra da vítima mais precisamente da vítima mulher teve tanta relevância, isso ocorre desde os primórdios com a chamada “síndrome da mulher de potifar” que corresponde à figura criminológica da mulher que, ao ser rejeitada por um homem, imputa falsamente àquele que a rejeitou conduta relacionada a crimes sexuais. O que gerou uma incredibilidade da palavra da mulher.

Ademais pôr o estupro se tratar de um delito que nem sempre deixam vestígios materiais, pois podem permanecer no campo da tentativa (art. 14, II, CP), sem a introdução do pênis no corpo da vítima ou quando o fato é levado ao conhecimento das autoridades depois de terem desaparecidos os vestígios do crime. Outrossim, diante da inexistência ou da fragilidade do exame de corpo de delito (art. 158, CPP) ou do seu suprimento por prova testemunhal (art. 167, CPP), ganha destaque a palavra da vítima (art. 201, CPP), haja vista seu depoimento ser de excepcional importância na apuração dos fatos.

Por conseguinte, em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos”

4. DO INFRATOR, CONSENTIMENTO DA VITIMA E PROCEDIMENTOS

Quanto ao infrator ou sujeito ativo do crime e a sua conduta é relevante destacar que pode ser de ambos os sexos, não sendo exigido qualquer qualidade para a incumbência ativa, trata-se de um crime comum não tendo qualquer qualidade ou condição para o sujeito ativo. Por conseguinte, o fato de somente alguém vulnerável poder ser sujeito passivo não o qualifica como crime próprio); material (crime que causa transformação no mundo exterior, isto é, deixa vestígios); doloso (não há previsão de modalidade culposa); de forma livre (pode ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito.

No que tange a sua consumação e tentativa Cezar Roberto Bitencourt narra que:

“O crime de estupro de vulnerável, na modalidade constringer à conjunção carnal, consumase desde que haja introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino na vagina da vítima, mesmo que não tenha havido rompimento da membrana himenial, quando existente; consumase, enfim, com a cópula vagínica, sendo desnecessária a ejaculação. Na modalidade – praticar ou permitir a prática de outro ato libidinoso – consumase o crime com a efetiva realização ou execução de ato libidinoso diverso de conjunção carnal; o momento consumativo dessa modalidade coincide com a prática do ato libidinoso.

É admissível, doutrinariamente, a tentativa, a despeito da dificuldade prática de sua constatação. Caracteriza-se a figura tentada do crime de estupro de vulnerável quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, ou intervenção de terceiro, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos. No estupro, ante sua natureza de crime complexo, a primeira ação (violência ou grave ameaça) constitui início de execução, porque está dentro do próprio tipo, como seu elementar. Assim, para a ocorrência da tentativa basta que o agente tenha empregado violência contra a vítima, com o fim inequívoco de constringê-la à prática de relação sexual, em qualquer de suas modalidades” (BITENCOURT, 2020, p.135).

Assim o crime de estupro, em sua consumação, provoca uma efetiva lesão à dignidade sexual da vítima, bem jurídico efetivamente tutelado nesse tipo penal. Daí a ser classificado como crime de dano. No tocante a pena é cominada para o caput do art. 217A é, isoladamente, reclusão, de oito a quinze anos. Decorrendo da conduta, lesão corporal de natureza grave, a pena será reclusão de dez a vinte anos (§ 3o); decorrendo da conduta do agente, a morte da vítima, a reclusão será de doze a trinta anos (§ 4o). Há, ainda, as majorantes especiais contidas no art. 226: de quarta parte, na hipótese do inciso I, pelo concurso de pessoas; e, de metade, se o agente enquadrarse em uma das hipóteses relacionadas no inciso II. Por outro lado, a nosso juízo, é inaplicável a majoração de metade da pena determinada pelo art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, por falta de previsão legal.

Tem-se então o elemento subjetivo o dolo específico, o que exige obrigatoriamente



uma finalidade libidinosa, com o objetivo de atender o apetite sexual. O agente deve ter plena consciência sobre a condição da vítima. Tem-se também o estupro na modalidade qualificada Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos (CP, art. 217-A, § 3o). Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (CP, art. 217-A, § 4o).

Ainda é relevante salientar que o infrator por vezes usa não só da sua força física, mas também da persuasão, da fé, da ingenuidade da vítima para a pratica do delito.

4.1 Consentimento da vítima

Por muitos anos o consentimento do titular do bem jurídico, vem sendo uma questão relativa, deu motivo a vários embates relacionados ao fato de que, em tais circunstâncias, o ato de consentir, mesmo em relação a uma conduta lesiva, seria capaz de exonerar a responsabilidade penal.

Por “consentimento” tem-se o “1. Ato de consentir. 2. Permissão, licença. 3. Anuência, aprovação, acordo. 4. Aprovação tácita; tolerância” (FERREIRA, 1975, p. 368). Em derradeiro, tem-se que o verbo “consentir” indica “1. Dar consenso ou aprovação a; permitir; tolerar; sofrer, admitir. 2. Concordar com; aprovar” (FERREIRA, 1975, p. 368).

Em razão disso é que Calhau (2002) explica:

“Saber se o consentimento tem qualquer força jurídica depende da seriedade do consentimento, da capacidade jurídica e mental da vítima para emitir um consentimento válido, da finalidade do ato para o qual consente e de outros fatores, e não terá aquela força se verificarem razões de ordem pública contra o seu reconhecimento. (...) No consentimento do ofendido, tem a vítima papel central para seu real enquadramento ou não, sendo essa caracterização, no caso concreto, essencial para a correta aplicação ou não do instituto (CALHAU, 2002, p. 81-83).

O consentimento da vítima não é incluído no Código Penal brasileiro como uma causa excludente de ilicitude. O legislador ordinário não vislumbrou a possibilidade de inserir a manifestação da vítima como uma das circunstâncias que pudessem autorizar a não aplicação da pena ao agente que incidisse na conduta do estupro de vulnerável, exatamente porque desta se tem a inviabilidade da manifestação consciente e segura da vontade mediante o constrangimento e a empreitada sexual.

Contudo há hipóteses em que a legislação poderá considerar valido tal consentimento levando em consideração todos os parâmetros da realidade humana, vez que são mutáveis, deve ser levado em conta, no caso prático de que modo o consentimento se deu, suas variáveis, o potencial de desenvolvimento e maturidade da vítima, as circunstâncias em que a prática ilícita se deu. Fazendo assim o Juiz uma avaliação fática da circunstância.

Segundo Calhau (2002, p.81-83) Saber se o consentimento tem qualquer força jurídica depende da seriedade do consentimento, da capacidade jurídica e mental da vítima

para emitir um consentimento válido, da finalidade do ato para o qual consente e de outros fatores, e não terá aquela força se verificarem razões de ordem pública contra o seu reconhecimento. (...) No consentimento do ofendido, tem a vítima papel central para seu real enquadramento ou não, sendo essa caracterização, no caso concreto, essencial para a correta aplicação ou não do instituto.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. Sendo o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

Portanto a capacidade de compreensão torna-se requisito de válido do consentimento, tendo em vista que esse deve ser visto como expressão a liberdade de ação, tornando-se eficaz quando houver o suficiente entendimento das escolhas e suas consequências.

4.2 Vulnerabilidade relativa e absoluta

Uma relevante modificação foi a lei A Lei 13.718 de 2018 tornou a ação penal PÚBLICA INCONDICIONADA para TODOS os crimes contra a dignidade sexual, ou seja, NÃO se discute mais se a vítima precisa representar à autoridade policial. Contudo a intimidade e a honra da vítima não deixaram de ser objeto de críticas, segundo Guilherme Nucci (2019, p.174) “o denominado “escândalo do processo” foi colocado em segundo plano. A pessoa sexualmente ofendida não pode mais abafar o caso, evitando especulações inconvenientes. Não andou bem o legislador ao padronizar a publicidade da ação penal.”

No entender da teoria absoluta a vulnerabilidade deve ser assimilada de forma absoluta, sendo suficiente o aspecto etário para a caracterização do vulnerável. A Teoria Relativa, de forma oposta, defende a relativização da vulnerabilidade, levando em consideração as particularidades do caso concreto, admitindo prova em contrário. Há entendimento arguido do STF seguido do STJ acerca da questão da relatividade. O Supremo Tribunal Federal, em acordo a sistemática antiga, para com os crimes contra a liberdade sexual, assentou o entendimento no sentido de que a presunção de violência, naqueles casos que envolver vítimas menores de 14 anos, é absoluta. Desta forma, os riscos apresentados a sociedade com esse entendimento são gigantescos, já que condenar uma pessoa, segregando a vida da mesma, principalmente, naqueles casos onde o adolescente de 12 a 13 anos de idade vivia um namoro totalmente legal aos olhos dos familiares e sociedade com um maior de 18 anos. No caso de presunção absoluta, ainda que o namoro fosse admitido, corre-se o risco deste último ser preso, trazendo mais malefícios do que benefícios a sociedade.

Sem dúvidas a que mais se encaixa nos crimes de estupro de vulnerável é a presunção relativa, já que está se adequa melhor aos novos tempos, já que o legislador se estagnou na idade de 14 anos para início da vida sexual, o que hoje não é mais verdade. Lembrando que o ECA (Estatuto Da Criança e Adolescente) determina que os adolescentes são aqueles a partir de 12 anos de idade.



Portanto no que se refere a presunção de violência nos crimes sexuais tem por base um antigo sofisma criado pelos práticos, na Idade Média, em especial por Carpzovio, o primeiro prático a estabelecer a violência presumida, também denominada de violência ficta ou indutiva, tomando por base o texto do Digesto, no qual profere que aquele que não pode querer, logo não quer (*qui vele non potuit, ergo noluit*) e dessa maneira não teria a capacidade necessária para concordar com o ato sexual (COSTA JR., 1999 apud GRECO, 2011, p. 113).

O Código Penal brasileiro, em sua redação original, indicava uma interpretação a presumir-se, de forma absoluta, a existência de violência quando algum indivíduo praticava sua conduta contra aqueles que não teriam capacidade de resistência ou consentimento, para fins de satisfação sexual. Contudo, há que se lembrar, conforme aludido no presente trabalho, que desde a edição do Código Penal, em 1940, firmou-se larga discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de tal presunção ser absoluta ou relativa, tendo em vista a natureza jurídica da violência praticada nesses termos.

4.3 Procedimentos

Previamente ao adentra o tópico proposto deve-se ater ao vulnerável menor de quatorze anos é exatamente o infantojuvenil ou criança/adolescente protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que merece atendimento especial do Estado e da lei e cuja vulnerabilidade, agora, finalmente, o legislador penal reconhece.

É considerado menor de 14 anos aquele que não pode, de forma válida, consentir com a prática de atos sexuais, dada sua imaturidade. O legislador vedou a livre escolha dos menores de 14 anos, já que não deve ser preocupação de uma criança a vida sexual.

O procedimento adotado para o menor não se diferencia do tratamento para com o expressamente incapaz em fase adulto, contudo quando o crime é praticado contra o menor há aumento na pena do criminoso, que pode ir de 8 a 14 anos de reclusão.

Entretanto Procurar ajuda é fundamental, tanto médica quanto da polícia, para que se registre queixa. Sem ela, não haverá Boletim de Ocorrência, nem investigação contra o agressor. Acácio Miranda alerta que é de suma importância que o registro do Boletim de Ocorrência e o exame de corpo de delito sejam realizados (antes ou depois da coleta de exames) para que as investigações sejam iniciadas.

Feito isto, a vítima será encaminhada a um hospital para realizar exames e receber medicamentos antirretrovirais (para impedir a contaminação pelo vírus da AIDS, por exemplo) e a pílula do dia seguinte. Em alguns casos, o encaminhamento para o hospital é feito antes da delegacia, principalmente se a vítima está ferida. (âmbito jurídico)

4.4 Prática do delito

Na prática do delito alguns elementos são caracterizadores do crime como: o ato sexual, a vulnerabilidade da vítima e a comprovação de materialidade. Alguns manda-

mentos constitucionais ligados a culpabilidade dispõem: “Entretanto, entendemos que à constatação da vulnerabilidade não bastam a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental. Caso contrário, ficaríamos atrelados a uma interpretação puramente literal da lei. É preciso proceder a uma interpretação sistemática, em homenagem ao princípio constitucional penal da culpabilidade (art. 5.º, LVII, da CF).”

O ato de praticar a violência contra o ofendido é repulsivo e muitas vezes ocorre as ocultas e de forma qualificada, pensada, planejada consistindo na imposição da relação sexual. É ainda relevante citar que muitas utilizam-se da religião, do estado mental temporário (caso de embriaguez), da idade, do não discernimento das vítimas para satisfazer um desejo próprio.

Quanto aos meios de prova do delito tem-se as provas testemunhais e exame de corpo que são as mais utilizadas, entretanto a palavra da vítima também tem valor, tende-se a serem esgotados as formas para a comprovação do delito, sendo piamente investigado para que não ocorra condenação injusta.

Neste sentido é que a influência das mídias aparece com grande força, como a internet “novo e maior meio comunicativo da atualidade, a alta repercussão que esse veículo proporciona é assustadora por vezes pois por mais que ela noticie crimes e dentre eles o estupro de vulnerável por vezes a mídia não tem acesso a todas as informações sendo sensacionalista algumas vezes e isso se dá em razão da falta de informação pois não possuem acesso aos dados processuais o que gera uma desordem na segurança jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto e por ser a vulnerabilidade nos casos de estupro o objeto central do presente trabalho é que o assunto é tratado com maior profundidade nesta monografia. Visando analisar as importantes transformações acerca do crime de estupro de vulnerável bem como o bem jurídico tutelado e suas tipificações. O crime de estupro está inserido no Título VI, da Parte Especial do Código Penal brasileiro. Esse título, em específico, trata dos crimes contra a dignidade sexual, e trata também no âmbito do art. 217-A que dispõe sobre o delito contra o sexualmente vulnerável.

Anteriormente e mais precisamente no Código penal de 1940 não figurava o crime de estupro de modo autônomo o que acarretava ao autor a incidência combinada dos arts. 213 do CP (estupro) com o artigo 224 do CP (presunção de violência), com base nisto é que foi criada uma lei de proteção a determinadas pessoas em condições peculiares as quais não podem oferecer resistência, desta forma é que se observa nesta pesquisa que os aspectos psicológicos, físicos, sociais, o desenvolvimento físico, mental, as relações familiares e suas configurações estão intimamente ligados com as vítimas de estupro. É notório que a lei se tornou mais severa quanto ao crime em questão, contudo nem sempre a reparação do dano é alçada e que por consequência causa ainda mais traumas a vítima, tornando o medo do ato se repetir e o risco ainda mais inerente.

A finalidade deste estudo não é apenas debater quanto a importância da proteção do vulnerável, mas também quanto aos modus operandi do infrator e as aplicações da

lei quanto a conduta do agente, bem como conscientizar acerca dos danos sofridos pelas vítimas que podem ser de ambos os sexos, mas principalmente na vítima mulher e incapaz de resistir a um ataque de violência. Sugere ainda mais que leis de garantia dos bens fundamentais sejam implementadas para evitar um crime que se tonou tão corriqueiro e também que o Estado dê o suporte necessário para essas pessoas de forma igualitária e respeitosa.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: **Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. São Paulo, Saraiva, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso De Direito Penal, vol.3** – Parte Especial arts 213 a 359-h. São Paulo: Saraiva, 2020.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e Direito Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CARMO, Michelly Eustáquia; GUIZARDI, Francine Lube. **O Conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/ywYD8gCqRGg6RrNmsYn8WHv/?format=pdf&lang=pt>, Acesso em | 02 de maio de 2022.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal: curso completo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. 1. ed. 15. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais: com a feição instituída pela lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GONÇALVES RIOS, Victor Eduardo Sinopses Jurídicas v 10 - **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração**. 24ª ed- São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal - Parte Especial arts.213 a 361- Vol. 3**. 5 ed-Rio de Janeiro: Forense, 2021. Grupo GEN, 2021. 9786559640188. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640188/>

NUCCI, Guilherme De Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Rio de Janeiro, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUSBRASIL. **Estupro de Vulnerável art. 217-A, §1º, CP - uma análise do crime praticado no momento de embriaguez completa da vítima**. Por Jennyffer Azevedo, 2020, Disponível em: <https://jennyfferazevedo.jusbrasil.com.br/artigos/772989169/estupro-de-vulneravel-art-217-a-1-cp-uma-analise-do-crime-praticado-no-momento-de-embriaguez-completa-da-vitima>, acesso em: 10 de abril de 2022.

O CONCEITO de vulnerabilidade e a violência implícita. **Revista Consultor Jurídico**, 19 jun. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>. Acesso em 01 de maio de 2022.

REVISTA CONSULTOR JURIDICO. **A questão da Embriaguez como Causa de Vulnerabilidade da Vítima de Estupro**. Por Patrícia Burin e Fernanda Moretzsohn. 8 de outubro de 2021, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-08/questao-genero-embriaguez-causa-vulnerabilidade-vitima-estupro>, acesso em: 8 de abril de 2022.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Dignidade sexual e proteção no sistema penal. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum. [online]**. 2011, vol.21, n.2, p. 185-188.

CAPÍTULO 18

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIOS

*NEW BIDDING LAW AND MAIN CHANGES IN THE BIDDING
PROCEDURE*

Poliane Kelly Moraes de Almeida¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

Este estudo tem por objetivo refletir acerca das principais alterações introduzidas pela Lei nº 14.133/2021 no procedimento licitatório à luz do princípio da eficiência. Para tanto, destacam-se as principais alterações legislativas, relacionando-as ao princípio da eficiência na Administração Pública. Como o legislador adotou um período de transição, em que vigoram conjuntamente as Leis nº 14.133/2021 e a Lei nº 8.666/1993, é importante compreender como as mudanças implementadas buscam assegurar maior eficiência à licitação e contratos públicos. Metodologicamente a pesquisa classifica-se como qualitativa, descritiva e bibliográfica. Constata-se que várias foram as mudanças implementadas na regulamentação das licitações com vistas à maior efetividade nas contratações públicas, na medida em que o legislador buscou desburocratizar o procedimento, proporcionando instrumentos para a maior transparência e celeridade na efetivação da contratação pública, sem que se mitigue a segurança jurídica.

Palavras-chave: Licitação. Inovações. Princípio da Eficiência. Lei 14.133/2021.

Abstract

This study aims to reflect on the main changes introduced by Law No. 14,133/2021 in the bidding procedure in light of the principle of efficiency. To this end, the main legislative changes are highlighted, relating them to the principle of efficiency in Public Administration. As the legislator adopted a transition period, in which Laws nº 14.133/2021 and Law nº 8.666/1993 are in force together, it is important to understand how the implemented changes seek to ensure greater efficiency in bidding and public contracts. Methodologically, the research is classified as qualitative, descriptive and bibliographical. It can be seen that several changes were implemented in the regulation of bids with a view to greater effectiveness in public procurement, insofar as the legislator sought to reduce bureaucracy in the procedure, providing instruments for greater transparency and speed in the execution of public procurement, without mitigate legal certainty.

Keywords: Bidding. Innovations. Principle of Efficiency. Law 14.133/2021.

1. INTRODUÇÃO

A obrigatoriedade da realização do procedimento licitatório para a contratação entre Administração Pública e particular se encontra consagrada na Constituição Federal de 1988. E coube à legislação infraconstitucional regulamentar as hipóteses em que o gestor público poderá realizar a contratação direta, nos casos expressos de dispensa ou inexigibilidade.

Nesse cenário é que a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, diploma conhecido como Lei Geral de Licitações, ganha relevo, pois além das hipóteses de contratação direta regulamenta diversas outras questões, como princípios, as fases do procedimento licitatório, os crimes em licitação, dentre questões outras. Porém, com o passar dos tempos, outras leis foram editadas para tratar de questões pontuais, como a modalidade de pregão e o regime diferenciado de contratação.

Dessa feita, e considerando ainda a evolução da sociedade, é que o legislador editou a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, diploma legal que vem sendo denominado de Nova Lei de Licitações. Isso se deve principalmente porque a licitação é um procedimento burocrático e que precisa observar o princípio da eficiência para alcançar bons resultados, mormente a possibilidade de que a Administração Pública selecione a proposta mais vantajosa.

Em que pese a edição de uma nova lei, salvo no que diz respeito à questão criminal, as duas leis acima mencionadas vigoram até 2023, quando então a Lei nº 8.666/1993 será integralmente revogada e a Lei nº 14.133/2021 regerá, exclusivamente, o procedimento licitatório. É a regra de transição adotada pelo legislador, cuja finalidade é assegurar a adequação da Administração Pública às inovações.

É nesse cenário que se situa o presente estudo, que tem por objetivo refletir sobre as principais mudanças implementadas pela Lei nº 14.133/2021 à luz do princípio da eficiência. E, como objetivos específicos busca-se compreender o conceito, fundamentos e princípios norteadores da licitação; averiguar as principais alterações introduzidas pela Lei nº 14.133/2021 e ressaltar a relevância das inovações para um procedimento licitatório mais célere e eficaz.

Destarte, e para alcançar os objetivos supra adota-se, como método de abordagem, o qualitativo e, como método de procedimento, o descritivo. No que diz respeito à técnica de pesquisa, classifica-se como bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.



2. LICITAÇÃO: ASPECTOS GERAIS

A obrigatoriedade da licitação na Administração Pública Direta e indireta se encontra consagrado no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, apenas nas hipóteses em que a lei dispensa ou deixa de exigir a realização da licitação é que o gestor público poderá efetivar a contratação direta. Logo, para que a Administração Pública atenda à sua função essencial, através da contratação de obras, serviços, concessão e permissão de serviços públicos, compras, alienações, locações, dentre outras, é necessária a realização do procedimento licitatório, sob pena de responderem os envolvidos nos termos da lei.

No Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988 representa um importante marco na instituição e democratização da Administração Pública. Sendo assim, a referida Carta Política reconheceu a licitação como um princípio constitucional, de observância obrigatória à Administração Direta e Indireta, de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (MEIRELLES, 2013).

Cumprir registrar, ainda, que o objeto da licitação pode ser obras, serviços (inclusive os de publicidade), compras, alienações, concessões, permissões e locações realizadas pela Administração Pública, ou seja, o objeto será sempre aquele que será contratado (BALTAR NETO; TORRES, 2020).

Antes de se apresentar o conceito de licitação, é importante registrar que o termo se origina do latim *licitatione*, que significa arrematar em leilão. Tem origem na Idade Média, nos Estados Medievais Europeus, em que era usado o sistema chamado “vela e prego”, sistema que se baseava na ideia de apregoar-se a obra desejada, enquanto uma vela queimava, sendo esse o tempo de duração. Quando a chama apagava, a obra era arrematada por quem houvesse feito o melhor preço ao Estado (CRETELLA JÚNIOR, 1975).

Ao conceituar licitação Mello (2015) a define como uma competição que as entidades governamentais devem promover a fim de escolher a proposta mais vantajosa, emitida pelos interessados em travar determinadas relações de conteúdo patrimonial com a Administração Pública. Logo, a competição deve ser uma disputa isonômica entre aqueles que preenchem os requisitos necessários para o adimplemento das obrigações pleiteadas.

Não destoa desse entendimento as lições de Baltar Neto e Torres (2020), os quais definem a licitação como prévio processo seletivo, realizado pelo gestor público e com base em critérios preestabelecidos, cuja finalidade é assegurar a participação dos particulares nas contratações públicas, fomentando a competitividade e privilegiando a isonomia.

Complementa Oliveira (2019) que a licitação, enquanto procedimento administrativo realizado pela Administração Pública, objetiva exatamente assegurar a isonomia entre os licitantes na escolha da melhor proposta, buscando ainda assegurar o desenvolvimento nacional sustentável. Por conseguinte, o procedimento deve pautar-se em critérios objetivos e impessoais.

Também Rossi (2020) conceitua o a licitação como prévio procedimento realizado pela Administração Pública antes da celebração de qualquer contrato administrativo, salvo nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade. Portanto, resguardar a igualdade de oportuni-

des é imprescindível para que os princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 sejam observados, a saber, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dos conceitos supra percebe-se que não há divergência doutrinária a respeito da definição de licitação, pois os autores apresentam semelhantes conceitos. Assim, verifica-se que a licitação se refere à prática de uma série ordenada de atos jurídicos, formando o procedimento licitatório, que possibilita que os particulares ofereçam seus serviços a Administração Pública, de acordo com a necessidade da mesma e assegurando a competição isonômica dos participantes.

Outrossim, é o procedimento licitatório que afasta a discricionariedade do gestor na escolha do particular que irá contratar com a Administração Pública, na medida em que a melhor proposta deve ser selecionada. Por isso Justen Filho (2015) assevera que a licitação reduz, de forma drástica, a discricionariedade do administrador, na medida em que os critérios de escolha do vencedor no certame são estabelecidos previamente. Logo, a objetividade prevalece.

Resta claro, portanto, que a licitação é a regra, devendo as contratações realizadas pela Administração Pública com terceiros ser precedida do referido procedimento, salvo nas hipóteses em que a própria lei dispensa a sua realização.

3. A LEI Nº 14.133/2021 E AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA DISCIPLINA DA LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/1993 regulamentou, por décadas, a licitação no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, com o passar dos tempos viu-se a necessidade de alterações na disciplina da licitação, o que foi assegurado pela Lei nº 14.133/2021. Porém, em virtude da regra de transição, até 2023 a Lei nº 8.666/1993 poderá ser aplicada, salvo no que diz respeito aos crimes em licitação, agora regulamentados no Código Penal. Exatamente por isso é importante refletir sobre as principais mudanças na disciplina da licitação.

Um das primeiras alterações sentidas na regulamentação das licitações no novel diploma é o próprio objetivo. Na Lei nº 8.666/1993 comumente se atribui a seleção da proposta mais vantajosa como a finalidade precípua da licitação. O novel diploma foi além, e em seu art. 11 elenca expressamente quatro são os objetivos da licitação: obter a proposta mais vantajosa; evitar sobrepreço, preços exequíveis e superfaturamento; alcançar tratamento isonômico; e, ainda, proporcionar inovação e desenvolvimento nacional sustentável. Portanto, o legislador, de forma mais ampla, tratou da finalidade/objetivo da licitação, uma vez que na Lei nº 8.666/1993 o foco era a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Não é demais salientar que a proposta mais vantajosa não necessariamente é aquela que apresenta o menor preço. Isso se deve porque, para alcançar a vantajosidade deve se considerar diversos aspectos, como o ciclo de vida do objeto da avença. Logo, a nova legislação estabelece que itens destinados ao consumo devem ser de qualidade comum, sendo vedada a aquisição de "itens de luxo" (BORDALO, 2021).



O segundo objetivo expresso na Lei nº 14.133/2021 é evitar que a Administração Pública contrate produtos e serviços com preço orçado em valor expressamente superior, com superfaturamento e preço inexecutável, situação que onera desnecessariamente a Administração Pública, e vai de encontro a princípios constitucionalmente consagrados, a exemplo do princípio da moralidade e da eficiência, expressos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

O terceiro objetivo do processo licitatório, na nova lei, é a necessidade de tratamento isonômico, “de modo a promover a justa competição. Trata-se de um desdobramento do princípio da impessoalidade, que engloba a noção de igualdade” (BORDALO, 2021, p. 23).

O último objetivo expresso na Lei nº 14.133/2021 é relevante do ponto de vista social pois, como leciona Bordalo (2021, p. 23), “trata-se de função regulatória das licitações e contratações, em que o certame se presta a fornecer certos setores sociais ou a induzir determinadas práticas benéficas pelos atores de mercado”.

Percebe-se que o objetivo da Nova Lei de Licitações é favorecer a sustentabilidade social, motivo pelo qual a Administração deve exigir um percentual mínimo de mão de obra responsável se constitua por mulher vítima de violência doméstica, importante inovação da Lei nº 14.133/2021, e por pessoa oriunda ou egressa do sistema prisional.

Outra relevante mudança diz respeito às modalidades de licitação. Isso se deve porque até o advento da Lei nº 14.133/2021 coexistiam a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão, o pregão (presencial e eletrônico) e a consulta, sendo a grande maioria regulamentada pela Lei nº 8.666/1993. Com o advento do novel diploma legal o ordenamento jurídico passa a contar apenas com o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo. Logo, foram suprimidas algumas espécies de procedimento licitatório e instituído um novo, qual seja, o diálogo competitivo.

Outrossim, de acordo com o art. 28, § 2º, da Lei nº 14.133/2021, é vedada a criação de outra modalidade de licitação, bem como a combinação das existentes. Trata-se de um rol exaustivo, que não comporta interpretação extensiva por parte do gestor público.

Anote-se que a concorrência é direcionada para qualquer interessado, desde que prove na fase inicial de habilitação os requisitos mínimos exigidos. De acordo com Rossi (2020), normalmente essa modalidade é definida em razão do valor da futura contratação, mas é possível que a concorrência seja aplicada em situações em que o valor não é o critério principal.

O concurso, por sua vez, visa a seleção de trabalhos técnicos, científicos ou artístico, quando há instituição de prêmio ou remuneração ao vencedor, teor do que dispõe o art. 30 da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021). Em suma, a sistemática do concurso não foi substancialmente modificada com o advento da nova lei de licitações, uma vez que o objetivo e ideia continuam sendo os mesmos.

Alexandre (2018, p. 911), apresenta exemplo da aplicação da modalidade licitatória em comento, no “[...] caso do Tribunal de Contas de Pernambuco, que instituiu algum tempo atrás um concurso para escolha de uma nova marca a ser utilizada pela instituição, conferindo um prêmio ao trabalho vencedor”.

Dando seguimento, tem-se a modalidade de leilão, agora prevista no art. 6º, da Lei nº 14.133/2021, cuja disposição é a seguinte “modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer maior lance” (BRASIL, 2021).

Não é demais ressaltar que na disciplina da Lei nº 8.666/1993 o legislador consagrou que os bens imóveis só poderiam ser alienados por leilão se adquiridos em processo judicial ou por dação. Contudo, o novel diploma determina que os bens imóveis, de forma geral, independente da forma de sua aquisição, poderão ser alienados pela modalidade leilão (BORDALO, 2021). Logo, independentemente de terem sido ou não adquiridos em processo judicial ou dação, é o leilão a modalidade a ser utilizada pela Administração para alienação de bens imóveis.

Ainda, no antigo regramento, os bens móveis deveriam respeitar um limite de valor, ressalva não consagrada na Nova Lei de Licitações. Portanto, qualquer que seja o valor dos bens móveis, será possível a participação no leilão, sendo o critério de seleção o maior lance realizado.

O pregão, por sua vez, instituindo inicialmente no ordenamento jurídico brasileiro para reger a licitação no âmbito das agências reguladoras, com a edição da Lei nº 14.133/2021 passa a ser modalidade geral de licitação, a teor do que dispõe o inciso XLI, do art. 6º do novel diploma legal. Se destina à aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério poderá ser o do menor preço ou do maior desconto (BRASIL, 2021).

Tem-se, ainda, a inserção de uma nova modalidade de procedimento licitatório, qual seja, o diálogo competitivo que, nos termos do inciso XLII, do art. 6º, da Lei nº 14.133/2021, se destina a contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados (BRASIL, 2021). Portanto, na modalidade em comento, os concorrentes serão escolhidos por meio de critérios objetivos visando desenvolver uma ou mais alternativas apropriadas para atender às necessidades da Administração Pública, na condição de licitante; e, quando finalizados os diálogos, os interessados deverão apresentar uma proposta final, que será então analisada pela Administração.

Ao abordar a nova modalidade licitatória, Guterres (2021) ressalta a sua aplicabilidade, restrita à contratação que versa sobre inovação tecnológica, busca assegurar ao gestor público que, nas contratações mais complexas, promova a participação do setor privado, se valendo da expertise dos interessados.

Semelhantes são a lição de Carvalho (2021), para quem o diálogo entre o Estado e os particulares já é uma realidade no Direito Administrativo moderno, que busca a construção de uma solução dos problemas junto à iniciativa privada, principalmente no que diz respeito à novas tecnologias.

Constata-se, portanto, que as modalidades de concorrência, concurso e leilão foram mantidas pela Lei nº 14.133/2021 e, o pregão, até então disciplinado na Lei nº 10.520/2002, agora se encontra regulamentado na Lei nº 14.133/2021, responsável, ainda, por introduzir uma nova modalidade licitatória, qual seja, o diálogo competitivo, tendo o legislador, ainda, suprimido a tomada de preço e o convite, espécies licitatórias

sem correspondência no novel diploma.

Portanto, apenas nos casos de dispensa e inexigibilidade é que o gestor público poderá contratar diretamente com o particular. Segundo Oliveira (2020, p. 650), “tecnicamente, é possível afirmar que a inexigibilidade não retrata propriamente uma exceção à regra da licitação, mas, sim, uma hipótese em que a regra sequer deve ser aplicada”. Significa dizer que a inexigibilidade decorre da não incidência da licitação e suas regras em virtude da falta de competição, pressuposto fundamental do processo licitatório.

Rossi (2020, p. 1120) ainda observa que existem pressupostos lógicos, no sistema de inexigibilidade, que levam o legislador a estabelecer os casos em que não se exige a licitação, qual sejam, a “[...] pluralidade de fornecedores, a pluralidade de competidores, a pluralidade de licitantes, a pluralidade de produtores no certame licitatório; se não houver pluralidade de competidores, a competição será considerada inviável, e, se inviável, a licitação será inexigível”. Percebe-se que é a viabilidade de competição que torna a licitação exigível ou não.

Desta forma, a competição se torna inviável em decorrência de duas situações: a impossibilidade fática de competição e a impossibilidade jurídica de competição. A primeira se refere ao fornecimento do produto por apenas um fornecedor, como é o caso do fornecedor exclusivo; e, a segunda, diz respeito à ausência de critérios objetivos que servem para definir a melhor proposta, fazendo com que a licitação não possa realizar um julgamento objetivo, como é o caso da contratação de artista (OLIVEIRA, 2020).

Na Lei nº 8.66/1993 a matéria foi regulamentada, de forma exemplificativa, no art. 25. Porém, a nova Lei de Licitações trouxe as hipóteses de inexigibilidade no art. 74 que, em seu inciso I dispõe ser inexigível a licitação para a aquisição de materiais e equipamentos que só possam ser fornecidos por empresa exclusiva, ou seja, que somente uma pessoa possa fornecer o serviço solicitado pela Administração (BRASIL, 2021). Nesse caso, pela inviabilidade de competição, haverá a inexigibilidade de licitação.

No inciso II, do art. 74, o legislador apontou a contratação de profissional de setor artístico, que seja consagrado pela crítica ou pela opinião pública (BRASIL, 2021). Nesse caso, também pela unicidade do artista, não ocorrerá a licitação.

Por sua vez, o inciso III traz uma série de serviços de natureza intelectual, predominantemente, realizados por pessoas e empresas de notória especialização, que dadas suas características torna a licitação inexigível quando se tem como objeto, por exemplo, estudos técnicos, pareceres, restauração de obras de arte, dentre outras situações elencadas na legislação.

Já no inciso IV, do art. 74, prevê a inexigibilidade de licitação quando os objetos possam ser contratados por meio do credenciamento, questão que será abordada oportunamente, dada a relevância ao presente estudo.

Por último, mas não menos importante, tem-se o inciso V, no qual o legislador informou que haverá também a inexigibilidade de licitação quando da aquisição ou locação de imóvel que sejam especiais em razão de suas características e/ou localidade (BRASIL, 2021).

Destarte, e sem a pretensão de esgotar a análise das mudanças, já que o objetivo desse estudo não é comparar a Lei nº 14.133/2021 à Lei nº 8.666/1993, percebe-se que várias questões foram modificadas, restando saber se as alterações visam assegurar a observância ao princípio da eficiência.

4. A LEI Nº 14.133/2021 E A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Cumpra esclarecer, nesse ponto, que os estudos sobre a Nova Lei de Licitações ainda são poucos, principalmente porque os dois diplomas legislativos – Lei nº 14.133/2021 e Lei nº 8.666/1993, salvo no que tange os crimes em licitação, que foi revogado quando da publicação do novel diploma, permanecem em vigor conjuntamente. Não obstante, os autores apontam que as mudanças buscam sobretudo assegurar a eficiência administrativa.

Nessa seara a consagração de novos princípios ganha relevo. A Lei nº 8.666/1993 trata dos princípios que regem a licitação no seu art. 3º. Assim, refere-se à isonomia, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a igualdade, a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo (BRASIL, 1988).

Uma simples análise dos princípios acima evidencia que o legislador, na década de 1990, tratou de repetir quatro princípios gerais que norteiam a Administração Pública, consagrados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade), omitindo a eficiência (BRASIL, 1988).

A Lei nº 14.133/2021, por sua vez, trata dos princípios de forma bem mais ampla, pois em seu art. 5º elenca, ao lado dos cinco princípios previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, os princípios do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (BRASIL, 2021).

Evidencia-se que além de expressamente prever o princípio da eficiência, não mencionado na Lei nº 8.666/1993, a Nova Lei de Licitações também trata de outros importantes princípios, interessando ao presente estudo quatro deles em especial: o da segregação de funções, do planejamento, da eficiência e da eficácia, apontados por autores como Carvalho (2021) e Bordalo (2020) como norteadores da nova disciplina da licitação no direito pátrio.

Segundo Carvalho (2021), o princípio da segregação de função é comumente adotado no âmbito interno dos órgãos de controle da Administração Pública. Consiste em impor separação de competências e atividades a cada servidor ao longo do procedimento. Logo, nas licitações impõe que cada fase procedimental conte com a atuação de um agente público diverso.

Carvalho (2021) exemplifica que, nesse caso, enquanto um servidor cuidará, por exemplo, da autorização, outro ficará responsável pela aprovação, enquanto um terceiro

terá como incumbência controlar e contabilizar, com vistas a evitar equívocos, fraudes e utilização irregular de recursos públicos.

Portanto, caso um servidor venha a cometer um erro ou a agir de forma a burlar a legislação que norteia a licitação, na fase subsequente o servidor responsável poderá identificar a irregularidade, o que decerto contribuirá não apenas para a maior lisura do procedimento licitatório, mas também para a economicidade e celeridade que se espera dos procedimentos administrativos.

Já o princípio do planejamento tem por escopo assegurar que a contratação entre particular e Administração Pública seja planejada, motivo pelo qual a Nova Lei de Licitações, por exemplo, prevê no art. 18: realização de estudo técnico preliminar do objeto da licitação. E, da mesma forma, preocupa-se com a adequação orçamentária, demonstrando a preocupação do legislador em obstar uma contratação que comprometa o bem-estar da coletividade.

Ao tratar da questão Carvalho (2021) ressalta que a Lei nº 14.133/2021 veio suprir uma falha existente nas legislações que a antecederam, que é exatamente a falta de preocupação do gestor público com os órgãos de controle interno, já que a precariedade na programação das licitações contava com a omissão do legislador.

Tem-se, ainda, o princípio da eficiência. Previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio em comento busca conferir maior qualidade no desenvolvimento das atividades públicas (MORAES, 2017).

Segundo Carvalho (2021), o princípio da eficiência relaciona-se com as normas da boa administração, cabendo ao Poder Público obter o maior número possível de efeitos positivos ao administrado, equilibrando o custo-benefício, proporcionando uma melhor eficácia nas ações do Estado.

Para Di Pietro (2018), este princípio impõe ao agente público uma atuação que produza resultados positivos ao que o Estado deseja alcançar, salientando que o princípio da eficiência se soma aos outros princípios administrativos, não podendo este se sobrepor a eles, pois causaria riscos à segurança jurídica e aos próprios Estados.

Não é demais ressaltar que quando da edição da Lei nº 8.666/1993 o art. 37, *caput*, da Constituição Federal não contava com o princípio da eficiência, que somente foi introduzido em 1998, motivo pelo qual não foi elencado no rol do art. 3º, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. E o legislador nunca alterou a redação daquela lei para fazer constar a eficiência como princípio norteador da licitação.

Porém, a doutrina já vinha preconizando, como leciona Carvalho (2021), a sua aplicação a todo e qualquer ato administrativo, por força da redação atual do *caput* do art. 37 do texto constitucional.

Ainda, o art. 5º da Nova Lei de Licitações consagrou o princípio da eficácia. Consiste, em apertada síntese, no cumprimento dos objetivos desejados pela Administração Pública na realização do procedimento licitatório. Portanto, deve ser compreendido em conjunto com outros princípios, na medida em que a eficácia decorre, por exemplo, de que a lici-

tação ocorra como planejado, que inexistam obstáculos à efetividade, que a segurança jurídica seja preservada, dentre outras questões.

Resta evidente, portanto, que a Nova Lei de Licitações inovou em matéria principiológica, ampliando consideravelmente aqueles princípios expressos que devem nortear a atividade daqueles que direta ou indiretamente participam do procedimento licitatório.

4.1. Reflexos da nova lei de licitações nas contratações públicas

Primeiramente importa registrar que além de estabelecer novos princípios norteadores da licitação, a exemplo da eficiência, o legislador também preocupou-se em estabelecer mecanismos que permitam assegurar a maior celeridade, a menor burocratização e, por conseguinte, eficácia ao procedimento licitatório.

Dentre os mecanismos implementados pelo legislador tem-se os programas de integridade, que surgiram como uma resposta à expansão do comércio, principalmente na seara internacional, e à necessidade de que as organizações fossem respeitadas junto à sociedade, aos seus concorrentes, às instituições financeiras, dentre outros, pois reconheceu-se que há transações que refletem na vida de inúmeras pessoas, não estando restritas à organização (SIEBER, 2013).

O instituto em comento, que surgiu no ordenamento jurídico norte-americano, vem ganhando espaço no direito brasileiro desde o advento da Lei Anticorrupção, que de forma expressa estabeleceu o *compliance* no setor público.

O legislador pátrio, reconhecendo que as contratações públicas é terreno fértil para fraudes, desvios de dinheiro, favorecimento de particulares, dentre outras práticas que violam os princípios e normas que regem a Administração Pública, tratou de estabelecer na Nova Lei de Licitações elementos que fomentam a implementação e desenvolvimento dos programas de *compliance*, assegurando que a contratação pública se dê com vistas a melhor proposta e ao bem-estar de todos.

Portanto, a Lei nº 14.133/2021 se preocupou com os riscos e, conseqüentemente, com a mitigação dos riscos, sendo o *compliance* um instrumento para obstar a instauração de práticas como fraudes ao procedimento licitatório, por exemplo.

Para se ter uma ideia da preocupação do legislador com os riscos no procedimento licitatório e, conseqüentemente, nos contratos administrativos, há três menções expressas ao termo “risco” no novel diploma.

Não bastasse isso, há uma preocupação do legislador em trazer para a disciplina da licitação institutos adotados por outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do norte-americano, principalmente quanto à fase interna do processo licitatório, agora fortemente norteadas pelos conceitos de governança e integridade (BORDALO, 2021).

Um exemplo da preocupação do legislador com a mitigação de riscos nas contratações



públicas é o disposto no inciso XXVII, do art. 6º da Nova Lei de Licitações, responsável por conceituar matriz de riscos, dispositivo sem correspondência na Lei nº 8.666/1993.

Anote-se, ainda, que os programas de integridade visam obstar as fraudes em procedimentos licitatórios; e, ainda que não sejam diretamente voltadas à corrupção, embora este não seja o foco do compliance, vem ganhando cada vez mais relevo, principalmente pelo fomento de práticas voltadas à valorização da moralidade também no âmbito público (FARIA; KFOURI NETO, 2016).

Dessa forma, a ideia de trazer os programas de *compliance* para as contratações públicas, o que perpassa pelo procedimento licitatório, é exatamente a diminuição de fraudes no âmbito das organizações que contratam com a Administração Pública. Por conseguinte, compelir boas práticas de gestão é uma forma de fomentar no âmbito privado e público uma boa gestão.

Outra questão de relevo é que antes mesmo da Nova Lei de Licitações já existiam normativas voltadas à adoção de programas de *compliance* para a contratação pública. Um claro exemplo é o Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção e dispõe sobre programas de integridade e estimula as empresas a investir na adoção de compliance.

Outrossim, há Estados que mesmo antes da Nova Lei de Licitações também disciplinaram, no âmbito de suas competências, a obrigatoriedade de que as empresas adotassem programas de integridade para contratar com a Administração Pública, tal como ocorreu com os Estados do Amazonas (Lei nº 4.730/2018 - Institui a exigência do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado), do Ceará (Lei nº 16.192/2016 - Cria o Programa Estadual de Fortalecimento ao Controle Administrativo), do Espírito Santo (Lei nº 10.793/17 - Determina que as empresas que firmarem contrato com a Administração Pública Estadual deverão seguir o novo Código de Conduta e Integridade a ser observado pelos fornecedores de bens e serviços) e Rio de Janeiro (Lei nº 7.753/2017 - Exige a implantação de Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato ou convênio com a administração público).

Evidencia-se que mesmo antes da edição de uma norma federal Estados-membros já se preocupavam em impor boas práticas às empresas que buscam contratar com a Administração Pública. Por isso o *compliance* deve ser implementado e desenvolvido de forma contínua e gradativa. Logo, não impõe a imediata adoção dos programas de integridade, pois o legislador não foi alheio à necessidade de adequação, inclusive do ponto de vista cultural e estrutural, para a implementação de tais programas. Por isso prevê o prazo de seis meses para a comprovação da implantação e desenvolvimento dos programas de integridade (BRAZ, 2021).

Embora a legislação assegure às empresas um prazo para implementação do *compliance*, é mister ressaltar a relevância do planejamento. Por conseguinte, acredita-se ser viável, principalmente para as organizações que buscam contratar com a Administração Pública, a prévia implementação dos programas de integridade, haja vista a complexidade e necessária adequações dos colaboradores.

Questão também relevante é a previsão do *compliance* em outros momentos, senão

a contratação de valor vultuoso. Uma das situações é utilização dos programas de integridade como critério de desempate quando interessados apresentados propostas idênticas. Logo, aquelas organizações que possuem programas de compliance serão consideradas mais vantajosas e deverão ser escolhidas em detrimento daquelas que não adotam nenhum programa (BRAZ, 2021).

Em suma, o novel diploma impõe a adoção de programas de *compliance* nas contratações, principalmente as de grande vulto (cujo valor ultrapassa duzentos mil reais), inclusive como critério de desempate e busca, assim, que a própria Administração Pública exerça maior controle acerca das contratações, refletindo também na aplicação de eventuais sanções administrativa.

Portanto, a Nova Lei de Licitações deu especial atenção aos programas de *compliance*, tratando da integridade em diversos momentos, o que demonstra a preocupação do legislador de que se antecipem os riscos e se adotem medidas para mitigá-los, fomentando boas práticas na gestão da coisa pública, mormente quanto à contratação entre Administração Pública e particulares.

Dando seguimento tem-se a adoção de boas práticas de gestão, fomentadas pelo novel diploma, mormente a transparência e a governabilidade. É temática que vem ganhando relevo há vários anos, na seara pública, principalmente pela consagração do princípio da publicidade no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Desde então diversos diplomas legais vêm tratando da transparência e buscando assegurar a lisura dos atos dos gestores públicos, o que alcança os procedimentos licitatórios e contratações públicas.

Quando se discute a questão, principalmente relacionando a problemática da corrupção na licitação, levanta-se a importância do compliance. Não obstante, alguns estudiosos apontam que a corrupção está mais presente na execução do contrato do que na fase de contratação propriamente dita. Isso se deve porque a Administração Pública e os particulares, não raras vezes, elaboram aditivos, prorrogam contratos, criam situações para postergar a sua execução e, assim, acabam por lesar o erário (CASTRO; MENEGAT, 2017).

A governança aplicada ao setor público é definida, em apertada síntese, pela capacidade de implementação de políticas voltadas à consecução e à otimização da gestão, à adoção de métodos de avaliação, controle, e responsabilização, à prevenção de riscos e à correção de desvios, visando a promover a eficiência, a eficácia e a transparência institucionais e a participação e o bem-estar da sociedade.

De fato, o desenvolvimento de um país se baseia nos recursos públicos direcionados aos serviços de educação, segurança, saúde, entre outros. Todavia, o supracitado progresso é fortemente prejudicado diante do fenômeno da corrupção, o qual está presente em todo o mundo (BITTENCOURT, 2014).

Cominado à crescente improbidade no âmbito da administração pública, tem-se a imposição de sanções de maneira inadequada ou em muitos casos a ausência de imposição, o que acaba diminuindo a credibilidade da norma em decorrência da não eficiência na resolução dos problemas. Ganha relevo, nesse cenário, instrumentos de gestão corporativa, mormente as boas práticas consubstanciadas no princípio da transparência, que permitem principalmente que a sociedade acompanhe a atuação dos gestores públicos,

fiscalizes a utilização de recursos públicos (FERREIRA, 2020, p. 162).

Há de se ressaltar, ainda, que o fato da legislação agora prevê expressamente a transparência como um dos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, nos termos do art. 5º da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

Evidencia-se que no âmbito da Nova Lei de Licitações há a preocupação com a adoção de boas práticas de gestão, o que remete à governança pública e à transparência que, por sua vez, clama a maior participação da sociedade e fomenta o controle da população sobre as práticas de gestão. Logo, as boas práticas de gestão surgem ao lado dos programas de integridade, demonstrando a tendência nas contratações públicas na vigência do novel diploma.

Por último, mas não menos importante, o legislador também tratou da solução de conflitos, com vista à maior eficiência e eficácia das licitações. É uma resposta à alta burocracia, que norteou por anos a gestão da coisa pública no Brasil. A Nova Lei de Licitações, contudo, surge noutro momento, considerando a evolução social e tecnológica, dentre questões outras, buscando nortear também a mais célere resolução de conflitos.

Um claro exemplo se encontra previsto no art. 138 da Lei nº 14.133/2021, que prevê a possibilidade de extinção do contrato entre o particular e a Administração Pública por meio da conciliação e da mediação, bem como de um comitê de resolução de disputas, desde que haja, claro, interesse da Administração (BRASIL, 2021).

Para Carvalho (2021), as inovações acima, mormente quanto à resolução alternativa de conflitos, buscam fomentar a rápida solução dos problemas decorrentes dos contratos administrativos, prezando pelo bem-estar da coletividade e a supremacia do interesse público.

Outrossim, a partir do art. 151 do novel diploma o legislador trata dos meios alternativos à resolução de controversas, autorizando a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem, com vistas a tornar, repita-se, mais célere e menos complexa a resolução de conflitos.

Portanto, o legislador atentou para uma tendência que vem fomentando a desjudicialização de conflitos inclusive no âmbito da Administração Pública, sem que se mitigue a segurança jurídica. E, de forma inovadora trata da resolução alternativa de controversas no procedimento licitatório (CARVALHO, 2021, 132).

Por fim, cumpre tão somente ressaltar que o comitê de resolução de disputas, ao contrário da mediação, conciliação e arbitragem, ainda não encontra regulamentação no direito brasileiro. Contudo, segundo Carvalho (2021, p. 132), o próprio contrato entre a Administração Pública e o particular pode estabelecer sua composição e atribuições, tendo em vista a fiscalização do objeto do contrato e a promoção de assessoramento técnico adequado, pois o autor defende que a finalidade precípua a solução alternativa de controversas é dirimir problemas que possam surgir na execução dos contratos. Em qualquer caso a publicidade e a transparência deverão ser observadas.

Resta evidente a preocupação do legislador é assegurar meios para que o procedi-

mento licitatório se desenvolva de forma mais célere, transparente e eficaz, o que de certo corrobora para assegurar a eficiência administrativa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, ao longo do presente estudo, e a partir de uma análise das principais alterações imprimidas na regulamentação da licitação e dos contratos públicos, refletir sobre as contribuições para assegurar a eficiência administrativa.

Constatou-se que o gestor público, ao contratar com a iniciativa privada, tem a obrigação de realizar previamente procedimento licitatório, seguindo sempre o disposto na lei, uma vez que a Constituição Federal de 1988, de forma expressa, determina a realização de licitação pública, ressalvando os casos de dispensa e inexigibilidade regulamentados em lei.

Viu-se, ainda, que o legislador reconheceu a necessidade de se estabelecer mudanças na legislação que regulamenta o procedimento licitatório e, assim, estabelecer instrumentos capazes de atender, de forma mais célere e eficiente, os interesses da Administração Pública. Nesse cenário é que veio a lume a Lei nº 14.133/2021, novo marco regulatório das licitações.

Contudo, não há como negar que a questão é complexa, uma vez que o novel diploma não extirpou, salvo no que tange os crimes, a aplicabilidade da Lei nº 8.666/1993. Isso se deve porque até 2023 os dois diplomas deverão ser observados no período de transição. Portanto, o legislador se preocupou em estabelecer um prazo para possibilitar que os gestores públicos e demais envolvidos com os procedimentos licitatórios, a exemplo do operador do Direito, possam se situar e compreender as novas regras.

Ainda, embora as mudanças na regulamentação não sejam tão profundas, há questões importantes, como a consagração de um rol maior de princípios, dentre eles o da eficiência; a supressão de modalidades de licitação e a instituição de um novo modelo; a explicitação das finalidades do procedimento licitatório, dentre outras questões. E são exatamente estas alterações que buscam proporcionar um procedimento mais célere, transparente e conseqüentemente eficiente.

Dentre os mecanismos que buscam um procedimento mais célere e eficaz tem-se a adoção de programas de integridade e, conseqüente, o fomento de boas práticas de gestão – governança pública, a transparência como princípio e, ainda, o fomento de meios alternativos à resolução de conflitos que decorram da execução do contrato entre particular e a Administração Pública.

O legislador, portanto, reconhece a importância de que os particulares que contratam com a Administração Pública adotem programas que busquem ressaltar as boas-práticas de gestão. O compliance, nesse cenário, ganha relevo em momentos diversos, desde o critério de desempate até o momento da aplicação de eventual sanção.



Outrossim, e seguindo a tendência legislativa, preza pela resolução de conflitos sem que se leve ao Judiciário, por exemplo, a apreciação de problemas. Permite que se estabeleça, no próprio contrato, meios para resolução de controversas, além de fomentar a conciliação, a mediação e a arbitragem. Preza, portanto, pela mais célere resolução das controvérsias e o fomento do diálogo.

Constata-se, portanto, que o legislador busca assegurar que não apenas o procedimento licitatório, mas também a contratação entre Administração Pública e particular se dê de forma a permitir que o bem-estar coletivo e o interesse público sejam preservados.

Destarte, em meio a esse cenário a busca de instrumentos para mitigar riscos, por exemplo, passa a ganhar relevo, o que não foi tratado pelo legislador na década de 1990. Há, portanto, inovações importantes, que devem conduzir as contratações principalmente a partir de 2023, quando a Lei nº 8.666/1993 deixar de ser aplicada, para vigorar apenas a de nº 14.133/2021.

Referências

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BORDALO, Rodrigo. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças**. Saraiva Educação, 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em. Acesso: 20 mai. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.
- BRAZ, Bruna Nayara do Monte et al. *Compliance na administração pública: necessidade de ampliação dos requisitos contratuais previstos na lei 8.666/93*. **Academic Journal of Studies in Society, Sciences and Technologies–Geplat Papers**, v. 2, n. 1, 2021.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo: licitação e contratos administrativos nos termos da Lei nº 14.133/21**. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; MENEGAT, Fernando. O Estatuto das estatais e a matriz de risco nos contratos públicos: breve ensaio sobre o rompimento da "Teoria das Áleas" no Direito Administrativo. In: **A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo de Natal**, 2016. Curitiba: Íthala, 2017.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FARIA, Edimur Ferreira De; KFOURI NETO, Miguel. **Intervenção estatal, governança corporativa e**

compliance no combate à corrupção [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/Unicuritiba. Florianópolis: CONPEDI, p. 167-183, 2016.

FERREIRA, Celma Duque et al. Transparência da prestação de contas dos gastos públicos nos governos municipais: um estudo de caso no Estado de Goiás. **Revista Ambiente Contábil**. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, v. 12, n. 2, p. 157-178, 2020.

GUTERRES, Thiago. **A nova lei de licitações**. Natal, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222330/ebook%20-%20a%20nova%20lei%20de%20licita%C3%A7%C3%B5es%20-%20thiago%20guterres.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 mai. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: 17. ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Método, 2019.

ROSSI, Lícínia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SIEBER, Ulrich. Programas de 'Compliance' en el Derecho Penal de la Empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.); ARROYO ZAPATERO, Luís Alberto (Dir.). **El Derecho penal econômico en la Era Compliance**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013.

CAPÍTULO 19

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E AS FALSAS MEMÓRIAS: RISCOS E FALHAS NO PROCEDIMENTO

*THE RECOGNITION OF PEOPLE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS
AND FALSE MEMORIES: RISKS AND FAILURES IN THE PROCEDURE*

Maria Geovana Miranda Melo¹

Viviane Sousa Vieira¹

Suelma Dias Silveira²

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA

2 Professora Especialista, Centro Universitário Dom Bosco - UNDB, São Luís-MA



Resumo

O reconhecimento de pessoas é um meio de prova previsto na legislação penal brasileira cujo objetivo é, em suma, identificar um indivíduo como sendo o autor de determinado ato delituoso. Por depender, na maioria das vezes, da memória humana (ou da falta dela), esse procedimento apresenta algumas falhas, advindas da inobservância dos procedimentos previstos em lei, o que resulta, na maioria das vezes, na condenação de inocentes e na absolvição de culpados. O presente trabalho buscou evidenciar a necessidade de entender a influência das falsas memórias no processo de reconhecimento de pessoas, demonstrando os riscos e falhas no procedimento. Por fim, objetivou-se destacar a importância de os profissionais do sistema de justiça criminal brasileiro estarem preparados para lidarem com as provas provenientes da memória humana, com destaque na capacitação técnica para condução do processo de reconhecimento, nos termos que a legislação determina e, na qualificação profundada nos ensinamentos da psicologia e da neurociência. A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, onde foram realizadas buscas por meio de livros, artigos científicos, trabalhos acadêmicos, teses, sites, doutrinas, leis e consultas jurisprudenciais.

Palavras-chave: Reconhecimento de pessoas. Reconhecimento Pessoal. Reconhecimento fotográfico. Falsas memórias.

Abstract

Recognition of persons is a means of proof provided for in Brazilian criminal law whose objective is, in short, to identify an individual as the author of a certain criminal act. As it depends, most of the time, on human memory (or lack thereof), this procedure has some flaws, arising from the non-observance of the procedures provided by law, which, in most cases, results in the conviction of innocent people and the acquittal of guilty. The present work sought to highlight the need to understand the influence of false memories in the process of recognizing people, demonstrating the risks and failures in the procedure. Finally, the objective was to highlight the importance of professionals in the Brazilian criminal justice system being prepared to deal with evidence from human memory, with emphasis on technical training to conduct the recognition process, under the terms that the legislation determines and, in-depth qualification in the teachings of psychology and neuroscience. The research methodology used was the bibliography, where searches were carried out through books, scientific articles, academic works, theses, websites, doctrines, laws and jurisprudential consultations.

Keywords: People recognition. Personal recognition. Photographic recognition. False memories.



1. INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro depende, em grande parte, de provas cujo embasamento é, fundamentalmente, a memória humana. Desde o flagrante até a condenação, precisa-se da memória para reconstruir um fato e legitimar uma absolvição ou condenação. Em vista disso, tem-se o reconhecimento de pessoas como sendo um meio de prova dependente da memória humana e, conseqüentemente, da qualidade dela.

O reconhecimento de pessoas é um dos meios de provas admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e está disposto nos artigos 226 e seguintes do Código de Processo Penal. Esse procedimento tem como finalidade a identificação, pela vítima/testemunha, do suposto autor de um crime.

Este artigo é de grande relevância social por tratar acerca de um gênero de prova que depende inerentemente da memória humana e de fatores internos e externos que podem contaminar essa memória e, conseqüentemente, resultar em reconhecimentos ineficazes.

Efetivamente, uma decisão judicial fundamentada em um reconhecimento realizado com a incidência de falsas memórias, pode resultar em danos irreversíveis para o projeto de vida da pessoa que foi condenada injustamente, pois esta será privada de usufruir de um valioso direito fundamental: a sua liberdade. Ademais, há que se falar também na honra dessa pessoa, que mesmo sendo inocente, terá a sua reputação manchada perante a sociedade.

Isso faz com que a análise acerca dos procedimentos adotados no instituto do reconhecimento de pessoas, bem como da incidência das falsas memórias na produção desse meio de prova, torne-se de extrema importância para evitar erros judiciários que podem resultar em condenações injustas.

O presente trabalho objetiva demonstrar a fragilidade da memória humana que cotidianamente é utilizada no processo penal brasileiro, bem como apontar as falhas na persecução penal e a necessidade de os operadores do sistema de justiça criminal estarem preparados para lidar com informações advindas da memória humana.

Como objetivo principal, visa demonstrar como as falsas memórias influenciam no processo de reconhecimento de pessoas e como isso pode resultar na condenação de inocentes, tendo em vista que, conforme pode-se observar no decorrer do trabalho, a maioria dos reconhecimentos realizados no Brasil não seguem os padrões mínimos estabelecidos pela legislação brasileira ou indicados pela neurociência ou, ainda, pela psicologia do testemunho.

2. A MEMÓRIA HUMANA E A FORMAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS

Para que possamos entender quais são os riscos que as falsas memórias trazem para o processo penal, é preciso compreender primeiramente como a memória humana funciona e como ocorre a formação das falsas memórias. Para isso, é necessário buscar apoio em outras áreas do conhecimento, como a neurociência e a psicologia.

De acordo com o neurocientista Ivan Izquierdo (2014), a memória significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. Dessa forma, trata-se de um mecanismo pelo qual o cérebro armazena diversas informações, que podem ser recordadas em um curto ou longo período de tempo.

Para o senso comum, a memória seria capaz de entregar o conteúdo dos fatos vividos a qualquer momento, no entanto, esta não é uma boa definição de como a memória humana funciona (MATIDA; CECCONELLO, 2021). A psicóloga cognitiva Elizabeth Loftus (2006) leciona que a memória não funciona como uma máquina filmadora, capaz de armazenar de forma fidedigna todos os fatos vividos por alguém e de possibilitar o acesso com a finalidade de responder a questões futuras ou identificar imagens (LOFTUS, 2006, p. 93).

É preciso considerar que, especialmente no que concerne ao processo de reconhecimento de pessoas, tem-se que, no geral, as memórias estão relacionadas a eventos traumáticos, onde estiveram presentes inúmeros fatores que podem ter interferido no processo de armazenamento da memória, como o estresse e o medo, por exemplo (STEIN, ÁVILA, 2015). Nesse caso, é possível que a vítima/testemunha, em determinadas situações, incorra em ter uma lembrança distorcida dos fatos vividos.

Vale ressaltar que existem diferenças de um indivíduo para o outro e isso faz com que cada um responda de forma diferente diante de determinadas situações. Algumas pessoas podem responder à determinada ameaça com medo (principalmente quando havia violência envolvida), ou com raiva, ou ainda, com distúrbios emocionais que continuam presentes mesmo após o ocorrido (STEIN, ÁVILA, 2015).

Assim, ao relatar o que se lembra a respeito de um determinado fato, é possível que o sujeito esteja criando uma nova memória sobre o acontecimento e não apenas descrevendo o que se recorda, pois, a qualidade das informações gravadas na memória é “degradável, flexível e maleável” (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 411).

Outro fator que deve ser levado em consideração é o intervalo de retenção da memória, ou seja, o lapso temporal entre o momento em que ocorreu determinado fato e o momento em que se é questionado a respeito, pois quanto mais o tempo passa, maior a probabilidade de haver um descompasso entre o que de fato aconteceu e o que será relatado (MATIDA, CECCONELLO, 2021).

O principal efeito desse intervalo é o esquecimento, pois com o passar do tempo a memória tende a perder gradualmente a sua nitidez, podendo chegar ao esquecimento total daquela lembrança. Nas palavras de Stein e Ávila (2015, p. 21), “esta gradual deterioração da memória em função da passagem do tempo, aumenta as chances de ela vir a ser contaminada, seja interna ou externamente, produzindo falsas memórias”.

Entretanto, o passar do tempo não necessariamente levará ao esquecimento. De acordo com Stein e Ávila (2015), existem dois fatores que ajudam na manutenção da memória: o primeiro fator é a intensidade da emoção vivida com determinado evento, e o segundo está relacionado a quantas vezes o indivíduo ficou recuperando o evento sem interferências, ou seja, quantas vezes ele reviveu aquele momento. Sobre esse segundo aspecto, é necessário ter bastante atenção, pois cada vez que essa recuperação da memória é repetida, existe um risco de ser alterada por falhas internas ou por sugestões dadas por terceiros.

É nesse contexto que são criadas as falsas memórias. As falsas memórias não devem ser vistas como mentiras, pois “nas falsas memórias, por contaminação *do registro, armazenamento ou na tentativa de se recuperar* o fato ocorrido, falta correspondência entre o que aconteceu e o que é recordado” (STEIN, 2009 apud MATIDA, CECCONELLO, 2021, p. 411).

Paralelamente, tem-se a importante diferenciação entre as falsas memórias e a mentira, trazida pelos nobres professores Janaína Matida e William Ceconello (2021).

A falsa memória acompanhada da sinceridade do relato provoca um erro honesto; um descompasso entre o relatado e o ocorrido que é, inobstante, bem intencionado. Na mentira, vale esclarecer, para continuar com o mesmo exemplo do fato “x”, a vítima/testemunha recorda “x” e relata deliberadamente o fato “y”. O descompasso entre o relatado e o experienciado por ela não é bem intencionado, mas desonesto. (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 411)

Em outras palavras, tem-se que as falsas memórias se diferem da mentira no sentido de que na mentira, a pessoa conta propositalmente algo que ela sabe que não é verdade, enquanto nas falsas memórias, ocorre uma confusão, onde o indivíduo tem certeza que viveu aquilo, ainda que não tenha de fato vivido (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 411).

As pesquisadoras Carmem Neufeld e Lílian Stein (2001), explicaram um dos experimentos mais famosos de Elizabeth Loftus sobre as falsas memórias, destacando aquelas decorrentes de sugestões feitas por terceiros, que são comumente vistas no procedimento de reconhecimento de pessoas, conforme demonstrado a seguir.

Num típico experimento com o paradigma da falsa informação, uma cena original era apresentada aos sujeitos, apresentando, por exemplo, um acidente de carro devido ao avanço inapropriado de um dos motoristas na placa de “dê a preferência”. Numa segunda etapa, o experimentador sugeria, para metade do grupo de participantes do experimento, alterações quanto ao que havia sido visto na cena original (por exemplo: ao invés da placa de “dê a preferência”, era sugerido que a placa era de “pare”). Num terceiro momento, quando a memória para a cena original era testada, a grande maioria dos sujeitos que havia sofrido a sugestão da informação falsa, respondiam de acordo com ela, ou seja, afirmavam terem visto a placa de “pare”, apesar de terem sido instruídos a responderem com base somente na cena original, apresentada anteriormente na sequência de slides (NEUFELD; STEIN, 2001, p. 180).

Com base nesse experimento, tem-se que a memória humana pode ser facilmente distorcida através de apenas uma palavra, em forma de sugestão, resultando na implan-

tação de falsas memórias. Daí a importância de tentar minimizar as sugestões de um procedimento que já é “inerentemente sugestivo” (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 414).

Nesse sentido, a confiabilidade dada ao resultado de um reconhecimento depende da realização do devido alinhamento entre os limites da memória humana e técnicas que visem preservar a fidedignidade dessa memória (NEUFELD; STEIN, 2001).

Diante disso, a memória é elemento central no processo de reconhecimento de pessoas, uma vez que esse instituto tem como base fundamental as lembranças que a vítima/testemunha possui acerca de determinado ato delituoso que presenciou (MATIDA; CECCONELLO, 2021) portanto, quanto mais verossímil, ou quanto mais acurado for o processo de recuperação dessa recordação, mais fidedigno será o reconhecimento a ser realizado, o que pode diminuir consideravelmente o número de falsos reconhecimentos.

3. O RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL

O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto nos artigos 226 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP), podendo ocorrer tanto na fase pré-processual como também processual. Sobre esse reconhecimento, o ilustre professor Aury Lopes Jr. (2020) conceitua o seguinte:

O reconhecimento é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências. Quando coincide a recordação empírica com essa nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, ocorre o reconhecer. (LOPES JR., 2020, p. 770)

Do mesmo modo, relevante é o ensinamento do nobre professor Renato Brasileiro (2020), que sobre a natureza jurídica e a finalidade desse instituto ensina que:

Trata-se de meio de prova por meio do qual alguém identifica uma pessoa ou coisa que lhe é mostrada com pessoa ou coisa que já havia visto, ou que já conhecia, em ato processual praticado perante a autoridade policial ou judiciária, segundo o procedimento previsto em lei. (BRASILEIRO, 2020, p.787)

O doutor professor Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 464) também discorre sobre o tema, segundo o qual reconhecimento “é o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa”. Ademais, sobre a natureza jurídica desse mecanismo, o estudioso aduz o seguinte:

Trata-se de meio de prova. Através do processo de reconhecimento, que é formal, como se verá a seguir, a vítima ou a testemunha tem condições de identificar (tornar individualizado) uma pessoa ou uma coisa, sendo de valerosa importância para compor o conjunto probatório. (NUCCI, 2016, p. 464)

Assim, por meio desse processo de reconhecimento, a vítima/testemunha tem condições de identificar uma pessoa como sendo o autor de determinado delito, o que confere

a esse instituto um grande valor probatório, devendo ser realizado de acordo com as formalidades exigidas pela legislação processual vigente.

Ainda no campo doutrinário, a ilustre professora Mariângela Tomé Lopes (2011) leciona que, para que haja a propositura de uma ação penal, é necessário que se tenha indícios suficientes de autoria, pois não é possível dirigir a investigação contra alguém, sem a identificação deste, ou seja, sem elementos mínimos de sua autoria. É nesse contexto que se insere o reconhecimento de pessoas, pois ele é um meio de prova extremamente importante para identificar o possível autor de um delito.

Outrossim, o professor Renato Brasileiro (2020), conceitua que, para que o Estado possa punir o autor de um delito, é indispensável que se tenha o conhecimento efetivo e seguro da sua correta identidade, a saber:

Para que o Estado possa punir o autor do delito, é indispensável o conhecimento efetivo e seguro de sua correta identidade, sobretudo se considerarmos que a própria Constituição Federal prevê que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, 1ª parte) (BRASILEIRO, 2020, p.216).

Nesse sentido, levando em consideração que o sistema processual penal brasileiro confere elevado valor probatório ao reconhecimento de pessoas, é necessário que o assunto seja amplamente abordado, devendo-se enfatizar a “imprescindibilidade de um alinhamento justo, de instruções adequadas e de ausência de *feedbacks*” (MATIDA; CEC-CONELLO, 2021, p. 431).

Em vista disso, sabendo que o reconhecimento de pessoas é um meio pelo qual se busca chegar à identificação do autor de determinado ato delituoso - auxiliando na aplicação da legislação penal vigente - é preciso entender como ele ocorre no Brasil, a começar pelo reconhecimento pessoal, que será abordado no tópico a seguir.

4. RECONHECIMENTO PESSOAL: RISCOS E FALHAS NO PROCEDIMENTO

O reconhecimento pessoal, aqui tratado como sendo o reconhecimento realizado de forma presencial, tem seu procedimento disposto nos artigos 226 e seguintes do CPP, conforme demonstrado no tópico 3 deste trabalho.

Segundo o que leciona o professor Aury Lopes Jr. (2020), o disposto no artigo 226 do CPP deve ser rigorosamente seguido. Para ele, “tais cuidados, longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país” (LOPES JR, 2020, p. 773).

Para Nucci (2016, p. 464), o reconhecimento pessoal deve cumprir as formalidades trazidas pela legislação. Nas palavras do mestre, “o art. 226 do Código de Processo Penal prevê as regras para a realização formal do reconhecimento de pessoa ou coisa. Logo, não se trata de um procedimento qualquer, a realizar-se conforme a arbitrária vontade do juiz

ou da autoridade policial.”

Com efeito, cabe mencionar que, embora houvesse um entendimento majoritário por parte da doutrina no sentido de que essas formalidades deveriam ser observadas, havia uma pacificidade na jurisprudência dos tribunais no sentido de que o não cumprimento das regras previstas no artigo 226 do CPP – por se tratarem de meras recomendações – por si só, não configuraria nulidade do ato. A título exemplificativo, merece citação o seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. TESE DE VIOLAÇÃO DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO HARMÔNICA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPERIOR CORTE DE JUSTIÇA. 1. A jurisprudência sedimentada desta Corte é a de que “as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei” (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe de 13/6/2017). 2. Além disso, a autoria ficou comprovada, em juízo, por meio de prova testemunhal, e não apenas no reconhecimento judicial do agravante. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 1520565 SP 2019/0169505-7, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 10/09/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/09/2019).

Porém, em 2020 esse cenário começou a ser alterado. A 6ª Turma do STJ rompeu a posição jurisprudencial majoritária ao decidir que o procedimento previsto no artigo 226 do CPP não configura mera recomendação do legislador, mas trata-se de uma observância necessária, sob pena de invalidade do ato.

De acordo com a decisão proferida no julgamento do HC 598.886/SC, o reconhecimento só pode ser considerado válido se estiver de acordo com os requisitos legais e se corroborado por outras provas produzidas sob o viés do contraditório e da ampla defesa. Segue a posição do colegiado, extraída do julgamento do HC retromencionado:

(...) 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020).

Do mesmo modo, a 5ª Turma do STJ, em julgamento de HC nº 652.284/SC, realizado em maio de 2021, firmou entendimento em acordo com o que já havia sido consagrado pela 6ª Turma do STJ no HC nº 598886/SC. Para o colegiado, o reconhecimento fotográfico ou presencial feito pela vítima na fase do inquérito policial sem a observância dos procedimentos descritos no artigo 226 do CPP, não constitui evidência segura da autoria do delito (HC 652.284/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 03/05/2021).

De certo, a recente posição adotada pelos Tribunais Superiores pode significar uma pretensa virada de chave, pois passa-se a considerar que o reconhecimento realizado em desacordo com as formalidades legais produz um elemento probatório falho, suscetível a erros judiciários.

Paralelamente, apresenta-se dados trazidos pela ilustríssima Janaína Matida (2022), em seu artigo "*Verdade dos fatos não negocia com opiniões: ainda o reconhecimento de pessoas*", publicado em 06 de maio de 2022, onde trouxe dados relevantes de uma pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Essa pesquisa analisou dados relativos ao período de janeiro a junho de 2021 em 32 comarcas, 242 processos de 342 réus (MATIDA, 2022, p. 4).

De acordo com o estudo, buscando decisões fundamentadas por "reconhecimento fotográfico", e considerando os processos sentenciados, a pesquisa informa que 73% são decisões de condenação, enquanto 27% são de absolvições. Dentre as absolvições, em 83% dos casos houve a decretação de preventiva em algum momento do processo pelo tempo médio de um ano e dois meses (MATIDA, 2022, p. 4).

À vista disso, é imperioso trazer à baila o entendimento do Min. Rogério Schietti Cruz, que em seu voto no HC 712.781, o magistrado relembrou três importantes teses já fixadas pelo STJ, a saber:

[...] o reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no CPP; a inobservância desse procedimento torna o ato inválido; e a realização do reconhecimento pessoal deve ser justificada por elementos que indiquem a possível autoria do crime, de modo a se evitarem arbitrariedades capazes de potencializar erros na verificação dos fatos [...] (STJ - HC: 712781 RJ 2021/0397952-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 15/03/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/03/2022).

Por isso, buscando entender as limitações humanas e enxergar a memória tal qual ela é, não como se espera que ela seja, surge a necessidade de mudar uma série de procedimentos no âmbito probatório – seja no que se refere à produção, seja no que se refere à valoração probatória ou, ainda, no que se refere à decisão que será tomada sobre os fatos (MATIDA; CECCONELLO, 2021).

5. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: RISCOS E FALHAS NO PROCEDIMENTO

O reconhecimento fotográfico pode ser compreendido como sendo o ato de reconhecer, por meio de fotografias, determinada pessoa ou coisa. Conforme leciona o ilustre professor Renato Brasileiro (2020), o reconhecimento do acusado através de fotografias não encontra previsão legal, porém, seja por meio do princípio da busca da verdade, ou por meio da força do princípio da liberdade de produção de provas, tem sido admitido pela doutrina e jurisprudência, devendo-se observar, por analogia, o procedimento previsto no CPP para o reconhecimento pessoal (BRASILEIRO, 2020).

O nobre professor Edilson Mougénou Bonfim (2019, p.555), por sua vez, aduz que “[...] essa modalidade constitui meio de prova inominado, devendo obedecer ao procedimento traçado no art. 226 do Código de Processo Penal, no que couber [...]”. Para o autor, é imprescindível que haja neutralidade no momento do reconhecimento, de modo que não se exerça nenhuma influência sob a vítima/testemunha durante esse procedimento.

Ademais, o douto professor Guilherme Nucci, ao tratar sobre o tema, ensina que embora essa espécie de reconhecimento venha sendo admitida como meio de prova, ela deve ser vista com muita cautela, pois a identificação de uma pessoa por intermédio da visualização de uma fotografia pode não espelhar a realidade, dando margem a muitos erros (NUCCI, 2016). O jurista ressalta ainda que se a utilização desse instrumento for indispensável, é necessário que a autoridade policial ou judicial siga as formalidades exigidas no artigo 226 do CPP.

Acrescente-se que, no Brasil, o reconhecimento de pessoas segue a lógica da repetibilidade, como se isso não acarretasse em algum prejuízo. Segundo os estudiosos Cecconello, Ávila e Stein, “[...] a repetibilidade dessa prova não leva em conta o possível esquecimento de informações, ou a inserção de informações posteriores ao evento, que modificam a memória original” (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018, p. 1058).

Tendo em vista as informações relevantíssimas trazidas pela doutrina acerca do reconhecimento fotográfico, chama-se a atenção para os seguintes pontos: o reconhecimento fotográfico deve seguir o procedimento previsto no artigo 226 do CPP; ademais, trata-se de procedimento que não deve ter repetido; e há a necessidade de que esse procedimento seja realizado de forma neutra, visando minimizar erros, ou seja, os profissionais que conduzirão o reconhecimento precisam estar capacitados para isso.

No Brasil, o reconhecimento fotográfico é realizado basicamente de duas formas: pelo *show-up* ou através do álbum de suspeitos (MATIDA, CECCONELLO, 2021, p. 418). No primeiro caso, apresenta-se uma foto do suspeito à vítima/testemunha, que deverá dizer se a pessoa a ser reconhecida é ou não autor do delito (STEIN; ÁVILA, 2015).

De acordo com Matida e Cecconello (2021), o problema do *show-up* está na falta de alternativa dada a vítima/testemunha para que ela possa considerar as opções e então identificar alguém como sendo a pessoa que havia visto antes.

Nesses casos, a vítima pode chegar a reconhecer um suspeito apenas por apresentar características semelhantes às do autor. Por ser um procedimento puramente sugestivo,



o *show-up* apresenta grandes riscos para o processo penal, podendo resultar em falsos reconhecimentos, sendo, portanto, constantemente desaconselhado por pesquisadores do assunto (MATIDA, CECCONELLO, 2021).

O álbum de suspeitos, por sua vez, consiste na apresentação de uma “pluralidade de suspeitos” ao mesmo tempo à vítima/testemunha, a fim de que seja identificado o autor do delito (MATIDA, CECCONELLO, 2021, p. 418).

Trata-se de prática muito utilizada nas investigações criminais, sendo de fundamental importância para o deslinde de crimes. Por meio desse procedimento, se uma vítima de determinado crime for à delegacia, por exemplo, a ela será apresentado um álbum com inúmeras fotos de indivíduos previamente selecionados pelas autoridades policiais (MATIDA; CECCONELLO, 2021).

Em ambos os casos, nota-se que há uma inobservância ao disposto na legislação processual penal, especificamente no que concerne ao procedimento previsto no inciso I do artigo 226 do CPP, pois não há uma prévia descrição por parte do reconhecente, daquele que se pretende reconhecer.

Nesse caso, não há como o profissional que está conduzindo o ato medir a precisão do reconhecimento que está sendo realizado, visto que uma importante etapa do processo foi ignorada.

De tal modo que, segundo a psicologia do testemunho, o reconhecimento não deve ser o primeiro procedimento da investigação, devendo ele ser consequência de outras informações obtidas no decorrer da investigação (WELLS et al., 2020 apud MATIDA; CECCONELLO, 2021).

Assim, tendo outros elementos informativos (nesse caso, a descrição do autor do delito dada pela vítima/testemunha) apontado para um suspeito, aí sim, o reconhecimento deve ser realizado (MATIDA, CECCONELLO, 2021, p. 421).

Nesse íterim, Matida e Cecconello (2021) se manifestam ainda no sentido de que há um uso desregrado de imagens, onde além de não haver critérios a serem seguidos para que a foto de alguém seja utilizada nesse procedimento (em muitos casos, as fotos são retiradas de redes sociais), há também uma exibição despadronizada dessas fotos à vítima/testemunha.

[...] Significa dizer que, no Brasil, vítimas e testemunhas são submetidas a reconhecer os suspeitos diversas vezes: sobrepõe-se a exibição de fotos/imagens dos suspeitos em múltiplos momentos (whatsapp com a vítima a caminho da delegacia e álbum de suspeitos já na delegacia, por exemplo) [...] (MATIDA, CECCONELLO, 2021, p.416).

Daí a importância da não repetibilidade do reconhecimento, pois “após múltiplos reconhecimentos, a confiança da testemunha não é resultante da memória original do fato, mas sim da repetição à exposição do rosto do suspeito” (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018, p. 163). E, uma vez reconhecido um rosto como sendo autor do delito, a memória original para aquele rosto é alterada e o cérebro “aprende” que aquele rosto – ainda que

seja de um inocente – corresponde ao rosto do autor do crime (CECCONELLO; STEIN, 2020 apud MATIDA, 2022).

Por esse motivo, chama-se atenção para a necessidade desse procedimento ser realizado por profissionais treinados, aptos a garantir que o reconhecimento seja realizado de forma fidedigna, visando garantir maior eficácia ao ato, pois, uma vez reconhecido um rosto como sendo do autor do delito, a memória original para aquele rosto é alterada e reconhecimentos subsequentes estarão, desde logo, comprometidos (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 417).

Acrescente-se ainda que, em julgado recente (2022), a 6ª Turma do STJ, concedeu *habeas corpus* para um homem condenado por roubo e corrupção de menores com base apenas em reconhecimento fotográfico, realizado em desacordo com a legislação brasileira.

O relator Min. Rogerio Schietti Cruz, em seu voto, afirmou que, embora o reconhecimento seja realizado em conformidade com o disposto no artigo 226 do CPP, ele “não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva”, sendo necessária a produção de provas adicionais (STJ - HC: 712781 RJ 2021/0397952-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 15/03/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/03/2022).

Embora esse procedimento apresente diversos pontos controversos que ainda precisam ser discutidos, chama-se atenção para um contraponto trazido por Matida e Cecconello (2021). Segundo os autores, o reconhecimento fotográfico pode ser uma alternativa ao reconhecimento realizado de forma presencial (MATIDA; CECCONELLO, 2021).

Não há razões para se esperar por um cenário mais otimista para o reconhecimento presencial com alinhamento justo em terras brasileiras. Como assegurar que em cada delegacia de polícia haverá pessoas semelhantes ao suspeito a disposição da realização de reconhecimentos? É simplesmente irreal supor que o desenho institucional da etapa investigatória possa depender da sorte de se ter disponíveis pessoas com as mesmas características físicas que a vítima/testemunha elencou como sendo as ostentadas pelo suspeito à espera da realização do reconhecimento, delegacias afora. (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 430)

Ante ao exposto, o reconhecimento fotográfico, se realizado corretamente, pode ser uma ótima alternativa ao reconhecimento presencial, pois ele não apresenta dificuldades de ordem práticas. Para que ele ocorra, basta a presença da vítima/testemunha (MATIDA; CECCONELLO, 2021).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscamos evidenciar o estudo do reconhecimento de pessoas sob a ótica das falsas memórias. Conforme demonstrado, nas falsas memórias, diferente do que ocorre com a mentira, há uma confusão no momento de recuperação da lembrança, onde o indivíduo tem certeza que viveu aquilo, ainda que não tenha de fato vivido.

Por isso, é necessária certa cautela ao tratar desse meio de prova, não significando que a palavra da vítima/testemunha deva ser desconsiderada, mas que é preciso um olhar apurado dos operadores do sistema de justiça criminal a fim de garantir uma maior acurácia a esse procedimento.

Certamente, o reconhecimento de pessoas é um campo onde apesar de ainda haver muito a ser discutido, as recentes alterações jurisprudenciais trazem uma esperança de que, ainda que a passos lentos, esse instituto receberá o tratamento merecido, uma vez que esse mecanismo, se realizado da forma correta, permite a identificação do autor de um crime, corroborando com o processo penal brasileiro.

Outrossim, restou comprovado que os profissionais do sistema de justiça criminal precisam estar capacitados para trabalharem com provas advindas da memória humana, de forma que se tenha um padrão a ser seguido, garantindo assim, a realização de um procedimento justo e cristalino.

Conforme demonstrado no presente trabalho, do ponto de vista cognitivo, o reconhecimento é um procedimento irrepetível, tendo em vista tratar-se de um procedimento inerentemente sugestivo e, uma vez realizado o reconhecimento de forma inadequada, todos os outros reconhecimentos estarão prejudicados.

Finalmente, salienta-se que o reconhecimento de pessoas realizado de forma presencial ou fotográfico, se realizados conforme orientações da psicologia do testemunho e seguindo padrões pré-estabelecidos, constitui um mecanismo de extrema importância para o processo penal brasileiro, tendo em vista que, através deles, pode-se chegar ao verdadeiro culpado de um crime.

Referências

- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. **A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, [s. l.], v. 8, n. 2, p. 1057–1073, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>. Acesso em: 30 de mar. de 2022.
- IZQUIERDO, Iván. **Memória**. – 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Artmed, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- LOFTUS, Elizabeth. **As falsas lembranças**. Revista Viver Mente e Cérebro. ano 2. n.162. v. 04. São Paulo, 2006.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MATIDA, Janaina. **Verdade dos fatos não negocia com opiniões: ainda o reconhecimento de pessoas**. Revista Consultor Jurídico, 06 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-06/limite-penalverdade-fatos-nao-negocia-opinioes-ainda-reconhecimento-pessoas>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. **Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.506>. Acesso em: 25 de mar. de 2022.

NEUFELD Carmem Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky. **Compreensão da Memória Segundo diferentes perspectivas teóricas.** Revista de Estudos de Psicologia. ano 2. n.18, 2001. p. 50-53.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

STEIN, Lilian M. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. **Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?.** Arq. Ciênc. Saúde Unipar; 2001, p. 179-186. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/viewFile/1124/987>. Acesso em: 15 de abril de 2022.

STEIN, Lilian. M.; ÁVILA, Gustavo. N. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses.** Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59)., 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em 10 de abril de 2022.

CAPÍTULO 20

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINALISTA NA EXECUÇÃO PENAL FRENTE À CRISE PENITENCIÁRIA

*THE PERFORMANCE OF THE CRIMINALIST LAWYER IN THE CRIMINAL
EXECUTION IN THE FACE OF THE PENITENTIARY CRISIS*

Elisangela Pereira Leite Barreto¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

Este artigo problematiza a crise da execução penal no Brasil, referindo-se, precisamente, na atuação do Advogado na execução penal frente a crise penitenciária. Teve como objetivo geral: Abordar a atuação do Advogado criminalista na execução da pena, frente às imposições do Estado. Como objetivos específicos: Contextualizar as normas impostas pelo Estado frente à execução penal; apresentar a importância do papel do advogado frente à defesa do seu cliente; demonstrar a atuação do advogado criminalista diante das dificuldades impostas pelo Estado na defesa do seu cliente durante a execução da pena. Dos pressupostos teóricos metodológicos, utilizou-se da pesquisa bibliográfica com base em uma revisão de literatura, e com abordagem qualitativa. A estrutura deste trabalho encontra-se dividida em capítulos, partindo de discussões mais gerais sobre a temática, tais como: as normas da execução da pena e o Advogado criminal; o Advogado criminalista na defesa do direito do preso, e o Advogado e as imposições do Estado. Durante as fases da construção do estudo, constatou-se que o Advogado criminal ainda enfrenta os mais diversos desafios no tocante à defesa dos direitos dos apenados, a saber, na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Execução Penal. Advogado. Criminalista. Brasil.

Abstract

This discourse conclusion work problematizes the crisis of criminal enforcement in Brazil, referring, precisely, to the Lawyer's performance in criminal enforcement. It had as general objective: To approach the performance of the criminal lawyer in the execution of the sentence, in front of the impositions of the State. As specific objectives: To contextualize the rules established by the State in relation to criminal execution; presentation of the importance of the lawyer's role in the defense of his client; demonstrate the performance of the criminal lawyer in the face of the difficulties imposed by the State in the defense of his client during the execution of the sentence. From the theoretical books, a bibliographic review was used, based on a literature review and with a qualitative approach. The structure of this work can be found in chapters, starting from more general discussions on the subject, such as: the norms of execution of the sentence and the criminal lawyer; the Criminalist Lawyer in defense of the prisoner's rights, and the Lawyer and State impositions. During the phases of the construction of the study, namely, the most diverse challenges that the Lawyer faces in the defense of the convicts of Brazilian society are still faced.

Keywords: Penal Execution. Attorner. Criminalist. Brazil.



1. INTRODUÇÃO

Este artigo visa abordar a importância do papel desempenhado pelo Advogado criminalista na execução da pena, pois como sabemos que a Constituição Brasileira diz que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo assim a pesquisa tem como objetivo mostrar não só o papel do advogado, mais também as dificuldades que o mesmo enfrenta em tentar defender a dignidade da pessoa humana do seu cliente face a estrangulação carcerária que vive o Brasil, sem contar com a morosidade processual que dificulta julgamentos assertivos e céleres, sem contar que o advogado ainda combate os erros jurídicos. Uma vez que o próprio Estado cria as normas e ele mesmo não oferece as devidas condições para que estas sejam cumpridas durante o processo de execução da pena. Ressalta-se, portanto, que há inúmeras barreiras que impedem a materialização das condições mínimas, para que o preso tenha seu direito resguardado, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988, pois o próprio Estado não consegue proteger o indivíduo e dar a ele o mínimo exigido, para que este tenha uma vida digna.

Nesse sentido, acredita-se que a atuação do Advogado criminalista nesta fase do processo, é essencial para que o cumprimento da pena seja feito de forma correta, e que o seu cliente não seja vítima de descumprimento da lei por parte do Estado, pois atua de forma a fiscalizar se o direito do apenado está sendo cumprido ou não. Tendo em vista que estudos demonstram o quanto ainda é frágil o cuidado do Estado, na fase da execução da pena, onde não se cumprem, em sua maioria, o mínimo exigido pela legislação, negligenciando os cuidados que se deve ter com o réu nesta fase, pois os seus direitos são corrompidos. Dessa forma, se não existir um intermediador para esse indivíduo, ele será mais uma vítima do Estado pena, que ao invés de cumprir a lei, muitas das vezes não consegue cumpri-la, como está na letra da lei. A rigor, o Estado ainda que esteja embasado pela lei de execuções penais, por vezes, não oferece às secretarias de administração penitenciária, as condições de fiel cumprimento das normas.

Nesta perspectiva, a questão norteadora deste estudo configurou-se mediante as normas impostas pelo Estado nas execuções penais. Qual a atuação do advogado frente à defesa do seu cliente? Salienta-se que o papel do Advogado é fundamental para a realização da Justiça no ordenamento brasileiro, a assistência jurídica que está prevista na Lei de Execuções Penais pode ser prestada pela Defensoria Pública, sendo dever do Estado prestar essa assistência dentro e fora dos presídios. O advogado criminalista precisa atuar de forma objetiva nesta fase, porém nem sempre encontra acessibilidade para sua atuação de forma ampla, este tem por finalidade preparar e executar uma estratégia de defesa ou ação penal com o objetivo de, através dela, provar que seu cliente é inocente ou conseguir amenizar a pena imposta pelo estado.

A metodologia adotada neste trabalho será pactuada em pesquisa bibliográfica de modo a fomentar, dados que comprovem o estudo. O método de análise dos conteúdos configurou-se numa abordagem metodológica qualitativa, a qual busca compreender os fenômenos sociais, levando em consideração os aspectos sócio-históricos de cada sociedade e as relações humanas.

2. AS NORMAS NA EXECUÇÃO DA PENA E O ADVOGADO CRIMINAL

Passa-se agora a discorrer acerca da Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, normas essas impostas pelo Estado na fase de execução da pena, onde se constata de como esta lei determina que seja, e de como é seu cumprimento na realidade.

O Estado, cumprindo o seu papel de Jus Puniendi e garantidor de direitos e garantias fundamentais, criou as normas a serem aplicadas no âmbito da execução da pena, e para isso, faz-se necessário uma sentença transitada e julgada na qual não cabe mais recurso, para que assim, os indivíduos possam executar essa pena, caso contrário, o Estado estaria cometendo uma injustiça contra aquele a quem se direciona a execução da pena. Pois, antes de transitado e julgado, tem-se que prevalecer o princípio da presunção da inocência, ou seja, o réu pode ser considerado inocente e contra um inocente não se pode executar a pena.

Entretanto se fizermos um confronto direto com o disposto pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) a execução provisória da pena é inconstitucional. Afinal como se pode executar a pena de um *inocente* para todos os fins de direito? É um contrassenso (NUCCI, 2019, p. 707).

Por conseguinte, não se pode aplicar o objetivo da Lei de Execução Penal em um indivíduo que nem se sabe ao certo se realmente é culpado, vale ressaltar que essa norma criada pelo Estado durante a aplicação da pena tem condão ressocializatório para que o condenado, além de pagar sua dívida com o Estado, possa ser inserido novamente na sociedade e não passe a delinquir novamente.

Alguns doutrinadores se debruçam sobre esse tema tão importante na esfera jurídica, pois é durante a execução penal que entra uma das maiores leis bem-organizada do judiciário, que é a Lei de Execução Penal (LEP) de Nº 7. 210, de 11 de julho de 1984. Esta lei traz em seu artigo primeiro o objetivo da sua criação, quando diz que, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, bem como, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

É notável que na primeira parte do referido artigo o legislador traz o seu primeiro objetivo, qual seja, efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal (BRASIL, 1984), nesse primeiro tópico, é visível enxergar o Estado impondo sua pena sobre o condenado, já na segunda parte, o objetivo final desta lei é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (BRASIL, 1984). Nesta direção, Marcão (2021, p. 13) escreve que “Porquanto adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.”

Por outro lado, o artigo 3º da lei de execução penal traz a responsabilidade do Estado em assegurar para o executado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, podendo o Estado responder pelo não cumprimento da sua própria norma caso esses direitos não sejam cumpridos.

Seguindo adiante, tem-se o Estado através da LEP, visa não só a ressocialização do



preso mais também de assegurar a assistência ao encarcerado, uma vez que dentro dos presídios, o Estado é o responsável pela sua custódia através das secretarias de administração Penitenciária, e essa assistência da qual mencionada será; material, a saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, sendo essa assistência proporcionada ao preso e aos egressos, durante a execução da pena (art.10º da LEP).

A assistência material consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, ademais o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração (BRASIL, 1984).

No tocante à alimentação, é importante comentar sobre como se espelhou o legislador, quando fez menção a uma necessidade tão importante para sobrevivência do ser humano, conforme descreve Avena (2019, p. 28):

Conforme se infere do item 41 da sua Exposição de Motivos, a Lei de Execução Penal, no aspecto da assistência ao segregado, espelhou-se nos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente os que defluem das Regras Mínimas da ONU, de 1955. Segundo eles, no tocante à alimentação, a administração fornecerá a cada preso, em horas determinadas, uma alimentação de boa qualidade, bem-preparada e servida, cujo valor nutritivo seja suficiente para a manutenção da sua saúde e das suas forças (item 20.1); e todo preso deverá ter a possibilidade de dispor de água potável quando dela necessitar (item 20.2).

Na realidade nem sempre funcionam dessa forma, estudos recentes ainda demonstram negligência no sistema penitenciário, a saber, no Brasil. Como já falado anteriormente, o Depen, órgão do Ministério da Justiça, este informou que a maior parte das unidades prisionais, têm mais de 100% da capacidade ocupada e outras, estão com ocupação superior a 200%. Sobrando vagas em apenas 363 prisões. E diante dessas informações, o estado não consegue atender a esta demanda, que estão acima da capacidade permitida, tornando precária a qualidade e quantidade da alimentação, como preconiza a lei, deixando assim, os apenados em situação em situação desumana.

Seguindo sobre o dever da assistência do Estado, vale destacar neste tópico que o ser humano precisa de água potável e uma alimentação saudável e viver em um ambiente no mínimo com condições higiênicas para sobreviver. Entretanto, a alimentação e as instalações higiênicas da maioria dos presídios são precárias e insalubres, facilitando assim a contaminação dos que se alimentam e dos que utilizam essas instalações, podendo desenvolver vários tipos de doenças que poderiam ser evitadas se o próprio Estado cumprisse com suas normas, onde diz em seu próprio artigo 10º, que o Estado dará assistência material a essas pessoas (MACHADO; GUIMARÃES, 2014).

Mesmo diante dos fatos acerca das condições precárias dos presídios, e estando clara o descumprimento das regras da lei que rege a execução da pena, o Advogado criminal ainda encontra dificuldade em exigir do Estado que se cumpra a LEP. Uma vez que, os presídios não estão preparados para comportar de forma correta os presos, para dá no mínimo um tratamento digno. É, por esse viés, que entra os pedidos de prisões em domicílio, já que os presídios se encontram na condição de superlotação, dentre outros. Essa, porém, é a alternativa que o Advogado criminal encontra para resguardar os direitos dos

seus clientes que iniciam o cumprimento de sua pena em regime fechado. Nesse impasse o Estado só tem duas opções, ou cria condições mínimas para preservar a dignidade da pessoa humana, ou precisa deferir o pedido de prisão em domicílio ou em outro local salubre.

3. A FIGURA DO ADVOGADO FRENTE AO DESCUMPRIMENTO DA NORMA PELO ESTADO.

Findo o processo criminal do cliente, o advogado criminalista exerce papel necessário durante a execução da pena, de modo a garantir que os direitos do apenado sejam cumpridos, prevenindo o seu cliente sobre seus deveres disciplinares dentro do sistema prisional.

Essas informações prévias, são importantes pois como é cediço segundo mostra a comunicação em geral, que hoje no Brasil, o preso tem problemas, com a alimentação de má qualidade, superlotações, transmissão de doenças e alguns casos de violência intra-muros, e tudo isso fere a LEP, uma vez que ela transcreve que o preso deve ter tratamento humano, para que durante o cárcere, ele possa ser ressocializado.

Neste contexto Cabral (2021) revela que após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou a decretação da prisão preventiva ou provisória do réu, devido ao despreparo por parte do Estado, inicia-se o desrespeito aos direitos dos presos dentro dos sistemas prisionais, direitos estes preconizados pela Constituição Federal de 1988 e em dispositivos infraconstitucionais. Não obstante “para que a pena possa ser executada adequadamente é necessário que os órgãos competentes estejam em consonância no que se refere a prática de suas atividades” (VENERAL, 2020, p. 20).

Salienta-se, portanto, que o réu quando recolhido em estabelecimento prisional, seja ele qual for, tem o direito de defender-se, para isso, faz-se necessário que este constitua um Advogado de defesa, caso ele não tenha condições financeiras para tal, o próprio estado terá que nomear um defensor público para construir a defesa do preso. Nesta perspectiva, Nucci evidencia:

A indisponibilidade do direito de defesa é uma decorrência da indisponibilidade do direito à liberdade, razão pela qual o réu, ainda que não queira, terá nomeado um defensor, habilitado para a função, para o patrocínio de sua defesa (art.261, CPP) e tal medida ainda não é o bastante. Torna-se fundamental que o magistrado zele pela qualidade da defesa técnica, declarando, se for preciso, indefeso o acusado e nomeando outro advogado para desempenhar a função, note-se que nem mesmo o defensor constituído pelo réu escapa a esse controle de eficiência (NUCCI, 2019, p. 727).

Ainda que em custódia, o preso, faz jus à assistência jurídica, bem como outras, neste ponto, também, se evidencia, o papel relevante do advogado criminalista, bem como defensor público, visto que, são profissionais habilitados para tal circunstância. A presença de um Advogado especialista torna-se imprescindível para que apenado na fase de execução da pena tem direito de ser resguardado pelo Estado. Para assim, postular sua

defesa diante das dificuldades encontrada nos presídios, como mencionado anteriormente o Estado ainda não possui presídios suficientes para comportar a quantidade de presos, levando às superlotações das selas onde ficam alojados.

A realidade dos presídios Brasileiro, e a morosidade no andamento dos processos, têm sido um grande desafio pra quem trabalha na defesa daquele que inicia o cumprimento de sua pena em regime fechado, e que esta morosidade, tende a lesar o direito do preso, que as vezes, mesmo cumprindo todos os requisitos para progressão de regime, não consegue progredir, devido à demora na apreciação do pedido, tendo em vista a quantidade de processo demandado ao mesmo juízo devido as superlotações, que fica responsável por ele.

4. PRINCIPAIS ATUAÇÕES DO ADVOGADO CRIMINAL

O Advogado criminalista na fase da execução da pena do sentenciado atua de várias formas. A primeira delas é observar a guia de recolhimento, que é um título executivo judicial, necessário a execução da pena. Ao acessar a guia de recolhimento da execução judicial, deve o Advogado observar se o mesmo traz todas as informações necessárias, principalmente atentarem-se quando se tratar de pena privativa de liberdade, para o tipo inicial do regime da pena, se cabe a suspensão condicional, para o cálculo da pena, caso o réu já esteja cumprindo a pena provisoriamente e caso haja mais de uma guia de recolhimento e não sendo possível a unificação das penas, começará o sentenciado a cumprir a pena mais grave.

O advogado, na fase da execução, não deixa de se atentar para a pena do condenado, postulado a unificação, na hipótese de crime continuado, ou quando superado o limite de 40 anos da pena privativa de liberdade; pode requerer também a detração ou remição da pena, quando não forem reconhecidas de ofício pelo juiz; e, ainda, pode requerer extinção da punibilidade nos casos legais (CALIARI; DE CARVALHO; LÉPORE, 2021, p. 425).

Neste sentido, o Advogado deve ficar também atento, para pedir a detração e remissão da pena do seu cliente, caso este já esteja cumprindo à pena provisoriamente, e se este já preencheu os requisitos objetivos e subjetivos para obter o livramento condicional. Ou se ainda, assim, este já não estiver progredido nos regimes, e estiver no semiaberto ou aberto, sempre observando qual será a forma mais benéfica para o seu apenado.

O apenado que inicia sua pena em regime fechado, e caso o Advogado da execução penal seja o mesmo que acompanhou o réu durante todo processo, este já deve ter conhecimento de toda situação do sentenciado, bem como deve permanecer tentando materializar a melhor defesa possível para o seu cliente. Uma vez que, mesmo após interposto todos os recursos pela defesa, o apenado, ainda assim, inicia o cumprimento de sua pena privativa de liberdade em regime fechado, é porque não houve outra forma encontrada pelo juiz para o sentenciado, cumprir sua pena (TJDFT, 2019).

De início, faz-se necessário que o Advogado do apenado, o oriente sobre os seus direitos e sobre a sua conduta perante as autoridades e as pessoas que trabalham no

sistema prisional, comportando com os demais internos, sobre as faltas graves, e suas consequências. De acordo com a LEP o preso deve ter:

Bom comportamento Carcerário; Cumprimento correto do trabalho proposto pelo estabelecimento penal, explicando ao mesmo que a cada três dias trabalhados, será remido um dia da pena; tratar com urbanidade os servidores e colegas de sela; manter a higiene de seus pertences pessoais, assim como do seu alojamento; fazer a observação com clareza e atenção a evitar os cometimentos de faltas graves, de preferência lendo para ele o disposto na LEP (BRASIL, 1984, p. 10).

Sobre o assunto em questão, conforme exposto no artigo a seguir:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II - fugir; III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV - provocar acidente de trabalho; V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI - Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei. VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético (BRASIL, 1984, p. 7).

Diante do disposto, torna-se oportuno enfatizar para o apenado, que se o mesmo cometer umas das faltas citadas acima está sujeito a sofrer sanções disciplinares. E, desse modo, ficará mais difícil para o mesmo progredir nos regimes, assim como conseguir o livramento condicional. E, por fim, ainda poderá perder parte dos dias de remissão caso cometa alguma falta grave.

Por fim, fica claro que o papel de defesa e averiguação se o processo penal tramitou de forma correta, para que não haja erro judiciários é primordial do advogado criminalista, além de manter o seu cliente informado de tudo que virá a ocorrer com a condenação ou a absolvição, caso este já esteja cumprindo a execução provisória da pena.

O advogado criminalista leva as demandas do seu cliente, para serem apresentadas ao juízo competente, porém se o apenado, não tem recursos financeiro, para arcar com um advogado particular, então será a vez do próprio Estado que o custodia, ofertar a assistência jurídica a ele, através da defensoria pública que também trabalha na defesa dos direitos do acusado.

4.1 Das possibilidades de solicitações feitas pelo advogado durante a execução penal

Inicialmente faz-se necessário entender que os pedidos é uma forma do preso fazer a defesa dos seus direitos, já mencionados anteriormente, pedidos este que pode ser feito tanto diretamente, quanto através do seu defensor, pode ser feita por simples petição, ato

este, disposto no art. 40, XIV, da LEP, onde afirma que é direito do preso, representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito.

Após o pedido ser negado sem fundamentação, o advogado pode entrar com um recurso chamado agravo em execução criminal, este recurso é uma peça cabível utilizado para impugnar toda decisão proferida pelo juiz da execução criminal, esta forma de defesa por parte do advogado criminal, responsável pela defesa do apenado, encontra previsão legal no art.197 da 7.210/84, LEP, onde diz que das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo (BRASIL, 1984).

O defensor deve se atentar para o prazo de interposição do agravo que é de cinco dias, como prevê a Súmula 700 do STF – Supremo Tribunal Federal, onde deverá ser interposto perante Juízo da Execução Penal e endereçado ao Tribunal competente. A revisão criminal é um instrumento disposto no art. 621 do Código de Processo Penal, na qual o advogado pode propor, mesmo após o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, se a sentença for contrária ao texto expresso da lei penal ou a evidência dos autos (BRASIL, 1941).

Também, quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, outra situação que é admitida a revisão criminal, sendo uma das mais importantes para o advogado da defesa, é após a sentença se descobrir novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena (BRASIL, 1941).

Sendo assim, para se propor a revisão torna-se necessário que se junte ao pedido, as provas encontradas pela defesa, e que este seja relevante ao ponto de provocar uma revisão criminal, tendo em vista que só não poderá propor nova revisão criminal, sob o mesmo fundamento, é nesse sentido que Nucci (2019) escreve que como regra, não se deve provocar a revisão criminal.

Uma questão polêmica sobre a revisão criminal é, sobretudo, sobre a possibilidade de provocá-la, quando houver, novo entendimento da jurisprudência que seja mais benéfica para o apenado, sobre tema relacionado a crimes cometidos por ele e que de alguma forma venha admitir uma revisão criminal. Porém, só será admitida essa revisão, neste sentido, se o novo entendimento jurisprudencial, partir do STF, do contrário não se admite a revisão nesta hipótese (LIMA & DE REZENDE, 2019).

A saber, revisão criminal é uma ação, que visa impugnar, ver de novo, para corrigir ou modificar coisa julgada. Uma vez que o poder judiciário, por algum motivo, pode incorrer em erros, desta forma, também se faz necessário a presença do advogado criminalista ou defensor público para ingressar com o pedido de revisão criminal, caso necessário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, o objetivo maior deste trabalho foi demonstrar o quão importante é a atuação do Advogado criminal, durante o processo de execução penal, bem como suas dificuldades diante de um Estado pena. Considerando, sobretudo, as imposições feitas por

este. O Advogado criminal, nesse sentido, procura observar o cumprimento dos direitos do seu cliente, demandando a quem for competente a proteção destes direitos. Os principais pontos abordados foram as dificuldades de comunicação do Estado junto à defesa do apenado, pois a demora do conhecimento dos pedidos feitos ao longo do processo de execução da pena, dar-se, devido também aos poucos profissionais disponíveis no judiciário, para comportar a gama de processos demandados junto ao mesmo.

Ressalta-se, portanto, a falta de políticas de organização, para tentar amenizar a demora no andamento dos processos. As imposições do Estado para com o apenado, não viabilizando de forma ampla o andamento das condições propostas por ele, para que este tenha seus direitos resguardados conforme preconiza a Constituição Federal. Salienta-se que, primeiramente, o Estado deveria organizar melhor as demandas recebidas pelo judiciário, para que o sistema não fique sobrecarregado. Por outro lado, ainda cabe ao mesmo criar mais políticas públicas educativas, a fim de diminuir criminalidade e, conseqüentemente, as superlotações nos presídios.

Portanto, para alcançar tais objetivos de atender o mínimo possível de salubridades nos alojamentos prisionais, faz-se necessário, sobretudo, que sejam construídos mais presídios e reformados os que se encontram em condições inadequadas. De modo que estes venham comportar o número justo de presos por alojamento, oferecendo, assim, àqueles que se encontram cumprindo suas penas em regime fechado, condições mínimas de sobrevivência durante o cumprimento da pena.

Referências

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. Grupo GEN, 2019. 9788530987411. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987411/>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7. 210, de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 abr. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para a sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <<http://condege.org.br/wp-content/uploads/2021/05/Lei-Complementar-Federal-N-080-de-12-de-janeiro-de-1994.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código Penal Processual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13. 964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a Legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 29 abr. 2022.

CABRAL, Welinton dos Santos. **Execução Penal e ressocialização**: sistema penitenciário do DF – Penitenciária do Distrito Federal I. 1 ed. Editora: Marca Dialética, 2021.

CALIARI, Fábio Rocha.; DE CARVALHO Nathan Castelo Branco.; LÉPORE, Paulo. **Manual do Advogado Criminalista**. 6. ed. - São Paulo: Editora: JusPodivm, 2021.

LIMA, Marcellus Polastri.; DE REZENDE, Mariana Soares. **A Revisão Criminal: Antigas e Novas Questões Re-**



levantes. **Revista do Ministério Público do Estado** do Rio de Janeiro nº 71, jan/mar. 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1287128/Marcellus_Polastri_Lima_&_Mariana_Soares_de_Rezende.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2022.

MACHADO, Nicaela Olímpia.; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <www.univali.br/ricc>. Acesso em: 22 abr. 2022. - ISSN 2236-5044.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594454/>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal** - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ONU. Direitos Humanos. **Onu vê tortura em presídios como problema estrutural do Brasil, 2021**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

PGE. Governo do Estado de São Paulo. **Cartilha dos Direitos e Deveres dos Presos**. São Paulo, Artchip Editora Ltda, 2014. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/presos/cartilha.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

QUEIROZ, Paulo. **Revisão Criminal**. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/revisao-criminal-2/>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

TJDFT. Institucional. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Pena Privativa de Liberdade x Pena restritiva de Direitos, 2019**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/pena-privativa-de-liberdade-x-pena-restritiva-de-direitos>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

VENERAL, Débora. **Educação e Direitos Humanos: Formação de Profissionais para a atuação no sistema prisional brasileiro nos contratos de parcerias público-privadas**. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado Profissional em Educação e Novas Tecnologias, do Centro Universitário Internacional – UNINTER, Curitiba, 2020. Disponível em: <https://www.uninter.com/mestrado/wp-content/uploads/2020/12/Versao-Final_Dissertacao_Debora-Cristina-Veneral.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CAPÍTULO 21

O DIREITO À EDUCAÇÃO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA DE REMIÇÃO DE PENA

*THE RIGHT TO EDUCATION IN THE CRIMINAL ENFORCEMENT LAW AS
A PENALTY REMISSION TOOL*

Carolina Wolff de Sousa¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

A Constituição Federal do Brasil e o Código de Processo Penal trazem princípios basilares para a execução penal, desde a instrução até a pena definitiva. Com o crescimento desenfreado da população carcerária, houve o rompimento de direitos fundamentais, ficando evidente o descaso com a pessoa humana durante o cumprimento de pena, sendo necessária uma intervenção em prol da retomada e garantia desses direitos. O Código Penal Brasileiro tem a liberdade como regra e a sua privação é a exceção. Assim, surge a Lei de Execução Penal com a possibilidade de remição, facilitando a progressão dos regimes fechado e semiaberto, com um “perdão” adquirido através do trabalho ou estudo. A educação, por sua vez, é uma alternativa e a busca de mais informações sobre essa garantia visa despertar o senso crítico, fomentar pesquisas e romper estigmas atrelados ao uso da educação no encarceramento como ferramenta de remição e ressocialização.

Palavras-chaves: Encarceramento, Educação, Remição, Sistema Prisional, Lei nº 7.210.

Abstract

The Federal Constitution of Brazil and the Criminal Procedure Code bring basic principles for criminal execution, from the instruction to the final sentence. With the unbridled growth of the prison population, there was a breach of fundamental rights, making evident the disregard for the human person during the sentence, requiring an intervention in favor of the resumption and guarantee of these rights. The Brazilian Penal Code has freedom as a rule and its deprivation is the exception. Thus, the Penal Execution Law appears with the possibility of redemption, facilitating the progression of closed and semi-open regimes, with a “pardon” acquired through work or study. Education, in turn, is an alternative and the search for more information about this guarantee aims to awaken critical thinking, encourage research and break stigmas linked to the use of education in incarceration as a tool for redemption and resocialization.

Keywords: Incarceration. Education. Redemption. Prison System. Law nº 7.210.

1. INTRODUÇÃO

O aumento da população carcerária no Sistema Prisional Brasileiro desencadeou uma onda crescente de violência nos presídios nos últimos tempos, culminando em rebeliões e motins, que por sua vez, acabam mesclando o princípio da dignidade humana, dentre, nesses locais.

Em contrapartida, surgem grupos engajados em favor da luta pela retomada desses direitos, sensibilizando e despertando no poder público uma visão assistencialista aos apenados.

No intuito de prepara-los para o retorno a vida em sociedade e sanar os diversos problemas atrelados ao encarceramento, o Estado por meio da Lei de Execução Penal, garante as mais diversas formas de assistências, como por exemplo, à saúde, educacional, social e religiosa a esses indivíduos. Assim, além de promover melhores condições durante o cumprimento de pena, surgem regulamentações acerca da remição de pena com base no trabalho ou estudo desenvolvido dentro do próprio sistema penitenciário, com vistas também a proporcionar ao apenado uma oportunidade de ser reinserido na sociedade.

A educação é um direito de todos e, sua prestação, dever do Estado e da família. Positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal, a educação visa o desenvolvimento integral da pessoa, dando suporte ao exercício da cidadania e capacitando profissionalmente para o mercado de trabalho. Dentro do cárcere, estabelecido pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, condenados do regime fechado ou semiaberto possuem a possibilidade de remir suas penas pelo estudo.

A efetividade da LEP é matéria de estudo, visto que, apesar de ser reconhecidamente uma das leis mais desenvolvidas no mundo na área de execução, o ambiente prisional brasileiro encontra-se sobrecarregado e com estruturas incompatíveis muitas vezes para o desenvolvimento pleno de tais atividades de remição. O Conselho Nacional de Justiça estima que pouco mais de 40% dos presos do país, não possuem condenação, o que agrava a situação. A busca por soluções são constantes, a exemplo, os mutirões carcerários e as medidas cautelares diversas a privativa de liberdade. Nesse contexto, a Lei de Execução Penal por meio do acesso a educação funciona como ferramenta não apenas de diminuição de pena, a partir da remição, mas também, a proteção do princípio da dignidade humana. Visto que, proporciona a melhoria na perspectiva extramuros, o que reduz a reincidência na criminalidade e garante a principal função do cárcere, que é a ressocialização do apenado. Desta forma, surge a importância da análise e estudo da aplicação da Lei nº nº 7.210, de 11 de Julho de 1984 – LEP, voltada para a remição através do estudo.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva demonstrar de maneira crítica e salutar aspectos e características pertinentes a remição da pena por meio da educação, abordando pontos como uma melhor aplicação da legislação, como a organização dos próprios órgãos penitenciários a nível estadual pode contribuir para uma melhor difusão dessa alternativa dentro do sistema, como o Estado pode melhorar sua atuação e como a própria sociedade pode contribuir nesse desafio.



Assim, compreender a importância da remição através da educação consiste num trabalho árduo que objetiva proporcionar uma maior reflexão sobre este Instituto, não só meio acadêmico, mas também social, levando-se em consideração a característica humana de quem dela usufrui ou usufruirá.

Dessa forma, o trabalho discorrido, para atingir sua finalidade se utiliza do método de pesquisa bibliográfica e exploratória, em livros, pesquisas acadêmicas e demais meios que abordam a temática. Por fim, o trabalho encontra-se dividido em capítulos, que passam desde a evolução histórica da evolução da aplicação das penas até a LEP brasileira nos dias de hoje.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Antes da constituição do Estado moderno, considerado o detentor do poder de punir, a sociedade já se organizava em grupos. Mas apenas existiam famílias, clãs e tribos, com nível muito baixo de organização social (TELES, 2006, p. 20). Historicamente, percebe-se que a vida em comunidade sempre trouxe a tona alguns conflitos, a pena era vista como uma vingança individual, pois era utilizada como um mecanismo de defesa dessas organizações mais rudimentares, pautadas no princípio do parentesco (WOLKMER, 2006, p.3). Para tanto, era necessário à criação de limites e punições, justamente para suprir as necessidades de proteção e instigar o espírito de união dessas comunidades.

Na Antiguidade e com o surgimento de várias civilizações, os métodos de punições eram pautados em grande maioria nos castigos corporais e torturas psicológicas, ou ainda a morte. Tais práticas eram consentidas, pois na época imperava o princípio da reciprocidade, conhecido como, “olho por olho e dente por dente”, consolidado, por exemplo, no código de Hamurabi. (SOUZA, 2013).

Durante muito tempo, nas antigas civilizações a pena era executada de forma diversa, predominava como forma de castigo, a maior parte delas ocorria em locais insalubres, os encarceramentos eram subterrâneos e não havia condições mínimas de segurança. No entanto, como uma espécie de fase preliminar o encarceramento era feito principalmente por poços e masmorras, conseqüentemente a aplicação das penas, se transformou no principal retorno penológico (SOUZA, 2013, p.10).

Na Idade Média as punições tomam contornos melhor definidos e seguindo o catolicismo impregnado nesse período, as práticas de tortura ou atos de violência possuíam um ar de penitência. Assim, com o intuito de atingir diretamente o corpo e usar a dor como corretivo e, para além, como exemplo aos demais.

[...] Estado e Eclesiástica: Prisão de Estado: onde o objetivo era impor penas para inimigos do poder Real ou Senhorial que tenham praticado alguma traição aos adversários políticos. Eram encarcerados a espera de suas penas desumanas, ou e então eram detentos temporária ou perpetuamente. Prisão Eclesiástica: Voltada as Clérigos, onde as penas eram voltadas a meditações, penitencias e orações. Também tinha as sanções onde os passavam por algumas situações torturantes (SANTOS, 2008, p. 9).

Com avanço da civilização, já na Idade Moderna houve a implantação de sanções mais próxima da atual realidade, e a privação de liberdade passa a ser imposta como forma de castigo, variando o tempo de permanência em função da gravidade do delito. Junqueira e Vanzolini (2013), destacaram que tais mudanças ocorreram não em prol da preservação da dignidade da pessoa humana, mas sim, em decorrência da estrutura social:

[...] partir dos séculos XVI e XVII o elevado índice de pobreza foi aumentando na Europa, conseqüentemente os delitos aumentavam, pois, os menos afortunados precisavam se subsistir de alguma maneira. A pena de morte e a tortura nessa época não era mais viável, pois o número de delinquentes era muito alto, houve então a necessidade de uma revolução no sistema Penal (JUNQUEIRA, VANZOLINI, 2013, p.11).

Nesse passo, diferem a função da punição com a atualidade, já que a privação de liberdade tem caráter reparador, pois há a preocupação com a reeducação do condenado, nascendo um sistema mais eficaz de punição, que não usa mais de castigos corporais. Para tanto, substitui-se a pena privada pela pública, o Estado fica responsável pelo jus puniendi, ou seja, o poder/dever de punir.

Contudo, é instaurado o sistema com pena de prisão. Nesse sentido, Foucault discorre a respeito de como a “privação de liberdade” atinge a todos com a mesma intensidade, devido ao valor atribuído a liberdade, segundo a quantificação da pena sobre a variável do tempo: “Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou mais além da vítima a sociedade inteira” (Foucault, 1987, p. 196). No entanto, chegar até esse advento e apontar o exato momento dessa transição não foram uma tarefa das mais simples, pois autores se dividiam entre um sistema Criacionista e Evolucionista.

Apesar do avanço tecnológico e científico, ainda é inexplicável a origem da Pena. Somente partidários das Teorias da Criação e Evolucionista tentam explicar como nasceu a pena, cada qual com sua posição. Com o surgimento do Estado, o homem passa atribuir normas para manter o equilíbrio de justiça e garantir a igualdade entre as comunidades. Infelizmente a aplicação dessas normas é efetivada em desrespeito ao ser humano e a pena imposta passa do transgressor ao alcance de sua família, mas com o desenvolvimento histórico ocorre uma evolução (TELES; SÉLLOS; SANTOS, 2013).

No Brasil, durante o período colonial, o território brasileiro foi utilizado como local de cumprimento das penas. Não bastasse isso, devido à divisão social da época, pessoas da coroa, fazendeiros, comerciantes ou de algum valor social elevado, fazia justiça como bem entendiam, indo de encontro a tendência de outros países.

[...] e como cada um tinha um critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil-Colônia. Pode-se afirmar sem exagero que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar seus interesses. De certa forma, essa fase colonial reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes (BITENCOURT, 2000, p. 41).

Nesse contexto, nascem às primeiras instalações prisionais brasileiras, onde os custodiados aguardavam penas, como o açoite, multas ou o degredo, pois ainda não se tinha a pena de prisão. Apenas no ano de 1824 a Constituição estabeleceu a criação de um Código Criminal, e este, por sua vez, designou algumas formas de penas:

O arsenal das penas estabelecido pelo Código de 1830 compunha-se da morte na forca (artigo 38); galés (artigo 44); prisão com trabalho (artigo 46); prisão simples (artigo 47); banimento (artigo 50); degredo (artigo 51); desterro (artigo 52); multa (artigo 55); suspensão de emprego (artigo 58); perda de emprego (artigo 59). Para os escravos, havia ainda a pena de açoite, caso não fossem condenados à morte nem às galés. Depois do açoite, o escravo deveria ainda trazer um ferro, segundo a determinação do juiz (MOTTA, 2011, p. 78).

O Código Criminal institui a pena de prisão culminada ao trabalho e na sequência alternativas, como: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar. Ao ano de 1946, com a promulgação da Constituição, houve a limitação do poder punitivo do Estado e “consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Nesse contexto, a lei 3.274/1957 declarou a necessidade da individualização da pena” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 44).

No entanto, em 1964, com o Golpe Militar, e toda a repressão e violência desse momento, institui-se a pena de morte e a prisão perpétua, um regresso no que diz respeito à recuperação e ressocialização do apenado.

O Código Penal de 1969 foi outorgado pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, junto com a Nova Lei de Segurança Nacional. A pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos eram revividas, e as garantias processuais eram reduzidas. Em 1969 os ministros promulgaram uma emenda à constituição de 1967, desfigurando-a de maneira essencial (DOTTI, 1998, p. 79)

Com a Constituição de 1969, por meio de emendas, voltou a vigorar a pena com sentido de recuperação, “proclamando que a execução penal deve ser promovida de maneira a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educativa no sentido de sua recuperação social” (DOTTI, 1998, p. 79). E em 1978, a Lei n. 6.578/78, coibiu finalmente a pena capital e a prisão perpétua.

Novos caminhos se abriram às ciências penais com o retorno da criminologia e a maior atenção dada para a política criminal. Era o retorno às discussões teóricas do crime e da pena como fato social, visando o processo de elaboração normativa, que se encontrava mais democrático graças ao enfraquecimento político da “linha dura” governamental (DOTTI, 1998, p. 45).

A reforma penal ocorrida em 1984, por meio da Lei 7.209, de 11 de julho, aboliu o sistema do duplo binário e as penas acessórias, desta forma, não foi mais possível responder com penas concorrentes (pena criminal e medida de segurança). E assim, o sistema consolidou-se vicariante, com penas alternativas (pena criminal ou medida de segurança). René Ariel Dotti fundamenta as mudanças da seguinte forma: o repúdio à pena de morte, a manutenção da prisão, as novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança (1998, p. 93).

E finalmente, a Constituição de 1988, “inaugurou de forma pouco técnica e bastante precipitada, um novo sistema de penas na legislação nacional” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 47). Destacando-se pela possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, a partir do cumprimento de certos requisitos.

No entanto, o crescente aumento da população carcerária inviabilizou algumas práticas, como à cela individual. E desde então, os números de reclusos só sobem, e junto vem à pressão social para que assim continue, pois há a falsa sensação de combate direto aos delitos com o encarceramento em massa. Segundo Baratta, pelo princípio da culpabilidade, determina-se que o fato punível é aquele que causa a reprovabilidade social, e assim, “O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador”.

Desta forma, passa despercebido o propósito do sistema punitivo, pois segundo Carvalho Filho, “o encarceramento era um meio, não era o fim da punição”, fazendo referências a torturas ocorridas aos prisioneiros até meados do século XVIII, mostrando a desumanidade do local. E complementa, “A prisão torna-se então a essência do sistema punitivo. A finalidade do encarceramento passa a ser isolar e recuperar o infrator”, dando ênfase a uma nova visão a respeito da privação de liberdade como forma de punição de delitos, onde apenas encarcerar não é o suficiente, tem que reeducar o apenado para que não seja reincidente na prática de crimes. Nesse compêndio, Assis dispõe:

O sistema penal e, conseqüentemente o sistema prisional não obstante sejam apresentados como sendo de natureza igualitária, visando atingir indistintamente as pessoas em função de suas condutas, têm na verdade um caráter eminentemente seletivo, estando estatística e estruturalmente direcionado às camadas menos favorecidas da sociedade.

Assim, as cadeias brasileiras crescem com a difícil missão de manter os princípios trazidos em lei, pois pessoas são colocadas em condições sub-humanas devido à superlotação, quebrando a ideia central.

3. SOBRE A LEI DE EXECUÇÃO PENAL – LEP

Em relação ao Brasil e as normas de execução penal tivemos a Lei nº 3.274, em 1957, que dispôs de maneira geral as normas penitenciárias. Porém, não supria as necessidades por completo, conforme Muakad (1996, p.34), “o momento exigia também um código de execução penal, porque as normas gerais do regime penitenciário, previstas pela lei nº 3.274/57, não tinha força coercitiva por não constituírem verdadeiras normas jurídicas, quer formais, quer materiais”.

Após tentativas frustradas, um novo projeto foi apresentado e em 1984 foi promulgada a Lei de Execução Penal nº 7.210, entrando em vigor no dia 13 de janeiro de 1985. Segundo Beneti (1996, p.31), “a Lei de Execução Penal encerrou um grande ciclo de esforços doutrinários e legislativos, no sentido de dotar o país de um sistema execução penal. Antes, dela vários projetos foram elaborados”.



Nitidamente a implementação de uma Lei de Execução Penal trouxe inovações ao sistema prisional brasileiro, consoante Dotti (1998 apud MIRABETE, 2006, p. 29):

Desde o início da vigência da lei, havia uma convicção quase unânime entre os que militam no exercício da aplicação do direito de que a lei de execução penal era inexecutável em muitos de seus dispositivos e que, por falta de estrutura adequada, pouca coisa seria adequada na prática quanto ao cumprimento das penas privativas de liberdade e na aplicação da lei em 26 relação às medidas alternativas prevista na nova legislação. Embora se reconheça que os mandamentos da Lei de Execução Penal sejam louváveis e acompanhem o desenvolvimento dos estudos a respeito da matéria, estão eles distanciados e separados por um grande abismo da realidade nacional, o que a tem transformado, em muitos aspectos, em letra morta pelo descumprimento e total desconsideração dos governantes quando não pela ausência dos recursos materiais e humanos necessários a sua efetiva implantação.

E considerado por Kuehne como uma inovação:

Não há negar que se trata de instrumento jurídico avançado, e que veio a dar dignidade à Execução Penal, com o Princípio da Jurisdicionalização da Execução, fazendo com que a Justiça continuasse a acompanhar a execução da pena, em todos os seus incidentes, quer no aspecto técnico, quer nos “casos” que suscita a execução da pena (1995, p. 16).

A LEP teve por objetivo, consoante ao seu art. 1º, “efetivar os dispositivos de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do interno” (BRASIL, 1984), demonstrando a importância dessa lei ao ordenamento jurídico nacional. Prova disso foi à separação que ocorreu entre aqueles que já foram condenados e os provisórios. Os presos provisoriamente – prisão preventiva, temporária, em flagrante e pronúncia ou sentença condenatória recorrível – ficam a disposição da Justiça normalmente em cadeias públicas ou presídios. Nessa linha, Marcão definiu o preso provisório:

São aqueles recolhidos ao estabelecimento prisional em razão de prisão em flagrante (arts. 301 e s. do CPP), prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP), prisão resultante de pronúncia (art. 408 do CPP), prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (art. 594 do CPP e 35, caput, da Lei 6.368/1976) ou prisão temporária (Lei n. 7.960, de 21-12-1989) (2006, p. 97).

Devido ao princípio da inocência, ao preso provisório, não se aplicou todas as prerrogativas de um condenado definitivo, por exemplo, a obrigação do trabalho. Já aos condenados com sentença condenatória transitada em julgado, não podendo mais recorrer, são submetidos a todas as obrigações de um apenado segundo a Lei de Execução.

Para tanto, a lei tratou não apenas dos deveres, mas também de direitos. A assistência ao preso é prevista no art. 10, da LEP, “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Nesse compêndio Nogueira descreveu, “O preso não só deve receber um tratamento adequado, como também deve ter uma assistência efetiva, pois se assim não for não terá condições de readaptar-se socialmente”.

Visando atingir seus objetivos, a Lei de Execução Penal Brasileira trouxe em seu artigo 11º, as seguintes formas de assistência: Material, à Saúde, Jurídica, Educacional, Social e Religiosa.

Assim, a assistência material prevista na lei incluiu a prestação de alimentos, roupas e saneamento, para que os apenados tivessem cuidados com saúde e higiene básica, além da assistência médica, farmacêutica e odontológica, pois se entendeu como essencial a vida humana. No entanto, a assistência educacional, social e religiosa para criminosos ou os chamados recursos de ressocialização são mais abrangentes e buscaram resgatar os fundamentos sociais, fazendo-o mudar de objetivos e mostrando os caminhos disponíveis para o retorno à sociedade, salvando valores, desde a autoestima até o enfrentamento da vida fora da prisão.

Todo esse aparato jurisdicional foi montado para oferecer condições dignas de cumprimento de pena, justamente visando o retorno a sociedade após o cumprimento de pena e assim diminuir quaisquer impactos negativos ou limitações impostas pelo cárcere. Amparado e pautado, principalmente, visando proteger o princípio da dignidade humana, garantido por lei e enfatizado por Assis:

As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Já em nível nacional, nossa Carta Magna reservou 32 incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados à proteção das garantias do homem preso. Existe ainda em legislação específica - a Lei de Execução Penal - os incisos de I a XV do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer na execução penal.

Sob a ótica de Ingo Wolfgang Sarlet (2002):

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

Por finalidade a LEP teve a reintegração do indivíduo a sociedade. Desta forma, é dever do Estado oferecer esses meios aos detentos, por intermédio de direitos e obrigações. Para além, instituiu benefícios durante o cumprimento da pena, condicionando ao cumprimento da lei o direito de remição pena.



3.1 Dos deveres

Para a promoção de um ambiente harmonioso, a Lei de Execução propôs os seguintes deveres, conforme o exposto no art. 39:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão ordem ou à disciplina;

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI - submissão à sanção disciplinar imposta;

VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;

IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X - conservação dos objetos de uso pessoal. Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo (BRASIL, 1984).

Toda via, Mirabete ressalta o parágrafo único do artigo 39, com o seguinte comentário a respeito do preso provisório:

Embora não esteja sujeito às obrigações de uma sentença condenatória transitada em julgado, o preso provisório deve permanecer recolhido em decorrência de circunstâncias previstas especialmente na lei processual, impondo-se a eles os deveres decorrem exclusivamente da sentença (2006, p.117).

Tais deveres proporcionam regras de convívio e meios de cumprimento de pena com respeito e dignidade, justamente para atingir os objetivos e finalidades da lei.

3.2 Dos direitos

Tanto os presos provisórios quanto os condenados possuem direitos garantidos pela LEP, no entanto, tais garantias não podem comprometer a execução penal. Sobre o assunto Mirabete (2006, p. 118) explica, “tese que o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional de corrente da sentença condenatória que se impôs uma pena privativa de liberdade”.

E o artigo 41 da Lei de Execução Penal trouxe elencado o direito dos presos:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes (BRASIL, 1984).

E incluído pela Lei nº 10.713, de 2003, “XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente”.

4. O INSTITUTO DA REMIÇÃO DE PENA

O Instituto da Remição da Pena surge após a Guerra Civil Espanhola, meados de 1937, findando abrandar penas de presos políticos da época, tentando ressignificar o tempo durante o cárcere. Sobre o assunto, Rodrigues aduz:

Historicamente a Remição é um importante instrumento de desprisonalização, surgido em 28 de maio de 1937, por meio de um decreto do Governo



Franquista, para ser aplicado aos prisioneiros vencidos da Guerra Civil espanhola. A verdade é que este instituto pode ser considerado como uma das mais importantes conquistas no tocante ao abrandamento do processo de execução da pena privativa de liberdade atual (2007. p. 45).

No Brasil foi implantado primeiramente no Estado de Minas Gerais, por meio da lei nº 7.226 de 22 de maio de 1978, trazendo no seu artigo 42 o disposto, "Sempre que o sentenciado participe ativamente das atividades educativas do estabelecimento e revele efetiva adaptação social, haverá a remissão de um (1) dia de prisão, por dois (2) dias de trabalho, na forma do regulamento". E complementando com o art. 71, "compete ao juiz da execução penal decretar a remissão parcial da pena [...]". Logo após, instituiu-se na forma da Lei Federal nº 6.416/77, que posteriormente, em 11 de julho de 1984, daria forma ao Projeto de Lei conhecido como Lei de Execução Penal.

4.1 Princípios da Remição

A remição de pena é um instituto aplicado no cotidiano do ordenamento jurídico brasileiro, como já explanado, consiste em uma forma de diminuição da pena por meio do trabalho, estudo ou outra atividade social. Para tanto, é necessário que sua aplicação respeite os direitos constitucionais garantidos dos presos, visando a troca responsável de direitos e deveres entre Estado e apenado. O Princípio da Dignidade Humana é apenas uma das bases norteadoras da remição, devendo ser tratado com o máximo respeito, pois há um estado de vulnerabilidade associado a condição do preso, dada a "carência" do sistema.

Mencionado princípio é vinculado a outros, não menos importantes, como, o Princípio da Humanidade das Penas, o Princípio da Individualização das Penas, a não Perpetuação das Penas e o Princípio da Proporcionalidade, todos unidos com a mesma finalidade: proporcionar o cumprimento da pena de forma digna e a consequente reinserção na sociedade.

4.2 Da Remição

Paduani (2002, pag. 15) conceitua, "A expressão remir vem do latim *redimere*, que significa retirar do cativeiro, compensar, reparar, ressarcir, recuperar-se de uma falta, reabilitar-se. Lado outro, remissão ou remição (do latim, *remissione*): compensação, paga, misericórdia, clemência".

Celso Campilongo destaca a importância da diferença entre remição e remissão, pois apesar de parônimas não podem ser confundidas pelos operadores do direito, sob pena de comprometer o alcance do instituto da remição.

1. remição: do latim: *redimire* – adquirir de novo, resgatar, compensar. Assim, é de se presumir que pelo trabalho e/ou estudo o preso estará compensando os dias de pena que serão descontados de sua condenação. É o direito

de resgatar a liberdade, adquiri-la novamente e em tempo antecipado;

2. remissão: do *latim remissio*, de *remittere* – perdoar, renunciar, desistir, absolver.

Marcão destaca ainda:

“A palavra remição vem de *redemere* que no latim significa reparar, compensar, ressarcir. É preciso não confundir remição com remissão; esta, segundo o léxico, significa a ação de remir, perdoar. Na lição de Júlio F. Mirabete, pode-se definir a remição, nos termos da lei brasileira, como um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semiaberto. Trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parte da pena” (2007, p.163).

Dada como inovadora, a Lei de Execução Penal ampliou seus horizontes, instituiu a remição, primeiramente dada apenas em função do trabalho do apenado, por meio da Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, ampliou o dispositivo e reconheceu o estudo como outra forma de remição. E por meio da Portaria Conjunta 276/2012 e Recomendação nº 44, reconheceu a remição pela leitura.

Segundo Mirabete, a remição da pena, “é um instituto em, pelo trabalho, dá-se como cumprida parte da pena. Pelo desempenho da atividade laborativa o preso resgata uma parte da sanção, diminuindo o tempo da sua duração”.

Jason Albergaria foi além no seu entendimento:

A remissão não se resume na operação aritmética sobre os dias redimidos, porque envolve todo o regime penitenciário. Compreende não só os dias redimidos pelo trabalho, como a participação do reeducando e reinserção social. A concessão da remissão decorrerá de elementos subjetivos e objetivos. O elemento objetivo consiste na dedução dos dias redimidos, e o elemento subjetivo, na participação ativa do réu no processo de reeducação, ou em sua efetiva readaptação social. O elemento determinante da remissão é a participação ativa das atividades do trabalho e da educação (1987, p. 242).

No entanto, os métodos de remição estão se multiplicando e se adaptando de acordo com a necessidade e evolução do entendimento a respeito do assunto. Atualmente, é possível remir por meios tradicionais, como, trabalho e educação, mas, também, por exemplo, em coral ou leitura. De acordo com o Superior Tribunal, prática de atividades artísticas e culturais dispõe dos mesmos objetivos da remição pelo trabalho ou estudo, que é reeducar e devolver o apenado ao convívio social, ao mercado de trabalho e evitar a reincidência nas práticas delituosas. Em julgado, o STJ, Edição nº 613, em 8 de novembro de 2017, sobre o assunto:

“...Inicialmente, consigna-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como resultado de uma interpretação analógica in bonam partem da norma prevista no art. 126 da LEP, firmou o entendimento de que é possível remir a pena com base em atividades que não estejam expressas no texto legal. Concluiu-se, portanto, que o rol do art. 126 da Lei de Execução Penal não é taxativo, pois não descreve todas as atividades que poderão auxiliar no abreviamento da reprimenda. Aliás, o caput do citado artigo possui uma



redação aberta, referindo-se apenas ao estudo e ao trabalho, ficando a cargo do inciso I do primeiro parágrafo a regulação somente no que se refere ao estudo - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional. Na mesma linha, consignou-se que a intenção do legislador ao permitir a remição pelo trabalho ou pelo estudo é incentivar o aprimoramento do reeducando, afastando-o, assim, do ócio e da prática de novos delitos, e, por outro lado, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP) ...”

4.2.1 Pelo Trabalho

Para a Lei de Execução Penal, não há a possibilidade de remição pelo trabalho caso o detento já esteja em regime aberto, isso ocorre porque o trabalho é uma condição para o ingresso e permanência nesse tipo de regime. E para tanto, o art. 114, I, e o art. 132, § 1º, da referida lei, dispõe que, “Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente”. Portanto, a remição por meio do trabalho cabe aos detentos do regime fechado ou semiaberto, como consta no art. 126, da LEP.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1o A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

[...]

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

Em regra, seguindo os moldes do art. 33 da LEP, o preso terá direito a 1 (um dia de abatimento da pena a cada 3 (três) dias de trabalho regular, como incluído no art. 126, § 1º, II, da mesma lei.

4.2.2 Pelo Estudo

Doutrina e jurisprudência entravam em divergência a respeito da remição pelo estudo, pois até então não existia previsão legal a respeito do assunto. Diante do conflito, o Supremo Tribunal Federal – STF por meio da Súmula 314 concluiu, “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução da pena sob regime fechado ou semiaberto”. Com isso, houve a implementação de atividades educacionais no meio prisional, e por meio do art. 84, § 4º da LEP, instituiu a criação de salas de aulas nesses estabelecimentos designadas para o ensino básico e profissionalizante. Findando a discursão de uma vez por todas, a Lei 12.433/2011 alterou o art. 126 da LEP, incluindo a regulamentação da forma de remição pelo estudo.

Ainda no artigo 126, caput, a remição pelo estudo pode acontecer para os detentos do regime fechado ou semiaberto. No entanto, o parágrafo 6º, apresenta a possibilidade

de remição por estudo para integrantes do regime aberto, semiaberto ou ainda os que estiverem em liberdade condicional, dado a frequência em curso de ensino regular ou educação profissional. E mais, o parágrafo 7º do artigo 126 da LEP, possibilita essa forma de remição para o preso cautelar, oportunizando a remição no caso de futura condenação. Assim, a cada 12 (doze) horas de frequência educacional, divididas em pelo menos 3 (três) dias, o apenado recebe 1 (um) dia de pena reduzido.

Para tanto, o condenado que usufrui desse benefício e estuda fora do estabelecimento prisional, deve comprovar a autoridade administrativa penal pertencente por meio de declaração da unidade de ensino, juntamente com a frequência e o aproveitamento escolar mensalmente, sob pena de revogação em caso de descumprimento. O juízo de execução receberá da autoridade administrava a cópia desses registros, como versa o artigo 129 da LEP, e a remição deverá ser declarada, ouvidos o Ministério Público e a defesa, posteriormente serão fornecidos ao condenado uma relação com os dias remidos.

4.3 Direito à Educação E Cárcere

A partir do III Fórum Educacional do Mercosul houve a proposta direta aos Ministros da educação participantes sobre a criação de uma Rede Latino-americana de Educação em Prisões. O Ministério da Educação – MEC instituiu a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade – Secad e a Secretaria de Relações Internacionais nesse debate, e o resultado foi à elaboração do documento Educação em Serviços Penais: fundamentos de políticas e diretrizes de financiamento, a base da política de Estado para a educação no âmbito prisional.

Abriu-se o debate sobre o assunto e durante muitos anos, pesquisadores, professores e toda a comissão de justiça buscou fomentar e resolver as problemáticas que envolvem o acesso à educação dentro dos muros da prisão. No Seminário Eurosocial de Educação nas Prisões, a temática repercutiu mundialmente, a proposta de uma Rede Latino-americana de Educação em Prisões objetivando a difusão da educação para todos, através da Campanha Nacional pelo Direito à Educação foi manifestado o posicionamento a favor da remição de pena pelos estudos, tudo isso foi pensado como forma de combater a onda de violência que atingiu a cidade de São Paulo em 2006.

A possibilidade da remição através do estudo nasceu em 2011, por meio da Lei nº 12.433, que completou recentemente dez anos de vigência. Até então, apenas havia previsão legal da remição pelo trabalho. Os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias e de notas do Departamento Penitenciário Nacional – Depen, no primeiro semestre de 2020, mostrou que o sistema penitenciário tem capacidade de atender cerca de 147 mil presos em exercícios educacionais. Dessas vagas, 125 mil estão sendo ocupadas, onde 79 mil estão na educação na modalidade EJA (Educação de Jovens e Adultos) e educação profissionalizante, em cursos técnicos ou formação continuada. No mais, mais de 25 mil apenados desempenham o projeto de leitura e mais de 17 mil, desenvolvem atividades complementares voltadas a educação. Os dados de 2016 mostram que cerca de 82% dos internos leem uma média de mais de dez livros por ano.



Segundo Paulo Freire:

“A educação em espaços de privação de liberdade pode ter principalmente três objetivos imediatos que refletem as distintas opiniões sobre a finalidade do sistema de justiça penal.”

E em conformidade com a Lei Penal:

Da Assistência Educacional.

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

A lei possibilita o acesso ao direito de educação, e nesse compêndio permite a remição por meio de atividades presenciais ou à distância. Além do abatimento na pena a cada 12 (doze) horas de estudo, acrescenta-se 1/3 em caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior. Podendo ainda somar essas horas as horas trabalhadas, aumento a possibilidade de remir a pena e desenvolver atividade laborativas que envolvam o aprendizado. Desta forma, temos consolidado o seguinte entendimento:

“Nos termos do art. 128 da Lei de Execuções Penais, e da jurisprudência deste Tribunal superior “os dias remidos pelo apenado por estudo ou por trabalho devem ser considerados como pena efetivamente cumprida.” (HC n. 194.838/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 1º/08/2012), devendo ser somados ao tempo de pena para verificação do preenchimento dos requisitos necessários para a concessão de eventuais benefícios executórios” (HC 462.464/SP, j. 20/09/2018).

As informações mostram um crescimento no interesse dos condenados ao desenvolvimento de atividades educacionais, em 2012 eram 47 mil e em 2019 saltou para 124 mil presos envolvidos nessa atividade. Recentemente, de Dezembro/2020 a Dezembro/2021, houve um aumento de 99% das atividades educacionais nas unidades prisionais brasileiras, computando um total de 330.405 detentos em atividade, segundo a Depen. Destaque para o Estado do Maranhão que aumentou em 521% suas atividades na área e está em processo de erradicação do analfabetismo no Sistema, possuindo atualmente 100% dos seus internos em processo de alfabetização ou já alfabetizados. Implantou ainda, o Projeto Remissão que busca a diminuição da pena pela leitura e ressocialização, além de diversos internos cursando o Ensino Superior. Mesmo com a Pandemia do Covid-19 as ati-

vidades não pararam, foi criado o EAD Prisional e difundido em todos os estabelecimentos do estado, e previsão de grande aumento no número de reeducandos.

De certo que de nada adianta todos os esforços se a sociedade não evoluir e entender que é necessário muito mais que prender, o estigma que ronda um egresso do sistema tem que ser combatido, fora o sentimento que já rodeia o apenado, pois segundo Toigo:

“não há como falar da situação do egresso, sem deixar de focalizar a vulnerabilidade deste, pois atualmente, a reinserção completa do cidadão encarcerado na sociedade não passa de mera utopia, uma vez que somos seres dotados de memória e que, como seres humanos sensíveis a mínimos estímulos, sejam eles, negativos ou positivos, respondemos rapidamente e estes, sendo o encarceramento um estímulo totalmente negativo ao cérebro de qualquer pessoa que venha a passar por tal experiência.”

Os dados mostram o reflexo do fortalecimento de políticas de educação aplicadas ao cárcere, o investimento de ações que fomentam a educação para todos, na busca de melhoria nas condições de cumprimento da pena e reinserção da pessoa privada de liberdade no meio social após o cumprimento da pena. Nesse sentido Sorci aduz:

[...] é de força convir que o estudo, como atividade de caráter intelectual que se destina ao aprimoramento artístico e intelectual, guarda nítida semelhança com o trabalho propriamente dito, mormente estando ambas as atividades visando atingir os objetivos da Lei de Execução Penal, qual seja: o sentido imanente da reinserção social, o qual deve compreender a assistência e ajuda efetivas – na obtenção de meios capazes de permitir o retorno do condenado ao meio social em condições favoráveis para a mais plena integração” (2000, p.11).

O Brasil carece de mão de obra qualificada, isso implica na hora da inserção do mercado de trabalho através do emprego formal. Na cultura de mercado, faz-se necessária aptidão e capacidade para desenvolver as atividades, se oportunizado de maneira eficiente e através de políticas estatais é possível o aproveitamento de pelo menos parte dessa massa carcerária. No mais, pela teoria da perda de uma chance, já se cogita ação indenizatória, se o preso possuir disposição para o estudo e o Estado for omissivo em relação a isso.

É preciso compreender a educação como o único instrumento capaz de potencializar as competências, capacidades e habilidades, se dado às condições para tanto, educar transforma espaços e constrói uma sociedade mais justa e igualitária, capaz de combater a violência e o crime sem utilização de meios desumanos.

5. CONCLUSÃO

Atualmente, ainda há uma visão distorcida sobre a prisão e sua função social, cresce o clamor da sociedade pela imposição de punições mais severas. Um olhar preconceituoso é lançado aos egressos do sistema, dificultando ainda mais a reintegração no convívio social, prejudicando até mesmo as taxas de reincidências no mundo do crime. Apesar de



toda evolução doutrinária e jurisdicional, a aplicabilidade esbarra no cenário de superlotação, falta de estrutura e de descrença como um todo, pois devido ao estigma social muitas vezes o próprio apenado não vê a possibilidade de uma nova oportunidade.

O Estado é responsável pela aplicação e fiscalização do processo de remição, não sendo possível a escusa, pois trata-se não apenas de um direito, mas também um dever do condenado. A omissão do poder estatal em prestar as condições necessárias para a manutenção dessas atividades tem levado a busca por tribunais para o reconhecimento da remição independente da realização das atividades, a chamada remição ficta. No entanto, os tribunais superiores destacam que, sobretudo a principal finalidade do benefício é a ressocialização, concluindo que o maior objetivo é preparar esse indivíduo para além dos muros da prisão e não apenas garantir a liberdade antecipada.

A aplicabilidade de um sistema educacional prisional eficiente favorece o afloramento de habilidades, de domínios cognitivos, da afetividade e sociabilidade, mas precisa ser continuada intra e extra muros. Para tanto, mudanças profundas seriam necessárias, pois a prisão deveria diminuir a sensação de confinamento e de insegurança, buscando o favorecimento do estudo, do pensamento crítico e do debate de ideias, pois só a autoridade, a obediência e a submissão, não são suficientes para garantir a eficácia do Estado no combate a criminalidade e reincidência.

Referências

- TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral**: Arts. 1º a 120. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006
- Wolkmer, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, nº45, v.12, 2009
- SOUZA, Ana Paula. **Função Ressocializadora Da Pena**. parte geral: 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. parte geral 3ª.ed. Curitiba: Lumen Júris, 2008
- JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. 2ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2013.
- FOUCAULT, M. . **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Editora Vozes, 1987
- TELES, Cinthia Martins; SÉLLOS, Claudia de Lima; SANTOS, Nivaldo. **A Origem da Aplicação da Pena. 2013**. Disponível em: . Acesso em: 14 mar. 2022, às 14:12h.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da Razão Punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 476 p. ISBN 85-203-2266-2.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo Revista dos Tribunais, 1998. 550 p. ISBN 85-203-1632-8.
- MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 1996

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução penal: comentários à lei nº 7.210**, de 11-7-84. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

KUEHNE, Maurício. **Doutrina e prática da execução penal**. Curitiba; Juruá, 1995.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal: anotada e interpretada**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1990.

PADUANI, Célio Cesar. **Da remição na lei de execução penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALBERGARIA, Jason. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002. P21

ASSIS, Rafael Damasceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Educação em serviços penais : fundamentos de política e diretrizes de financiamento / Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. Imprensa: Brasília, Departamento Penitenciário Nacional/MJ, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 28 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal, São Paulo: Saraiva, p. 163.

DEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em: 20 maio.2022, às 16:19h.

SEAP, **Novo ranking do Depen aponta o Maranhão em primeiro lugar nacional em Pessoas Privadas de Liberdade inseridas em atividades de educação e trabalho**. Disponível em: <<https://seap.ma.gov.br/noticias/novo-ranking-do-depen-aponta-o-maranhao-em-primeiro-lugar-nacional-em-pessoas-privadas-de-liberdade-inseridas-em-atividades-de-educacao-e-trabalho>>. Acesso em 21 maio. 2022, às 11:15h.

CAPÍTULO 22

DIFICULDADES INERENTES AO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS DETENTOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

*DIFFICULTIES INHERENT TO THE PROCESS OF RESOCIALIZATION OF
DETAINEES IN THE BRAZILIAN PRISION SYSTEM*

Aryelle Ferreira de Lima¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

A Lei de Execução Penal Brasileira é conhecida como uma das leis mais modernas do mundo. Entretanto, muitos dos seus instrumentos e dispositivos, em função da falta de estrutura adequada, tornam-se inviáveis tanto na execução das penas privativas de liberdade quanto nas medidas alternativas previstas. À luz deste instrumento legal, as penas privativas de liberdade apresentam, além do objetivo básico de penalizar os condenados, proporcionar conjunturas que possibilitem a reintegração destes de forma plena à sociedade. Esta pesquisa teve como objetivo principal analisar os dispositivos legais acerca do processo de ressocialização dos apenados, com enfoque nas falhas do Estado no referido processo. O método utilizado para desenvolvimento da pesquisa foi hipotético-dedutivo, realizado por meio de um levantamento bibliográfico em obras correlatas ao tema. A origem da punição se deu desde o surgimento da humanidade e os primeiros grupos sociais, onde a vingança era exaltada diante das agressões sofridas, sem aflição de justiça. Neste sentido, a ressocialização corresponde a uma alternativa de reinserir o indivíduo infrator em uma consciência social que o torne apto ao retorno à sociedade. Observou-se que a ressocialização vai muito além do que um ato punitivo determinado ao infrator pelo cometimento do crime, ela é vista também como a necessidade de promover aos apenados, condições para que ele possa se reestruturar para que volte a sociedade e não possa mais delinquir. Diante disso, conclui-se que é necessária a consolidação de mecanismos que possibilitem a ressocialização destas pessoas.

Palavras-chave: Ressocialização; Sistema prisional; Dificuldades.

Abstract

The Brazilian Penal Execution Law is known as one of the most modern laws in the world. However, many of its instruments and devices, due to the lack of adequate structure, become unfeasible both in the execution of custodial sentences and in the alternative measures provided for. In the light of this legal instrument, the custodial sentences have, in addition to the basic objective of penalizing the convicts, to provide circumstances that allow their full reintegration into society. The main objective of this research was to analyze the legal provisions concerning the process of resocialization of convicts, focusing on the failures of the State in that process. The method used to develop the research was hypothetical-deductive, carried out through a bibliographic survey in works related to the theme. The origin of punishment has been since the emergence of humanity and the first social groups, where revenge was exalted in the face of aggressions suffered, without affliction of justice. In this sense, resocialization corresponds to an alternative to reinsert the offending individual into a social conscience that makes him able to return to society. It was observed that resocialization goes far beyond a punitive act determined to the offender for the crime, it is also seen as the need to promote to the convicts, conditions so that he can restructure so that he returns to society and can no longer delinquent. In view of this, it is concluded that it is necessary to consolidate mechanisms that enable the resocialization of these people.

Keywords: Prison System; inmates; Pregnant.



1. INTRODUÇÃO

A Lei de Execução Penal Brasileira é conhecida como uma das leis mais modernas do mundo, no entanto, devido à falta de estrutura adequada, muitos de seus dispositivos tornam-se inviáveis tanto na execução das penas privativas de liberdade quanto nas medidas alternativas previstas. Incontáveis são os indícios de decadência do sistema prisional, podendo ser notados através dos órgãos de comunicação que dia após dia noticiam problemas de superlotação intimamente ligados a motins, rebeliões e fugas, como também à reincidência, que retratam com total notoriedade incompetência do Estado no processo de ressocialização do apenado.

O paradoxo entre a função de ressocialização e a violação dos direitos garantidos aos detentos tem sido motivo de muitas discussões pois a realidade vivida pelos encarcerados é completamente outra. Levando em consideração o que discorre sobre os direitos e princípios fundamentais, o enclausurado durante a sua estadia na prisão tem direito ao respeito a sua dignidade. O indivíduo é custodiado pelo Estado devendo receber um aparato, tanto físico quanto moral, mas durante e após o cumprimento da pena o impacto sofrido com o cotidiano carcerário das prisões brasileiras mostra o quão ineficaz o Estado tem sido.

O intuito principal para a sustentação deste projeto de pesquisa, consiste no amparo e proteção do indivíduo aprisionado vulnerável. Os transtornos enfrentados pelas cadeias brasileiras é um tema de relevância para a sociedade, críticas às causas da ruína do cárcere brasileiro não podem deixar de serem feitas. Afinal, os apenados voltarão ao convívio em sociedade e com a não ressocialização, reflexos como reincidência refletirão no corpo social.

À luz da Lei de Execução Penal, as penas privativas de liberdade não apresentam o objetivo de exclusivamente penalizar os condenados, mas proporcionar conjunturas que possibilitem a reintegração destes de forma plena à sociedade. Levando em consideração o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, qual o melhor caminho a ser trilhado pelo Estado para extinguir a lacuna entre o que está previsto em lei e a realidade praticada para assegurar a ressocialização do apenado?

Diante desses aspectos, esta pesquisa teve como objetivo principal: analisar os dispositivos legais acerca do processo de ressocialização dos apenados, com enfoque nas falhas do Estado no referido processo. Especificamente, buscou-se: Apresentar as principais concepções teóricas e legais da ressocialização no Brasil; discutir os principais aspectos históricos e conceituais da punição; e analisar os principais desafios ao processo de ressocialização no Brasil e o Princípio da Dignidade Humana.

O método utilizado para desenvolvimento da pesquisa foi hipotético-dedutivo, visando mediante o problema levantado pelo tema da pesquisa, apresentar hipóteses que expliquem a problemática levantada. Para tanto, foi realizado um levantamento bibliográfico em obras correlatas ao tema, bem como análise de julgados e dados oficiais a respeito das dificuldades inerentes ao processo de ressocialização dos detentos no sistema prisional brasileiro.

2. A RESSOCIALIZAÇÃO: ASPECTOS TEÓRICOS E LEGAIS

É certo que o indivíduo privado de liberdade perde alguns direitos de cidadania que fazem parte da vida social, como por exemplo, o direito de ir e vir. Desse modo, o processo de ressocialização é um ato de lidar novamente com o outro. Ou seja, é o ato de retomar a vida em grupo e em sociedade, para que ao sair do sistema carcerário, a pessoa seja reintegrada ao convívio social. Ele visa resgatar a autoestima dos apenados, além de efetivar projetos que garantam profissionalização, educação formal, dentre outros direitos básicos.

A ressocialização vem no intuito de trazer a dignidade humana, resgatar a autoestima do detento, trazer aconselhamento e condições para o amadurecimento pessoal, além de lançar e efetivar projetos que tragam proveitos profissional, entre outras formas de incentivo e com elas os direitos básicos dos presos vão sendo aos poucos priorizadas (NETO *et al.*, 2009, p. 6).

Nessa perspectiva, é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 determina que é de responsabilidade do Estado garantir direitos e deveres fundamentais a todos sem nenhuma distinção, no que abrange também a população prisional que são inseridos no sistema Prisional Brasileiro de forma em que seja garantido condições a reintegração social. Em detrimento disso com o crescimento da população carcerária despertou-se a atenção de políticas públicas voltadas para a ressocialização dos apenados.

A ressocialização não é simplesmente trabalhar e reeducar para que o apenado tenha um comportamento de acordo com o que a sociedade deseja, mas também visa realizar uma reinserção social eficaz, através de mecanismos e condições para que estes apenados venham a retornar à comunidade sem traumas (CALMON, 2014. p 52).

Evidencia-se que o Brasil dispõe a Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210, de 1984, que em seu advento, representou um avanço na legislação passando a reconhecer os direitos dos presos e assim determina tratamento individualizado. Esta Lei prevê punição, mas, também, a ressocialização das pessoas em situação de prisão. É importante ressaltar que a LEP é um ordenamento jurídico que orienta o cumprimento da prisão com foco na ressocialização, pois é necessário que seja cumprida essa função no sistema carcerário.

A referida Lei é relevante para a reintegração social do egresso do sistema carcerário, pelas inúmeras probabilidades de reeducação proporciona, por meio de direitos, deveres, trabalho, tratamento de saúde física, integridade moral, acompanhamento religioso etc. impedindo que o mesmo fique dentro do estabelecimento penal sem nada produzir (MACHADO, 2017).

Para que aconteça a ressocialização dos apenados depende de diversos aspectos, como a disponibilidade de estudo, da sua capacitação profissional e também da oportunidade no mercado de trabalho e não menos importante como a participação da família enquanto o cumprimento da pena, e o auxílio após esse estágio de cumprimento. Sendo assim cabe ao apenado expressar disposição de se ressocializar, aproveitando as oportunidades que lhe são ofertadas, tal como também, é atribuição do Estado disponibilizar ferramentas para sua ressocialização.



O sistema progressivo foi adotado pelo Código Penal brasileiro de 1940. Ele previa um período inicial, não superior a três meses da pena de reclusão, de isolamento absoluto, seguido de um período com trabalho em comum durante o dia e da possibilidade de transferência para colônia penal ou para um estabelecimento similar, e finalmente chegando ao livramento condicional (ANDRADE, 2015).

A LEP brasileira, também é clara quanto à finalidade ressocializadora da pena, embora se observe que os estabelecimentos penais brasileiros não disponibilizem programas efetivos para que este processo se concretize. Neste contexto, Andrade (2015, p. 22) pontifica que a “pretensão de transformar a pena em oportunidade para promover a reintegração social do condenado esbarra em dificuldades inerentes ao próprio encarceramento”

Não há dúvida sobre a necessidade de se respeitar os direitos dos reclusos, embora muitos adeptos ao radicalismo defendam que a legislação carcerária brasileira é protecionista, é notório que a vida nos presídios, na maioria das vezes, não respeita os mínimos indícios do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Barros (2017), a ressocialização:

[...] é a reintegração do delinquente na sociedade, presumivelmente recuperado. Já na concepção de Albergaria, [...] a ressocialização é um dos direitos fundamentais do preso e está vinculada ao *welfare state* (estado social de direito), que [...] se empenha por assegurar o bem-estar material a todos os indivíduos, para ajudá-los fisicamente, economicamente e socialmente. O delinquente, como indivíduo em situação difícil e como cidadão, tem direito à sua reincorporação social. Essa concepção tem o mérito de solicitar e exigir a cooperação de todos os especialistas em ciências do homem para uma missão eminentemente humana e que pode contribuir para o bem-estar da humanidade (BARROS, 2017, p.22).

Assim, é possível perceber que, quando a expressão ressocialização, frequentemente, é vista como sinônimo de: reformar, reeducar, reintegrar alguém que um dia soube conviver em sociedade, porém desviou-se ao cometer uma atitude antissocial (crime). Neste sentido, evidencia-se que o objetivo da ressocialização é resgatar o instituto da socialização. Ressalta-se que a ressocialização, segundo Beccaria (2018) objetivaria a reeducação ou, ainda, a escolarização social do delinquente.

Nesse sentido, pode-se afirmar que na ressocialização está subentendida a ideia de um amplo trabalho de reestruturação psicossocial do infrator, bem como da própria sociedade, que o receberá de volta quando acabar o cumprimento da pena, supostamente livre da possibilidade de reincidir. O apenado deve ser considerado como um indivíduo com potencialidades a serem trabalhadas para poder superar as dificuldades que o conduziram a cometer o delito, sendo ele capaz de se reintegrar à sociedade (ARGIMON; LOPES; MELLO, 2016).

Diante destas conceituações, verifica-se que o foco primordial da ressocialização é preparar o condenado para o seu reingresso no meio social, dando oportunidades e ensinando-lhe atividades profissionais honestas e criando-lhe hábitos de higiene, ordem e disciplina, preocupando-se também com sua construção ou reconstrução moral.

A Lei de Execução Penal é considerada uma das mais avançadas no mundo e, se cumprida integralmente, certamente propiciará a ressocialização de uma parcela significativa da população carcerária atual, haja vista que esta é sua finalidade.

A referida Lei é de grande importância para a reintegração do sentenciado, já que a gama de possibilidades de reeducação que propicia, por meio de direitos, deveres, trabalho, tratamento de saúde física, integridade moral, acompanhamento religioso, dentre outros, evitando que o mesmo fique dentro do estabelecimento penal sem nada produzir.

Para Carvalho (2017), a LEP, ao declarar, em seu art. 10, que o objetivo da execução é efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, demonstra que o sistema não se compromete com a teoria da emenda ou recuperação social do infrator.

Neste sentido, verifica-se que esta teoria deve remeter ao almejado fim de ressocialização do sistema penitenciário. Ressalta-se que o termo ressocialização se refere à habilidade de tomar a pessoa novamente capaz de viver em sociedade, como faz a maioria dos homens. Sobre este artigo, Messa (2020) acrescenta que:

A execução penal tem como princípio promover a recuperação do condenado. Para tanto o tratamento deve possibilitar que o condenado tenha plena capacidade de viver em conformidade com a lei penal, procurando-se, dentro do possível, desenvolver no condenado o senso de responsabilidade individual e social, bem como o respeito à família, às pessoas, e à Sociedade em geral (MESSA, 2020, p.31).

Desta forma, esta expressão, a princípio, aborda Castilho (2017, p.55), diz respeito ao comportamento do preso diante dos elementos externos, ou seja, para este autor, “ressocializar é modificar o comportamento do preso, para que este seja harmônico com o comportamento socialmente aceito e não nocivo à sociedade”.

Nesta perspectiva, o sentido de ressocialização do sistema penitenciário deve ser o de reinserção social como “ajuda” ou “apoio” ao condenado, permitindo a livre escolha de seus caminhos futuros, mesmo que estes o levem a uma reincidência. Segundo Diniz e Paiva (2016), a Lei de Execução Penal visa alcançar a reintegração do apenado na sociedade:

Inegavelmente, a lei de execução penal será o principal instrumento jurídico para a realização da política penitenciária nacional. Seu objetivo maior é transformação do estabelecimento prisional em escola de alfabetização e profissionalização do preso, para inseri-lo como força produtiva na população ativa da nação, e, sobretudo, como cidadão numa sociedade mais humana, fraterna e democrática (DINIZ; PAIVA, 2016, p.34).

A Lei de Execução Penal envolve uma série de elementos complexos, todavia, como já mencionado no capítulo anterior, é ela que prescreve os princípios e regras que possibilitariam a humanização do sistema penitenciário e a ressocialização do preso. A referida Lei faz com que seja posta em prática a decisão contida na sentença condenatória, seja com caráter de repressão ou prevenção do delito cometido (DORNELES, 2017).

Além disso, estabelece que deve haver condições mínimas para que o condenado e o internado se recuperem, devendo ser empregados meios construtivos para a recuperação, proporcionando a integração destes, para que vivam em comunhão social. Destaca-se que o diploma legal, também visa a cuidar do sujeito passivo da execução, e de sua defesa social, resguardando, ainda, a declaração universal dos direitos do preso comum que é constituída por regras mínimas para tratamento dos presos, da Organização das Nações Unidas, editadas em 1958 (ESPINOZA, 2014).

Como uma das formas de propiciar a ressocialização do preso, a Lei de Execução Penal adota a ideia de que o trabalho penitenciário deve ser organizado de forma tão aproximada quanto possível da sociedade, ou seja, que o apenado, ao trabalhar tenha alguns direitos trabalhistas. Deste modo, a Lei de Execução Penal dispõe sobre este tema:

Art. 32: Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

§ 1º - Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo.

§ 2º - Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade.

§ 3º - Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado (BRASIL, 1984, p.41).

Assim, constata-se que, mediante a legislação vigente, satisfeitas as obrigações maiores, ou seja, a reparação do dano e a assistência à família, deve o Estado constituir um pecúlio, mediante desconto da remuneração devida pelo trabalho prisional. Entretanto, Bulos (2016) adverte que:

O trabalho prisional no Brasil, contrariando as determinações legais da Lei de Execuções Penais, não remunera adequadamente; não cumpre condições básicas de trabalho como higiene, segurança e equipamentos adequados; bem como não garante tampouco seguro contra acidentes trabalhistas (BULOS, 2016, p.32).

Neste diapasão, a Lei de Execução Penal prevê a assistência educacional aos reclusos, pois conforme seu Artigo 17, a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Assim, a atual legislação penal brasileira prevê que a “assistência educacional” compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do recluso. Institui como obrigatório o ensino fundamental, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa. Já o ensino profissional deverá ser ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico (ESPINOZA, 2014).

Todavia, verifica-se que as unidades penais ainda não possuem ações regulares de ensino, posto que o maior interesse dos reclusos recai, como já mencionado, nas atividades laborais, que lhe propiciam algum ganho financeiro, além da possibilidade de abatimento de parte da pena.

Durante muitos anos, prevaleceu a ideia de que somente através da ocupação profissional do condenado se conseguiria a sua reintegração social. Além disso, o artigo 6º da Constituição Federal prevê que o trabalho é um dos direitos sociais de qualquer cidadão. No entanto, o preso, em cumprimento de pena privativa de liberdade, não pode exercer qualquer atividade laborativa em decorrência da limitação imposta pela sanção. Logo, cabe ao Estado atribuir-lhe trabalho que possa ser executado no estabelecimento penal, o que, por conseguinte, dê-lhe o direito à remuneração (FOCAULT, 2016). Assim, observa-se que, dentro do sistema prisional, o trabalho desempenha funções que objetivam proporcionar ao recluso a possibilidade de desenvolver alguma atividade produtiva que também funcione como redutor da pena, ou seja, os dias trabalhados diminuem a pena a ser cumprida.

A legislação penal brasileira vigente só reconhece a remissão de parte da pena através do trabalho. Assim, observa-se que no sistema penitenciário nos países ocidentais, o trabalho satisfaz unicamente o objetivo de “diminuir os custos operacionais” e de “manter o preso ocupado, evitando o ócio, desviando-o da prática de atividades ilícitas, funcionando neste caso como uma espécie de ‘terapia ocupacional’” (HELPE, 2014).

No entanto, cumpre salientar que a realidade brasileira mostra que o condenado dispõe de bastante tempo livre nas prisões, normalmente destinado ao ócio. Este considerado a “mãe de todos os vícios” produz efeitos deletérios (indolência, preguiça, egoísmo, desocupação, jogo, contágio moral, desequilíbrio), num conteúdo antiético que pode lançar por terra as esperanças do reajustamento social do condenado (JAKOBS; MELIÁ, 2017).

Neste sentido, constitui também direito do recluso a obtenção dos benefícios da Previdência Social, já que o trabalho é um dever do recluso, os direitos à Previdência devem ser similares aos alcançados em trabalho livre, isto é, deve ser garantido ao recluso gozar dos benefícios da Previdência Social, incluindo, aqueles derivados de acidente do trabalho. Embora esta premissa seja bem polêmica entre os doutrinadores.

3. ASPECTOS HISTÓRICO-CONCEITUAIS DA PUNIÇÃO

Antes de iniciarmos os estudos a respeito do histórico e caracterização da punição, faz-se necessário compreender o significado da expressão punição. De acordo com Andrade (2015), punição corresponde à privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração”. Considerando que a punição depende de uma autoridade pública que a imponha, de lei e julgamento, é certo que a pena, nesse contexto público, dependeu da evolução política da comunidade, que passou a se organizar em grupos, cidades e Estado.

A vida humana em comum só se torna possível quando se reúne uma maioria mais forte do que qualquer indivíduo isolado e que permanece unida contra todos os indivíduos isolados. O poder dessa comunidade é então estabelecido como ‘direito’, em oposição ao poder do indivíduo, condenado como ‘força bruta’. A substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade constitui o passo decisivo de uma civilização (ANDRADE, 2015, p.43).



Com o desenvolvimento das sociedades primitivas, emerge um poder social baseado nas religiões, que, gradativamente, modifica a natureza da sanção penal. A vingança individual é substituída pela vingança dos deuses, que será aplacada com o castigo do infrator.

A história da pena coincide com a própria história da humanidade, visto a inexistência da noção de Estado, em que pese a solução dos conflitos terem se dado com base na força, o homem primitivo era regido por um “temor religioso”, punindo o indivíduo que violasse a referida “divindade”. A punição do infrator consistia no sacrifício de sua própria vida, pois, o castigo deveria estar em conformidade com o deus ofendido. Ademais, não havia uma concepção de pena propriamente dita, mas, apenas se visava a manutenção da paz social (BARROS, 2017).

Nesse sentido, Messa (2020, p.157) destaca que “na pré-história não existia a ideia de prisão como confinamento prevenção ou reeducação do infrator. A medida constante nos povos primitivos era a pena de morte.” Prossegue o referido autor, afirmando que, na Antiguidade e Idade Moderna, não se reconhecia a privação da liberdade como uma sanção penal autônoma, mas, como um local de custódia para aplicação de castigos corporais e pena de morte. Logo, o encarceramento era apenas uma forma de manter o infrator sob detenção para aguardo do julgamento e execução.

Posteriormente, com o advento do capitalismo, surge a prisão, que tinha o intuito de desestimular a prática de crimes, bem como de propiciar ao preso lições sobre disciplina e trabalho. Nesse período, houve uma evolução substancial na concepção de prisão, com a elaboração dos conceitos de reclusão e uma humanização das penas, com contribuições relevantes da França e Inglaterra (BARROS, 2017).

3.1 A origem da punição na sociedade

A origem da punição se deu desde o surgimento da humanidade e os primeiros grupos sociais, onde a vingança era exaltada diante das agressões sofridas, sem aflição de justiça. Durante toda a Idade Média, a punição esteve atrelada aos suplícios, sendo uma pena corporal com extensão de barbárie e crueldade que atingiam o corpo e causavam dores.

Inicialmente, o modelo da punição era pautado sob a égide do castigo físico, dos sofrimentos psicológicos e violação à integridade física do condenado ou até mesmo dos seus próximos, Jara (2018, p.14) “elucida que a punição mais adotada era a mutilação, torturas, castigos e pena de morte”. Nesse contexto, ressalta-se que as penas eram executadas de diferentes formas, mas a que imperava era a forma de castigo que se sucedia em locais insalubres.

O modelo de punição que vigorou no século XVII e início do século XVIII, período de predomínio do governo monárquico europeu, em que a pena possuía o caráter de castigo e tormento aplicado aos condenados, que tinham sacrificados seus próprios corpos em intenso e cruel sofrimento físico (AZEVEDO, 2017, p. 03).

Nessa representatividade, vale salientar que a expressão máxima de poder era soberana do Estado, representado pela brutalidade das punições aplicadas, onde os corpos dos delinquentes pertenciam ao poder supremo do Estado. Essas aplicações da pena, sob crueldade, eram um método de reestruturação da ordem social e de regeneração da vida em sociedade.

É importante pôr em destaque que os sistemas de punições também sofreram forte ingerência da Igreja Católica, a qual designava o Tribunal do Santo Ofício, que tinha o papel de julgar e punir os indivíduos que eram contrários às normas de conduta determinadas pela Igreja. Com efeito, tem-se, nesse período, a eclosão do cárcere do Estado e do cárcere eclesiástico. Sendo o primeiro, a possuir o papel de cárcere – custódio aplicado à situação em que o indivíduo privado de liberdade aguardava o momento da sua punição, enquanto o segundo era reservado aos clérigos subversivos, onde ficam detidos nos mosteiros, como forma de penitência, com vista ao arrependimento e à consecução da correção (GOFFMAN, 2015).

A igreja não admitiu entre suas penas, a de morte, teve desde os tempos antigos, locais de reconhecimento para quem desejava aperfeiçoar-se, neles se retirando a fim de fazer penitência, eram esses os penitenciários, de cuja evolução resultariam as prisões para cumprimento de pena. (MIOTTO, 1992, p. 25).

Posteriormente, a Idade Moderna foi um período fortemente marcado pela representatividade política monárquica, sobretudo, no âmbito do poder da Monarquia, que detinha incondicionalmente o aparelhamento político, no qual tal autoridade descaracterizava quaisquer vínculos e limites, tendo como marca a imposição da barbárie repressiva, de modo a afligir os súditos destituídos de direitos. Inclusive nessa época, não havia necessidade de esclarecer a aspereza das punições dos encarcerados, assim como, os atos puníveis. Dessa forma, executá-lo caracterizaria como indagar o poder soberano do Rei (BECCARIA, 2018).

A punição, assim como a história dos homens na sociedade, sofreu um progresso consoante das novas civilizações que surgiram. Deste modo, os princípios sobre a pena vinculam-se às necessidades que surgem no período em que essa temática retoma espaços na sociedade. Seguidamente, surge a fase humanitarista chamada de clássica, onde ocorre a humanização das penas, salientando o advento da dignidade humana (JARA, 2018).

Com o perpassar do século XVIII, deu-se o retardamento da punição, elevando a idealização de punir ao invés de vingar, formando, assim, um novo método para a execução do poder de castigar, fazendo da repressão e das ilegalidades um encargo regular da sociedade, de modo a não punir menos, mas a punir melhor. Ademais, a partir do século XIX estabelece o desaparecimento das convicções do corpo como alvo principal da repressão penal (LOES, 2009).

A punição vai se tornando pois a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências; deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída a sua fatalidade não a sua intensidade visível a certeza de ser punido é que desvia o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens [...] (FOUCAULT, 2016, p.22).



No decorrer da história, a punição deixou de se limitar apenas aos castigos físicos aplicados aos criminosos e outras medidas corretivas passaram a ser adotadas, como a privação de liberdade, por exemplo. Assim, o indivíduo passaria a repensar sobre os seus atos, tendo em vista os impactos que essa punição causaria sobre a sua consciência e o seu aspecto mental.

Deste modo, segundo Foucault (2016), no século XIX, sucede o marco da ausência da punição física, em torno de 1830 e 1848, desaparecem os suplícios sobre interferência das convicções dos reformadores que afrontavam os espetáculos da tortura e dos suplícios. Nessa concepção, surge o novo modelo de prisão reconhecedor do poder do Estado e de gerência da lei e da ordem.

Nos respectivos séculos XVIII e XIX, os agravamentos de diversos crimes passaram por remanejamento na sociedade, dentre eles, estão os relacionados ao exercício da autoridade religiosa, como aqueles que insultam a divindade e acabam deixando de existir, houve, também, a minoração da gravidade de outros delitos, como o contrabando e o furto doméstico. Contudo, as transições mais importantes não estavam diretamente relacionadas à divisão de comportamentos permitidos ou proibidos (FOUCAULT, 2016).

Em decorrência da constatação de que a pena de morte não era mais a solução, pois visavam o efeito do desperdício da mão de obra oferecida pelos encarcerados, assegurando, assim, a produção, a educação e a reprodução da força de trabalho que o capital precisa. Deste modo, era mais proveitoso para a economia impor os delituosos ao cárcere, ao invés de subsidiá-los a execuções e julgamentos. Nessa concepção da força de trabalho e do trabalho forçado, surge a prisão, não só como forma de punição, mas como forma estruturante da economia da época (MESSA, 2020).

Sendo assim, o surgimento da pena privativa de liberdade está diretamente vinculado ao modo de produção capitalista, no qual houve a transformação das prisões e dos sistemas de punição na atualidade, que, por meio de movimento, proporcionou relevante modificação no que diz respeito à pena privativa de liberdade na origem e constituição da prisão regulada para correção dos apenados (HELPEES, 2014).

Nesse sentido, vale ressaltar que o tratamento das pessoas privadas de liberdade esteve atrelado ao modelo social vigente. Os suplícios só deixaram de ser necessários quando o infrator passou a ser considerado possibilidade de mão de obra para a sociedade capitalista da época, que via-lhe como útil ao sistema, como mão de obra para a produção de riqueza.

Considerado um movimento intelectual de grande importância, o Iluminismo, surgido na França, no século XVII, caracterizou-se por defender o uso da razão sobre a fé, para entender e solucionar os problemas da sociedade. A sociedade da época enfrentava adversidades econômicas, dentre as quais destacavam-se a pobreza e o aumento da miséria. Consequentemente, os indivíduos ficaram mais propícios ao cometimento de delitos patrimoniais, com o entendimento de que a pena de morte já não coincidia mais com os anseios da justiça. Considerando o caráter punitivo falho das medidas punitivas, surgiu então, a pena privativa de liberdade demonstrando um meio mais eficaz de controle social (MACHADO, 2017).

Assim, ocorreu a imposição da superação da antiga forma de punir em que as condutas visavam os corpos daqueles que eram condenados, conseqüentemente, foi proposta a inexistência das condenações com penas desumanas, passando a aderir a pena privação de liberdade, como forma mais justa e humana para se pagar por um crime, demonstrando também ser mais eficaz ao controle social.

Nessa perspectiva, as novas estratégias disciplinadoras possuem um poder minucioso no que diz respeito às operações aos corpos e suas práticas disciplinadoras, salienta-se em distribuição dos indivíduos em espaços fechados e diferentes, e cada um tem seu lugar determinado, esses locais também são alteráveis e hierarquizados, essas disciplinas possuem e envolvem um manejo de atividades aos indivíduos. Esse novo poder restituído ao “adestramento” dos indivíduos (ALVAREZ, 2017).

Segundo Foucault (2016), a configuração da pena não é configurada como “penalidade indiferenciada, abstrata e confusa”, mas de mudança na “arte de punir”. A punição agora se alastra sobre a intimidade do interno, por meio de técnicas disciplinares, de modo em que os sujeitos encarregados de fazer cumprir o critério da punibilidade, da correção e reeducação de acordo com a legislação vigente tem que garantir o cuidado com o privado de liberdade.

À luz do artigo 82 da Lei de Execução Penal, fica determinado que os estabelecimentos penais se destinam aos reclusos, aos presos provisórios, aos submetidos à medida de segurança e aos egressos. Vale salientar que por estabelecimentos penais deve-se entender: a Cadeia Pública, o Hospital de Custódio e Tratamento Psiquiátrico, o Centro de Observação, a Casa do Albergado, a Colônia Agrícola, Industrial ou similar, e a Penitenciária (MESSA, 2020).

Vale ressaltar que, apesar de a LEP apresentar-se vigorando há mais de vinte anos, “ainda não existem meios de colocá-la em prática”, considerando a falta de locais adequados e a preferência pela aplicação das penas substitutivas pelos juízes criminais (NOGUEIRA, 1996, p. 4-5).

Neste sentido, Oliveira (2003) afirma que mesmo atualmente a pena continua possuindo característica essencialmente punitiva e repressora, dessa forma, o desejo ressocializador torna-se apenas uma retórica para manutenção do sistema e um gasto inútil para o Estado.

A Lei de Execução Penal brasileira reitera a ideia de pena com objetivo de ressocialização, apesar de se constatar que os estabelecimentos carcerários brasileiros não dispõem de planejamentos efetivos para a concretização deste processo. Nesta conjuntura, Nogueira (1996, p. 7), pontua que a “pretensão de transformar a pena em oportunidade para promover a reintegração social do condenado esbarra em dificuldades inerentes ao próprio encarceramento”.

4. DESAFIOS AO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana consiste em um preceito constitucional baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sancionada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, intimamente ligado aos direitos naturais, sagrados e inalienáveis do homem, amparados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III: a dignidade da pessoa humana.

Neste segmento, a doutrina tem entendimento firmado que tal princípio permeia a Carta Magna Brasileira de 1988, e tem na sua concretização a segurança do respeito e proteção ao homem. De acordo com Sarlet (2007, p. 56), tal respeito e proteção referem-se a, além de assegurar um tratamento humano, uma garantia à integridade física do ser humano.

Segundo Martins (2006, p. 115), a certificação da Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundamental transpõe:

[...] em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais, obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado.

Desta forma, pode-se perceber que os legisladores tiveram como pretensão fazer deste princípio um parâmetro para integração, interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico.

Os graves problemas carcerários do Brasil têm levado o poder público e a sociedade a refletir sobre a atual política de execução penal, fazendo emergir o reconhecimento da necessidade de repensar esta política, que, na prática, privilegia o encarceramento maciço, a construção de novos presídios e a criação de mais vagas em detrimento de outras políticas (BARATTA, 2017).

A Lei de Execução Penal (LEP) brasileira, Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984, enfrenta obstáculos na aplicação de muitos de seus dispositivos. Em seu Art. 1º, a lei apresenta o objetivo de "efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (BRASIL, 1984).

A legislação tenta, de um lado, garantir a dignidade e a humanidade da execução da pena, tornando expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos, e,

de outro, assegurar as condições para a sua reintegração social. No Art. 10º está disposto que “a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado objetiva prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, estendendo-se esta ao egresso” (BRASIL, 1984).

A LEP prevê, entre as atenções básicas que devem ser prestadas aos presos: assistência psicológica, educacional, jurídica, religiosa, social, material e à saúde. Os ideais previstos pelos legisladores trouxeram para o cerne da discussão polêmicas em torno do conceito de ressocialização (BARROS, 2017), finalidade atribuída à prisão moderna e base da concepção de execução penal prevista na LEP.

Embora a literatura revele a existência de controvérsias em torno do tema da ressocialização (BARATTA, 2017), qualquer das posições traz propostas de ações que têm como finalidade impactar na trajetória de vida dos indivíduos encarcerados. Entre os especialistas, predomina a opinião sobre a incapacidade da prisão no que se refere à ressocialização do condenado, de modo que é difícil defender que esse possa ser um de seus objetivos.

Os ataques mais severos advêm dos adeptos da criminologia crítica, que censuram a ressocialização por implicar na violação do livre-arbítrio e da autonomia do sujeito, uma vez que a ideia de tratamento ou correção do indivíduo que sustenta esta perspectiva pressupõe que se deva anular a sua personalidade, suas ideologias e suas escalas de valores para adequá-lo aos valores sociais tidos como legítimos.

Todavia, a opinião quase consensual de que a prisão não é capaz de ressocializar não implica em consenso sobre os rumos que deveriam ser dados à prisão. Quanto a isto, Baratta (2017) aponta duas grandes posições: a realista e a idealista. Os adeptos da posição realista, partindo da premissa de que a prisão não é capaz de se constituir em espaço de ressocialização, defendem que o máximo que ela pode fazer é neutralizar o delinquente. Em decorrência, se alinham ao discurso oficial da prisão como prevenção especial negativa – neutralização ou incapacitação do delinquente –, que está na base do recrudescimento das estratégias de contenção repressiva.

No extremo oposto, estão os que se inserem na posição idealista, que permanecem na defesa da prisão como espaço de prevenção especial positiva (ressocialização). Mesmo admitindo seu fracasso para este fim, advogam que é preciso manter a ideia da ressocialização, já que seu abandono acabaria reforçando o caráter exclusivamente punitivo da pena, dando à prisão a única função de excluir da sociedade aqueles que são considerados delinquentes (MOURA, 2015).

Para Baratta (2017), nenhuma dessas duas posições é aceitável. Para o autor, a prisão, do modo como se apresenta, é de fato incapaz de promover a ressocialização; ao contrário, o que ela tem produzido realmente são obstáculos ao alcance deste objetivo. No entanto, apesar deste reconhecimento, Baratta sustenta que o intuito não deve ser abandonado, mas reconstruído e, nesta reconstrução, propõe a substituição dos termos ressocialização e tratamento pelo de reintegração social.

Em oposição, o termo reintegração social pressupõe a igualdade entre as partes envolvidas no processo, já que requer a “abertura de um processo de comunicação e interação entre a prisão e a sociedade, no qual os cidadãos reclusos se reconheçam na

sociedade e esta, por sua vez, se reconheça na prisão” (BARATTA, 2017, p. 3).

Seguindo essa mesma linha argumentativa, Queiroz (2015) acrescenta que a oposição aos termos reabilitação e ressocialização se dá pela responsabilidade que a sociedade passa a ter neste processo. Retomando suas palavras, “pela reintegração social, a sociedade (re)inclui aqueles que ela excluiu, através de estratégias nas quais esses excluídos tenham uma participação ativa, isto é, não como meros ‘objetos de assistência’, mas como sujeitos” (QUEIROZ, 2015, p.21).

Outra questão abordada por Baratta (2017) quando traz a reflexão sobre o conceito de reintegração social são as condições de cárcere. Em sua perspectiva, tanto sob o prisma da integração social como do criminoso, a melhor prisão é, sem dúvida, a que não existe, uma vez que não há nenhuma prisão boa o suficiente para atingir a reintegração. Dito de outra maneira,

“Não se pode conseguir a reintegração social do sentenciado através do cumprimento da pena, entretanto se deve buscá-la apesar dela; ou seja, tornando menos precárias as condições de vida no cárcere, condições essas que dificultam o alcance dessa reintegração” (BARATTA, 2017, p. 2).

Ainda que estas ações devam ser valorizadas, o autor ressalta que não se trata da defesa de um reformismo tecnocrático que se restringiria apenas a produzir “uma prisão melhor”, mas de inserir isto em uma política maior que caminhe para a direção de uma situação de “menos cárcere” (JULIÃO, 2016).

As iniciativas governamentais buscam alcançar maior aproximação e adequação da ressocialização aos fins práticos, em virtude de o Estado ter obrigação de oferecer o tratamento penal ao apenado. Nas pautas governamentais existe lugar para questionamentos, como: qual a melhor forma de punir? De que forma punir e recuperar ao mesmo tempo? Que estratégias podem ser adotadas visando à reintegração social? Como construir programas que tenham efeito na trajetória futura do indivíduo encarcerado? (SÁ, 2015).

De acordo com os marcos institucionais do federalismo brasileiro, os estados possuem autonomia para estruturar suas políticas de execução penal, desde que condizentes com os parâmetros legais da proposta ressocializadora. Apesar do modelo de tratamento penal ser diferenciado, em sua maioria, os estados tentam seguir as diretrizes consagradas na Lei de Execução Penal no que se refere à efetivação das assistências (SALLA; LOURENÇO, 2014).

De acordo com Sá (2015), o sistema prisional brasileiro está imerso em uma profunda crise, onde a supressão de direitos e garantias fundamentais dos presos está consagrada. E naquilo que diz respeito ao processo de ressocialização, a supressão de direitos é proporcionalmente ainda maior, diante da ausência de iniciativas públicas que observem as necessidades dos encarcerados. Conforme pode-se observar das informações expostas, os encarcerados possuem condições específicas e demandam atenção do Estado que viola de modo acentuado inúmeros dos seus direitos. Desde a distração em relação aos direitos essenciais como à saúde, até ao direito à vida, ou àqueles implicados numa política de reintegração social, como o trabalho, a educação e a preservação de vínculos e relações familiares, dentre outros.

Embora a pessoa que passe pela experiência do sistema prisional carregue consigo essa etiqueta social do delinquente, apta ao seu retorno, observa-se, portanto, que, na estrutura atual edificada do sistema carcerário brasileiro, muitos direitos são violados.

Portanto, percebe-se que o processo de ressocialização do egresso está condicionado à ideia de um contexto de reestruturação psicossocial, bem como atrelada à reestruturação educacional destes sujeitos, pois estas condicionantes poderão levá-lo de volta à sociedade quando acabado o cumprimento da pena, numa perspectiva de pequenas chances de retornar a reincidir o crime (PORTO, 2018).

É neste contexto que a sociedade (principalmente) e o Estado devem buscar considerar os indivíduos reclusos, percebendo nestes, sujeitos que possuem direitos, que são seres humanos, que por um ou outro motivo se encontram em pena de reclusão, mas que acima de tudo, tem dimensões sociais que poderão levá-los a reincidir ou não sobre o crime cometido. Assim, é necessária a consolidação de mecanismos que possibilitem a ressocialização destas pessoas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema prisional brasileiro está imerso em uma profunda crise, onde a supressão de direitos e garantias fundamentais dos presos está consagrada. E naquilo que diz respeito ao encarceramento, a supressão de direitos é notável. Embora a pessoa que passe pela experiência do sistema prisional carregue consigo essa etiqueta social do delinquente, apta ao seu retorno, de acordo com o analisado, que o processo de ressocialização do egresso está condicionado à ideia de um contexto de reestruturação psicossocial, bem como atrelada à reestruturação educacional destes sujeitos, pois estas condicionantes poderão levá-lo de volta à sociedade quando acabado o cumprimento da pena, numa perspectiva de pequenas chances de retornar a reincidir o crime.

Conclui-se com a pesquisa que, a ressocialização vai muito além do que um ato punitivo determinado ao infrator pelo cometimento do crime, ela é vista também como a necessidade de promover aos apenados, condições para que ele possa se reestruturar para que volte a sociedade e não possa mais delinquir. É uma medida utilizada para dar um novo modelo de pena, mas de muita relevância nos tempos atuais.

É neste contexto que a sociedade (principalmente) e o Estado devem buscar considerar os indivíduos reclusos, percebendo nestes, sujeitos que possuem direitos, que são seres humanos, que por um ou outro motivo se encontram em pena de reclusão, mas que acima de tudo, tem dimensões sociais que poderão levá-los a reincidir ou não sobre o crime cometido. Assim, é necessária a consolidação de mecanismos que possibilitem a ressocialização destas pessoas.



Referências

- ALVAREZ, Marcos César. **Punição, sociedade e história: algumas reflexões**. Publicado em 14 de agosto de 2017. Disponível em: www.ucs.br/etc/revista/idex.php/metis/article/download/826/583. Acessado em 10 abr. 2022.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento de violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, n. 50, p. 71-102, 2015.
- ARGIMON, Irani I. de Lima; LOPES, Regina Maria Fernandes; MELLO, Daniela Canazaro de. **Mulheres encarceradas e fatores associados a drogas e crimes**. 2010. 11 f. Artigo Científico. - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016.
- AZEVEDO, Inessa Tricilo Rodrigues. **Origem e evolução histórica da punição**. Volume 1, numero1, artigo nº 84, dezembro de 2017.
- BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado**. Alemanha: Universidade de Saarland, 2017.
- BARROS, Marco Antonio de. Abalos à dignidade no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, nº 747, 2017.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2018.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 fev. 2022.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016.
- CALMON, Jeferson Vieira. **Análise do processo de ressocialização, com foco à reinserção do indivíduo na sociedade**. Monografia publicada por Jeferson Vieira Calmon em 2014. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uoi.com.br/direito/analise-porcesso-ressocializacao-com-foco-a-reinsercao-individuo.htm>. Acessado em 06 abr. 2022.
- CARVALHO, Nathália Gomes Oliveira de. **Vozes Silenciadas: Percepções sobre o acesso à justiça em cartas das presas**. Departamento de Estudos Avançados Multidisciplinares, Universidade de Brasília, 2017. 178 p. Dissertação de Mestrado - Programa de Direitos Humanos e Cidadania. Universidade de Brasília, 2017.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. **Execução da Pena Privativa de Liberdade para as mulheres**. A Urgência de Regime Especial. *Justitia*, São Paulo, v. 197, p. 37-45, 2017.
- DINIZ, Debora; PAIVA, Juliana. Mulheres e prisão no Distrito Federal: itinerário carcerário e precariedade da vida. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 111, p. 313-328, 2016.
- DORNELLES, Renata Portella. **"A semiologia da liberdade provisória": O discurso das práticas de soltura no sistema penitenciário do Distrito Federal**. 2017. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.
- ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 24ª edição, Petrópolis, Editora Vozes, 2016.
- GOFFMAN, E. **manicômios, prisões e conventos**. 6ªed. São Paulo: perspectiva, 2015.
- HELPEZ, SINTIA SOARES. Mulheres na prisão: Uma reflexão sobre a relação do Estado brasileiro com a criminalidade feminina. **Revista Cadernos de Estudos Sociais e Políticos**, v.2, n.3, jan./ jul. 2014.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017.
- JARA, Vinício Franco. **Tríade das penas- origem, função e aplicação da pena de prisão no direito penal brasileiro**. Dourados- Ms, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/handle/pre>

fix/1767. Acessado em 18 de abr. 2022.

JULIÃO, E. F. **A ressocialização através do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro**. 2016. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

LOES, Maria Inês Maturano. **Evolução das penas: da punição por flagelo a alternativa ressocializadora**. Roraima 2009. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cardenos/direito-penal/evolucao das penas-da-punicao-por-flagelo-a-alternativa-ressocializadora/](https://ambitojuridico.com.br/cardenos/direito-penal/evolucao-das-penas-da-punicao-por-flagelo-a-alternativa-ressocializadora/). Acessado em 10 de abr. 2022.

MACHADO, Alex Divino. **Origem das penas e as primeiras penitenciárias**. 2017. Disponível em: <https://alexpm190.jusbrasil.com.br/artigos/591838705/origem-das-penas-e-as-primeiras-penitenciarias>. Acessado em 06 abr. 2022.

MARTINS, Fladimir J. B. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2006.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e liberdade**. 3 Ed.atual.de acordo com a Lei n. 13.869/2019,Lei de Abuso de Autoridade.-- São Paulo: Amedina,2020.

MESSA, Ana Flávia/**Prisão e liberdade**/ Ana Flávia Messa. --3 Ed.atual.de acordo com a Lei n. 13.869/2019,Lei de Abuso de Autoridade.-- São Paulo: Amedina,2020.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Noções fundamentais de direitos**, porto alegre, S.A. fabris,1992.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2015 que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal. **Revista do Advogado nº 78**, da Associação dos Advogados de São Paulo, 2015.

NETO, Manoel valente figueiredo, Mesquita, Yasnaya Polyanna vVictoe Oliveira de, TEIXEIRA, Renan Pinto, ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. A ressocialização do preso na realidade brasileira: pespectivas para as políticas públicas. 2009. Disponível em: <<https://www.google.com/amp/s/ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-ressocializacao-do-preso-na-realidade-brasileira-pespectivas-para-as-politicas-publicas-pu-blicas/amp/>>. Acessado em 06 abr. 2022.

NOGUEIRA, Paulo L. **Comentários à lei de execução penal**. 3. Ed. São Paulo: Ed. Atica, 2016.

OLIVEIRA, Odete M. **Prisão: um paradoxo social**. 3. Ed. Florianópolis: UFSC, 2003.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**/ Roberto Porto. -1 ed-reimpr.-São Paulo: Atlas, 2018.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras**. 1. ed. São Paulo: Record, 2015.

SÁ, Priscilla Plachá (Org.). **Opressão e transgressão: o paradoxo da atuação feminina no tráfico de drogas**. Dossiê: as mulheres e o sistema penal. Curitiba: OAB/PR, 2015, p. 150-179.

SALLA, F.; LOURENÇO, L. C. **Aprisionamento e prisões**. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. (Orgs.). Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 5. Ed.

CAPÍTULO 23

PENAS ALTERNATIVAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

ALTERNATIVE PENALTIES IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Oziel Rodrigues do Nascimento¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de abordar as penas alternativas no direito penal brasileiro, objetivando demonstrar a importância dessas medidas para solucionar o caos que atualmente o país enfrenta com o sistema prisional e conseqüentemente ajudar na ressocialização do apenado. Atualmente contamos com cinco penas expressas, que serão abordadas uma a uma nos seguintes capítulos, também busca trazer a importância destas medidas para o Estado e para a sociedade, por se tratar de um meio simples, eficiente e de baixo custo. O estudo é efetivado a partir de uma revisão bibliográfica, sendo o meio de pesquisa as legislações específicas referentes ao tema, realizando uma coleta de informações por meio de livros, artigos e leis.

Palavras-chave: Penas alternativas; Crise; Ressocialização; Sistema Penitenciário; Superlotação.

Abstract

The present work has the objective of addressing as alternative penalties in Brazilian criminal law, aiming to demonstrate the importance of these measures to solve problems or chaos that currently or the country faces with the prison system and consequently helps in the re-socialization of the process. Currently, we have five express penalties, which are dealt with once in the following titles, also seeks to bring the importance of these measures to the State and to society, for treating a simple, efficient and low-cost means. The study is carried out from a bibliographic review, being the means of research according to specific legislation related to the theme, carrying out a collection of information through books, articles and laws.

Keywords: Alternative penalties; Crisis; Resocialization; Penitentiary system; Overcrowded.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem o objetivo de analisar aspectos sobre as penas alternativas, e conseqüentemente os seus benefícios, mostrando como este meio é uma solução simples, eficiente e de baixo custo, medidas essas que são importantes para a reintegração social e cidadã dos apenados, quanto para solucionar o caos do sistema penitenciário brasileiro.

Aspectos da sua origem, história, princípios e sua respectiva lei serão abordados, buscando uma maneira de solucionar os conflitos de forma justa para ambos envolvidos, com o objetivo de cumprimento das penas pelos crimes praticados, de forma humanitária e abertos às novas oportunidades para aqueles que tiverem o privilégio de cumprir a pena em liberdade ante a sociedade.

Desta maneira, o tema sobre penas alternativas traz uma análise de como combater o fator de superpopulação nos presídios, assim como a importância dessas medidas na vida do cidadão, pois com essa oportunidade poderá de uma melhor forma pagar pelos delitos praticados, ao mesmo tempo em que trará benefícios para a sociedade e abrindo a sua vida para novas oportunidades e conquistas.

A partir dessas premissas, este trabalho também abordará sobre a justiça restaurativa, seus princípios e sua aplicabilidade, mostrando também a necessidade de sua implementação no sistema punitivo. Busca-se a justiça através da inclusão, participação e o diálogo, visando ajudar todas as partes envolvidas e não somente penalizar o infrator.

Diante disso, a justiça restaurativa surge como um novo modelo de sistema punitivo podendo ser mais eficaz do que o sistema atual, trazendo significados novos de crime e justiça. Além disso, esse novo sistema punitivo existe como uma alternativa para que possa melhor resolver o conflito entre a vítima, infrator e a resposta punitiva do Estado, assim tendo um olhar maior voltado para a vítima e as responsabilidades do infrator, vez que, busca uma solução participativa incluindo a sociedade para a resolução do delito.

Por estes e outros motivos, relevante se faz uma reflexão jurídica as penas alternativas do direito penal. De início, foi realizada uma análise sobre a origem das penas abordando sobre sua finalidade, além de mostrar a importância da justiça restaurativa e a justiça retributiva. Em seguida, discorrido para compreender as espécies de penas alternativas no Brasil. Por fim, abordar sobre o sistema prisional e a realidade da ressocialização.

2. ORIGEM DAS PENAS

A origem da pena é remota, tão antiga quanto à própria humanidade. É de difícil abordagem, como bem lembra BITENCOURT (2004, p.3), ao dizer que "os retrocessos, a dificuldade de fixar indicadores e perseguir sua evolução, a confronto de tendências

expiatórias e moralizadoras [...] dificultam qualquer pretensão narrativa cronológica". A prisão-pena é exemplo desse retrocesso.

Quando um determinado indivíduo pratica um fato típico, ilícito e culpável, o Estado no seu papel de garantidor da ordem social, tem o poder de fazer valer o seu *ius puniendi*, ou seja, exercer seu direito de punir, sendo a pena uma consequência natural para quem infringe a lei.

A forma como as penas punitivas foram fomentadas, com o passar do tempo, sofreram diversas modificações que serviram para não deixar que as mesmas ofendessem a tão protegida dignidade humana, dignidade essa que antigamente era exponencialmente obstruída, em um momento em que não se havia limites ao direito de punir utilizado pelo Estado. Era extremamente comum punir aqueles que infringiam as leis com penas que primavam pelos requintes de crueldade, como se pode observar em uma narração, feita por Michel Foucault (2002, p. 09), sobre uma execução ocorrida em 1757:

(...) Damiens fora condenado, em de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris, onde devia ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; em seguida, na dita carroça, na praça de Gréve, e sobre um patíbulo que ai será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com o que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e as partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpos consumidos ao fogo, reduzidos as cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado (relata a *Gazetted'Amsterdam*). Essa última operação foi muito longa, por que os cavalos utilizados não estavam afeitos á tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalar-lhe as juntas. Afirma-se que embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: "Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus socorrei-me" (FOUCAUL, 2002 p.9).

Até século XVIII, as penas tinham como sua grande característica punir, por meios extremamente aflitivos, que atingiam principalmente o corpo daqueles que infringiam determinadas leis. Porém, com o advento do período iluminista, uma nova visão a respeito das penas impostas pelo Estado começou a ser obtida: uma voz de indignação começou a ecoar e a chamar a atenção da sociedade para o tratamento desumano que estava acontecendo com seus semelhantes, sobre a nuvem de legalidade dessas ações.

Gradualmente, continua Rogério Greco (2009, p. 485), foi-se "construindo um parâmetro do que poderia ou não ofender a dignidade humana, e quais penas poderiam trazer um retrocesso ao avanço dos meios de punir versus a preservação do ser humano". Logo após a segunda guerra mundial e o trágico genocídio que se sucedeu, ficou clara a importância da criação da Organização das Nações Unidas (ONU).

A ONU é um órgão mundial que, com a anuência dos países, nasceu com a incumbência de fiscalizar se os países, ao instituir suas penas, respeitavam a vida, a saúde, a

dignidade dos seres humanos, e a partir dessa criação, por meio da ONU, outros pactos entre países signatários foram sendo criados, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovado no dia 10 de dezembro de 1948.

Apesar do atraso de mentalidade de muitos seres humanos, ao longo do tempo, houve uma evolução, com a qual se percebeu que a tortura, a pena de morte, ou qualquer outro tipo de pena que seja majoritariamente cruel, não resolvem o problema da criminalização e nem faz com que as pessoas mudem.

Para Ana Maria Schiavinato (2002, p. 47), é mais que evidente que “não encontramos respeito algum à dignidade da pessoa humana quando falamos sobre a questão da saúde no sistema prisional, nem com a vida, bem mais valioso para o ordenamento jurídico”. É certo que os que cometeram crimes, erraram e precisam ser penalizados. Porém, o modo como são tratados e a forma como é cuidada, ou não, a saúde destas pessoas, trata-se de algo completamente inaceitável, pois uma vez presos e sobre a custódia do Estado essas pessoas não têm a possibilidade de procurar assistência médica fora do estabelecimento prisional, dependendo unicamente dos mantenedores do *ius puniendi* para que tenham suas necessidades referentes à saúde sanadas.

Em que pese o princípio da dignidade humana estar previsto no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se uma vergonhosa e perversa situação nos estabelecimentos carcerários. As disposições constitucionais e os muitos dispositivos da Lei de Execuções Penais que visam garantir direitos e tratamento digno aos presos não encontram efetividade real, restando as suas benesses inalcançáveis. As garantias estão legalizadas, consolidando a ideia de serem respeitadas e estendidas a todos, mas não há apreço por parte da sociedade e do Estado, encontrando-se a massa carcerária totalmente desprovida de atenção e consideração.

Na busca da evolução, como sociedade e como indivíduos, um dos principais passos consiste em sensibilizar-se com o tropeço do outro e não querer vingança, mas lutar para que aquele tenha condições e oportunidades de reparar o erro e viver de forma diferente. Que tal influenciar o Estado a oferecer uma realidade diferente nos cárceres? Onde existe firme vontade, não há lugar para o fracasso. Muitas mudanças estão nas mãos da sociedade e a concretização depende apenas de bom ânimo e, antes de tudo, de amor pela vida.

A criminalidade feminina é uma temática que apresenta uma realidade muito assimétrica, e com o passar do tempo essa situação se acentua. Tratar a criminalidade feminina desde os tempos remotos implica lidar com o rompimento normativo que é atribuído ao gênero e à sua identidade, o que requer discutir questões concernentes à saúde das mulheres, tais como a loucura e os distúrbios, especificamente no que tange à inimizabilidade do crime, além de se pensar na grande assimetria que existe entre a população carcerária feminina, infimamente menor, se comparada à população carcerária masculina.

Nas últimas décadas, a criminalidade no Brasil e no mundo tem aumentado, sendo isso visível pelos meios de comunicação, que divulgam diariamente inúmeros casos de criminalidade e violência, envolvendo um contingente cada vez maior de homens, que lideram no mundo do crime qualquer estatística, mas há também um crescimento acentuado de mulheres infratoras nos mais diversos crimes, desde furto até ao comando de

quadrilhas, de tráfico internacional de pessoas, tráfico e distribuição de entorpecentes, redes de prostituição, contrabando de armas, homicídios, dentre outros.

Para Michelle Perrot (2007, p. 165), “as mulheres encarceradas são as mais abandonadas, as mais marginalizadas de todas, como se o pior nelas fosse a contravenção à norma do feminino”. A historiografia evidencia que dependendo de cada contexto sócio-histórico, a identidade feminina é construída de forma diversificada e assim, arquétipos e estereótipos como boa mãe, boa esposa, dona-de-casa, ideal de beleza, casamento, entre outros, vão sendo colados à nossa identidade como mulheres. Quando essas normas são rompidas, as mulheres são “marginalizadas” dessa ordem e no caso das mulheres encarceradas elas romperam não somente a norma, mas a lei, se tornando criminosas.

Esta pesquisa científica tem como base se aprofundar nesta diferença de gênero da mulher presa, principalmente na questão da saúde uma vez que possuem enormes particularidades em relação aos homens e, na grande maioria das vezes, essas particularidades quando não observadas.

Essa omissão vai desde disponibilidade de absorventes íntimos até encontros periódicos com médicos especializados das mulheres que se encontram gestantes, são as maiores caracterizadoras dos graves problemas de saúde das presidiárias brasileiras. Leis que defendam uma boa assistência à saúde da mulher até que existem, porém, a motivação para que possam colocá-las em prática é praticamente zero, as políticas públicas referentes à saúde da mulher também são pouco difundidas.

2.1 Finalidade da pena

O sistema jurídico brasileiro, a fim de entender a finalidade da pena, adotou a teoria mista. Essa teoria explica que a pena tem dupla função durante sua aplicação: prevenção e repressão. É preventiva, porque previne novas infrações penais e repressiva, uma vez que também as reprime – a pena deve reprovocar o mal produzido pela conduta praticada pelo criminoso e prevenir eventuais novos desvios.

Vale salientar que a pena também é retributiva: o Estado retribui ao condenado um mal justo por um mal injusto. Ou seja, determinado indivíduo, por se encontrar fora da lei, paga um preço cobrado pelo Estado à sociedade, por ter-lhe atrapalhado a paz social.

A aplicação da pena serve como um meio de intimidação do Estado a todos da sociedade, para que vejam o que acontece com quem não respeita as leis, e não acabem incidindo no mesmo erro, porque, senão, conseqüentemente, serão punidos da mesma forma como os que delinquiram. Ou seja, o exemplo dado pela condenação daquele que praticou a infração penal é dirigido aos demais.

Para o autor GRECO (2009, p. 490), “existem duras críticas a esse caráter de prevenção da pena, principalmente em relação à ressocialização do preso”. Mais do que um simples problema de jurídico, a ressocialização é, antes de tudo, um problema político, social, cultural e ideológico do Estado. É necessária vontade política para esse problema. É inócuo o detendo aprender uma profissão, enquanto preso, se, ao ser liberto, tentar



reintegra-se e encontrar sobremaneira dificuldade.

O sistema punitivo e sua finalidade precisam ser reformadas, defendendo-se as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade da pessoa humana. É salutar trazer à baila a primorosa narrativa de BITENCOURT (2004, p.31-34), segundo o qual, os estudiosos canônicos Beccaria, Howard e Bentham foram “os reformadores”.

Segundo BITENCOURT (2004, p.31) Cesare Beccaria (1738-1794) “tinha uma concepção utilitarista da pena”. Para Beccaria, a pena é um simples meio de atuar no jogo dos motivos sensíveis que influenciam a orientação da conduta humana. Ele propôs ideias sobre a prisão que contribuíram sobremaneira para o processo de humanização da pena.

Para esse pensador, a prisão tinha uma finalidade reformadora da pena privativa de liberdade, mas também, não menos importante e renegada, um sentido punitivo e sancionador. Nas prisões, não devem predominar a sujeira e a forma, mas sim deve haver uma atitude humanitária e compassiva na administração da justiça. É de se pensar ser paradoxal: falar em ressocialização como objetivo da pena se não houver o controle punitivo e a constante tentativa de humanizar a justiça e a pena, a qual deveria ser imposta sem demora. Continua BITENCOURT (2004):

A preocupação do réu diante da incerteza da sentença é um verdadeiro tormento. Esse aspecto, que cria situações de angústia para aquelas que estão sob julgamento, ainda não encontrou solução adequada, e passou a constituir uma das limitações práticas mais sensíveis para atingir a realização do objetivo reabilitador da pena privativa de liberdade. Na maioria dos países há uma demora excessivamente longa entre o momento da prisão e o da prolação da sentença (BITENCOURT 2004, p.37).

Jhon Howard (1726-1790) tinha reluzente pensamento humanitário. Ele nunca aceitou as condições deploráveis das prisões, não admitindo que o sofrimento humano fosse consequência implícita e iniludível da pena – ainda hoje, como em sua época, a prisão não é um tema que se faça ter interesse político.

Em continuação, segundo BITENCOURT (2004, p.31) Jeremy Bentham (1748-1832) criou os termos “prevenção geral” e “especial”. Considerava que o fim principal da pena era prevenir delitos semelhantes, pois um fato passado não é mais problema. O efeito preventivo geral era preponderante, embora admitisse o fim correccional da pena. Em outras palavras, admitia a necessidade de que o castigo seja um mal, mas como meio para prevenir danos maiores à sociedade.

2.2 Justiça restaurativa

A justiça restaurativa é o método que busca uma reparação material entre o agente e a vítima, através do encontro. O objetivo é resgatar alguns valores que foram perdidos com a atitude criminosa, a ofensa à pessoa, a dignidade humana, restauração emocional, do senso de dever como cidadão.

Entretanto, o indivíduo fica diante da vítima, da comunidade para que possam resolver o problema juntos. Com a justiça restaurativa, a vítima é indenizada pelo dano e o criminoso estaria consciente pelo ato praticado, não sendo punido pela pena, mais sim pôr o castigo. Assim, relata Rezende:

No modelo tradicional, destaca-se que o dano sofrido pela vítima não lhe causa apenas o sofrimento ou a privação de seus direitos, mas também há um ressentimento que pode ser expressado em um desejo de vingança contra o agressor. Esse deixaria de ser visto como sujeito e passaria a ser visto como objeto sobre o qual deverá recair a sanção. Analisando a parte do delinquente, a vítima para ele seria despersonalizada, ou seja, seria considerada apenas alguém que deveria indenizar ou alguém que foi a causa de ter lhe tirado a liberdade. Já no modelo Restaurativo, traria a proposta de colocá-los frente a frente para a avaliação do conflito e das suas condutas, podendo a levar ao término do ressentimento entre eles e por parte do agressor poderia levar a consciência do ato ilícito praticado a fim de que não volte a praticá-lo (REZENDE, 2006, p. 118-119).

Essa teoria busca atender a todos, uma forma de escapar da situação caótica que se encontram as prisões. Segundo Flemming, a justiça restaurativa possui três princípios. O primeiro refere-se que o crime causaria dano a uma pessoa em particular, e a sociedade que rompe relações com seus membros. O outro princípio visa à conscientização do agressor, o último princípio é a reparação do dano.

Todas as teorias apresentadas destacam o mesmo problema, a necessidade do apenado em aceitar as normas. Em parte, funciona para uma quantidade pequena de recluso que podem aceitar, mas aquelas prisões que possuem uma quantidade significativa de detentos, fica complicado. Seria viável a participação de militares para aplicar a sua disciplina, modelo do exército, marinha, aeronáutica.

2.2.1 Justiça retributiva

É sabido que o sistema punitivo vigente no Brasil é a justiça retributiva, ou seja, quando uma pessoa comete algum ato ilícito surge o dever do Estado de punir. Segundo Rogério Greco (2009, p. 485), quando um determinado indivíduo pratica um fato típico, ilícito e culpável, o Estado no seu papel de garantidor da ordem social, tem o poder de fazer valer o seu *ius puniendi*, ou seja, exercer seu direito de punir, sendo a pena uma consequência natural para quem infringe a lei.

Conforme Aduz Fragoso (2006):

O sistema punitivo do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social. A conduta delituosa é a mais grave forma de transgressão de normas. A incriminação de certos comportamentos destina-se a proteger determinados bens e interesses, considerados de grande valor para a vida social. Pretende-se, através da incriminação, da imposição da sanção e de sua efetiva execução evitar que esses comportamentos se realizem. O sistema punitivo do Estado destina-se, portanto, à defesa social na forma em que essa defesa é entendida pelos que têm o poder de fazer as leis. Esse sistema



opera através da mais grave sanção jurídica, que é a pena, juntamente com a medida de segurança, em casos especiais (FRAGOSO, 2006, p.343).

No ordenamento jurídico brasileiro existe a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos e a pena pecuniária. Cunha (2015, p. 50) destaca que “os sistemas de punição evoluíram de forma a tornar, tanto quanto possível, mais humana a execução da lei penal, evitando que os agentes criminosos sejam submetidos a punições que extrapolem as efetivas finalidades da pena.”

No entanto, o sistema punitivo brasileiro não traz resultados satisfatórios. O índice de criminalidade vem aumentando, a massa carcerária cresceu nos últimos anos e o número de vagas no presídio continua o mesmo, assim deixando as penitenciárias superlotadas e com condições desumanas para abrigar os presos. O art. 10 da Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, é claro quando dispõe que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Uma das finalidades da pena é a ressocialização do apenado na sociedade, mas com o atual regime de cumprimento de pena esse objetivo não vem sendo cumprido.

3. COLAPSO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Diante Da situação do sistema prisional brasileiro é necessário entender os desafios que o Brasil possui para uma efetiva ressocialização, e dar ao apenado um cumprimento de pena mais humano e fazer jus a todo corpo legislativo que se possui em matéria de execução penal no país.

O Brasil é a terceira maior população carcerária do mundo, perdendo somente para os Estado Unidos e China, dados do (CNJ) referente a estatística do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP) são cerca de 861.805 pessoas privadas de liberdade sendo 859.389 presos, com 360.660 mandados de prisão pendentes de aprovação.

Análise dos dados do DEPEN de julho a dezembro de 2019 eram 748.009 presos sendo 222.558 provisórios no país. O número de presos provisórios teve um relativo aumento em comparação aos dados coletados de maio de 2020 onde apresenta 371.294 presos de forma provisória.

Este aumento é demonstrado de forma clara quando são analisados os números de 2004, onde se tinha 316 mil presos (ALMEIDA, 2017, p. 613). É sabido por todos que o Brasil encontra diversas dificuldades para a execução efetiva do cumprimento de pena, grande parte do problema se dá pela má gestão e a corrupção.

Não há presídios suficientes para o número de condenados no país, cadeias superlotadas transformam o cárcere em verdadeira jaula, gerando rebeliões e constante promiscuidade, inclusive cometimento de outros delitos dentro das celas. Outro detalhe importante que vem sendo uma situação endêmica no país são as facções criminosas dentro dos presídios, agravando ainda mais a situação do Sistema Penitenciário brasileiro.

Esta situação indigesta trouxe constantes tragédias, tentativas de fuga e chacinas

que marcam a história do cárcere brasileiro, como ocorreram no Carandiru ou no Complexo Penitenciário de Pedrinhas.

A introdução de membros de facções criminosas dentro dos presídios trouxe um novo elemento para esta equação, o comando do crime organizado direto dos presídios, isso se dá, sobretudo, pela corrupção dos agentes e servidores que permitem que celulares e outros objetos adentram o mundo intramuros

Para elucidar este momento pontual do Sistema Carcerário, Rogério Greco expõe que:

No Brasil infelizmente, embora se diga que existam complexos penitenciários de segurança máxima, a corrupção dos servidores públicos que atuam no sistema carcerário permite que de dentro das penitenciárias, se comande o crime organizado. Hoje há muitos presos, considerados chefes de organizações criminosas que atuam ativamente de dentro dos presídios a exemplo do que ocorre com a facção criminosa existente no Estado de São Paulo, conhecida por PCC (Primeiro Comando da Capital), ou com as “famosas” facções do Estado do Rio de Janeiro, como o Comando Vermelho e o Terceiro Comando. Em 2006, o líder do PCC no Estado de São Paulo, de dentro de uma penitenciária, comandou uma rebelião simultânea em 73 presídios paulista, além de uma onda de atentados no Estado, fazendo com que 82 ônibus fossem incendiados, comércio fechado, as pessoas ficassem temerosas de sair de casa, enfim, de dentro da penitenciária um único preso chamado Marcos Wiliam Herbas Camacho, o “Marcola” (ou play boy entre os presos), impôs o terror a 11 milhões de habitantes da cidade de São Paulo. Foram mais de 100 horas de pânico na maior cidade brasileira, culminando com a morte de 152 pessoas, entre cidadãos, policiais e criminosos (GRECO, 2017, p. 177).

Em Minas Gerais são 118 unidades prisionais em 94 cidades, dados coletados pelo CNJ são 77.978 presos até coleta de informações referente ao mês de maio de 2020, tendo como presos provisórios 32.982, números maiores do que os presos em execução definitiva da pena, algo importante a ser analisada.

Os problemas enfrentados no Estado de São Paulo são corriqueiros, no Estado de Minas, precisamente a facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC) junto a facção denominada de Família Monstro são as que possuem movimentação criminosa no estado, dentre outras que atuam de forma fechada em determinada região.

Atuações de Facções dentro dos presídios dificultam muito a ressocialização de apenados que adentram desvinculados com qualquer facção. Em muitos casos o mesmo ao chegar ao presídio deve de forma imediata “escolher um lado” para não ter problemas no dia a dia no presídio. Dessa forma, nota-se que sua ressocialização se torna cada vez mais difícil, adentrando ao mundo do crime sua chance diminui drasticamente, podendo este até reincidir tornando-se pior do que quando entrou.

Entende-se que o Sistema Penitenciário brasileiro deve passar por uma reforma estrutural, desde o número insuficiente de profissionais, a falta de equipamentos para vigilância interna e externa dos presídios, também para uma visita familiar mais digna, pois os dados atuais demonstram que o sistema passa por um descaso e má gestão pública.



Há muito lobby dos políticos com a situação da Segurança Pública do país, sendo este um tema precioso no recolhimento de votos, não obstante nada é feito, tanto para a prevenção dos crimes como para dar dignidade a quem irá pagar por um delito e possuindo direitos fundamentais não são observados.

Realizando uma análise filosófica social, percebe-se nitidamente uma legislação extra e intramuros, sendo a primeira a que todo o cidadão deve alcançar, para que o Estado não lhe venha a punir, a segunda está dentro dos presídios, onde há uma lei vigente atuante dentro do cárcere, onde os presos possuem códigos internos para determinados crimes praticados, até mesmo o uso de tatuagens fazem um estigma do apenado sobre os outros, determinada modalidade de crime não são toleradas, como é o caso de detentos que praticam crimes sexuais.

Outro problema endêmico no Sistema Carcerário são as questões de saúde dos presos, devido à falta de atendimento médico adequado para um controle maior de determinada patologia, o que agrava o índice de doenças nos presídios, aumentando a contaminação entre eles.

Doenças Sexualmente Transmissíveis as chamadas DST's se espalham desordenadamente, e, principalmente, quando presos notadamente homossexuais adentram aos presídios, inclusive por sofrerem muitas violações, o que levou a comunidade LGBTIQA+ (sigla de orientação sexual e identidade de gênero) a solicitar junto ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário (CNPCC) e o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD) editaram a resolução Conjunta nº1 em 2014, onde se pede atenção para essa classe de pessoas (GRECO, 2017, p.180).

Contudo, essas medidas não são observadas na maioria dos presídios, uma vez que o número de detentos passa em muito o número de vagas, sendo quase impossível em algumas unidades cumprir tais medidas. Não são raras as notícias de abusos que esta classe sofre dentro dos presídios, ou depoimentos pós cumprimento de pena no regime fechado.

3.1 A negação dos direitos humanos no Brasil

O tema dos Direitos Humanos no Brasil sempre se deu de forma polêmica, uma vez que o mesmo é inserido no seio da sociedade como sendo os Direitos dos Presos, ou daqueles que são contra a "sociedade de bem".

Importante salientar que os Direitos Humanos foi uma conquista, um marco na história da humanidade, onde o reconhecimento dos direitos fundamentais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, foi contemplado por constantes evoluções do pensamento humano, principalmente pelas bases filosóficas construídas ao longo dos séculos, trazendo proteção à tirania do Estado, demonstrando o valor do indivíduo dotado de razão e saber, direitos e deveres.

Embora nos passos da história obteve-se a Declaração Universal dos Direitos Huma-

nos proclamada em 1948, reconhecendo que todos o povo brasileiro é família, tendo direitos e garantias fundamentais que deverão ser observados ao longo da vida do cidadão, percebe-se que os Direitos Humanos são constantemente feridos em solo brasileiro.

Recepcionada pela presente Carta Magna de 1988 a presente Declaração dos Direitos humanos assim como os demais tratados, serviram de base para a elaboração da Constituição Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), pós período sombrio na história brasileira com o fim do Período Ditatorial.

Um ponto importante a ser analisado é o art. 5º inciso III da CF/88 “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, coadunando com o art. 5º da Declaração onde se lê os mesmos dizeres “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante

Diversas reflexões se fazem após a leitura desses dizeres, uma vez que se observa constante violação desses princípios. Os Direitos Humanos trazem princípios e garantias que abrangem a todos os indivíduos, trazendo um espírito de igualdade, da mesma forma a Constituição Federal trouxe no Caput do art.5º um dos dizeres mais bonitos da presente Carta Magna, “Todos são iguais perante a lei...”.

Infelizmente os Direitos Humanos são abruptamente feridos no Brasil, muito pela falta de ética com a coisa pública, má gestão e a corrupção que demonstra ser um câncer em solo brasileiro.

Há sempre nos noticiários descaso com o cidadão, lotação nos hospitais, levando a óbito muitos brasileiros nos corredores por falta de atendimento adequado, em matéria de saúde pública, muitas doenças que já poderiam ser erradicadas ainda torturam a população.

4. SURGIMENTO E ESPÉCIE PENAS ALTERNATIVAS

4.1 Origem as penas alternativas

Com a ineficácia da pena privativa de liberdade em não atingir o objetivo de ressocializar o preso, surgiu a necessidade dos países em analisar os sistemas punitivos existentes e vigentes, procurando criar novos métodos de punição variados da pena de prisão, que tivessem a possibilidade de alcançar o objetivo primordial.

Em 1990 o projeto apresentado no Congresso das Nações Unidas nos meses de agosto e setembro que tratava sobre a prevenção do delito e Tratamento do Delinvente foi aprovado pela Assembleia Geral a qual surgiu a Resolução nº 45/110 de 14 de dezembro de 1990 e estabeleceu sobre medidas não-privativas de liberdade, normas mínimas das Nações Unidas que mais tarde tornaram-se tidas como Regras de Tóquio.

As penas alternativas à prisão surgiram através das Regras de Tóquio que consiste em um compilado de instrução completo sobre a operacionalização de medidas não-privativas



tivas de liberdade em todas as fases processuais da Justiça Penal, e tais alternativas tem como objetivo atribuir uma nova chance ao condenado antes de privá-lo de sua liberdade, desde que não seja considerado de alta periculosidade. Observa-se que as penas alternativas foram criadas para ser aplicadas em crimes menos graves.

4.1.1 As Penas alternativas no Brasil

Uma vez que o sistema carcerário não apresentava eficácia pretendida, que era de ressocializar o réu, as penas alternativas no Brasil surgiram com a reforma do Código Penal, com a Lei 7.209/84, tendo como objetivo incluiu novas punições para substituir as penas curtas de privativas de liberdade.

As penas alternativas que estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro contribuem e representam um meio eficaz de prevenir a reincidência criminal, não perdendo o seu caráter de castigo, e sendo efetivo por causa do seu caráter educativo e social, pois o condenado cumpre sua pena em liberdade, vigiado pelo Estado e pela comunidade em que vive, o que facilita a sua reintegração ao meio social.

Nesse sentido o código Penal Brasileiro estabelece:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade (BRASIL, 2012, p. 503).

Desta forma, conclui-se que as penas alternativas também conhecidas como restritivas de direito, foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro tendo como objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana, dando condições ao indivíduo para que possa sem a necessidade de ter o seu convívio com a sociedade restringido podendo assim ter para uma vida digna. Na prática o magistrado deverá aplicar a pena privativa de liberdade conforme o art. 54 do Código Penal e em seguida substituir por pena restritiva de direito desde que o condenado preencha todos os requisitos.

4.2 Requisitos para a concessão da pena restritiva de direitos

Conforme abordado mais acima no trabalho, as penas restritivas de direitos, como a designação bem o diz, destinam-se a restringir ou recortar determinados direitos do condenado como a liberdade e o patrimônio.

O artigo 44, caput do Código Penal estabelece os requisitos necessários para a subs-

tituição da pena privativa de liberdade para restritivas de direito, quais são:

- a) Que o crime seja culposo, qualquer que seja a pena aplicada, ou, se doloso, que a pena estabelecida na sentença não seja superior a 4 anos (art. 44, I, do CP).
- b) Nos crimes dolosos, que não tenha havido emprego de violência contra pessoa ou grave ameaça (art. 44, I, do CP).
- c) Que o réu não seja reincidente em crime doloso (art. 44, II, do CP).
- d) Que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indiquem que a substituição é suficiente (art. 44, III, do CP) (BRASIL, 2012).

Em seguida, no § 2º do art. 44 do CP aborda sobre a substituição através do pagamento de multa ou por uma pena restritiva de direito, sendo possível quando a condenação for igual ou inferior a um ano. Se a pena for superior a um ano, neste caso a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

4.3 Espécies de penas alternativas

As penas alternativas têm como finalidade não permitir que o condenado fique preso impedido de se locomover. Assim o indivíduo passa a ter algumas restrições, que podem ser:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – Prestação pecuniária;

II – Perda de bens e valores;

III – (vetado)

IV – Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – Interdição temporária de direitos;

VI – Limitação de fim de semana. (BRASIL, 2012).

Na condenação, estando presentes os requisitos que torna possível a substituição, poderá o juiz após aplicar a pena privativa de liberdade substituir por restritivas de direito.

4.3.1 Prestação pecuniária

A primeira pena restritiva de direitos constitui-se através do pagamento em espécie à vítima, à entidade pública ou privada e a seus dependentes com destinação social, sendo proibido o valor inferior ao um salário mínimo, muito menos superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.



A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (DOTTI, 2013, p.582).

O artigo 45 do CP, em seu segundo parágrafo prevê a possibilidade da conversão da prestação pecuniária em prestação de outra natureza no caso do beneficiário concordar, podendo ser através de doação de cestas básicas, de material escolar, de equipamentos hospitalares, de mão-de obra etc,

É necessário esclarecer que a prestação pecuniária por mais que seja semelhante com a pena de multa, são diferentes, pois aquela se trata de pena substitutiva enquanto está se trata de uma espécie de pena que pode ser aplicada de forma isolada, cumulativa ou alternativa; aquela tem a natureza reparatória e esta tem caráter retributivo, aquela é fixada em salários mínimos enquanto que esta é fixada em dias-multa, aquela é destinada à vítima ou seus dependentes e esta é destinada ao Fundo Penitenciário.

4.3.2 Perdas de bens e valores

A perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário que está prevista no parágrafo terceiro do artigo 45 do Código Penal, e possui como teto o montante do prejuízo causado ou da vantagem financeira obtida pelo agente ou por terceiro em consequência do crime praticado, e seu valor será fixado considerando-se como teto o que for maior: o prejuízo causado a vítima pela infração penal ou o proveito pelo agente ou por terceiro.

Perda de bens e valores: trata-se da decretação de perda de bens móveis, imóveis ou de valores, tais como títulos de crédito, ações etc. Não pode alcançar bens de terceiros, mas apenas os bens do condenado. Essa pena consiste no confisco generalizado do patrimônio lícito do condenado, imposto como pena principal substitutiva da privativa de liberdade imposta (CAPEZ, 2011, p. 445).

Quanto aos bens passíveis de serem restringidos por tal sanção são eles todos os bens corpóreos ou incorpóreos. Corpóreos sendo móveis ou imóveis, e incorpóreos que possuem conteúdo econômico, já se tratando de valores, eles são todos os papéis e títulos suscetíveis de valor econômico, como por exemplo um título de crédito e ações.

4.3.3 Prestação de serviços a comunidade

Nesse caso, esse tipo de pena pode ser adotada quando a pena de privação de liberdade aplicada na sentença não for superior a seis meses. Trata-se de atribuições de tarefas gratuitas ao condenado podendo ser em hospitais, entidades assistenciais, orfanatos, escolas ou estabelecimentos similares. O autor Mirabete (2009, p.258) explica que

“a tarefa de ressocializar o condenado não deve ser exclusivo do Estado e sim de toda a comunidade através do conjunto de ações, medidas e atitudes que objetivam a ressocialização”.

O trabalho é gratuito, por isso, já se firmou que a prestação de serviços à comunidade corresponde o autêntico trabalho imposto ao condenado, ou seja, verdadeiro trabalho forçado, de há muito banido de nossa legislação penal. Trata-se, porém de pena amplamente aceitável, de ônus para o condenado, e não de uma relação de emprego. Certamente, o sentenciado, preferirá submeter-se a essa sanção a afrontar a pena privativa de liberdade, quando o trabalho também é obrigatório. Essa pena atende as exigências da retribuição sem degradar ou corromper (MIRABETE, 2009, p. 259).

Cumpra salientar que as tarefas devem ser impostas pelo juiz da execução e são realizadas de forma gratuita pelo condenado, sem nenhum tipo de remuneração, regra estabelecida pelo art. 30 da Lei de Execuções Penais. Quanto a jornada de trabalho, deve ser de uma hora por dia de modo a não prejudicar a jornada de trabalho normal do apenado. Deste modo, as tarefas a serem realizadas têm uma duração de sete horas semanais, devendo ser exercidas em horário compatível com outras obrigações do apenado. Oportuno salientar que as tarefas serão atribuídas ao condenado considerando as suas aptidões.

A lei prevê que caso a pena imposta ao condenado seja superior a 1 ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, mas nunca poderá ser inferior a metade da pena imposta, ou seja, o condenado poderá trabalhar um número de horas maior em um espaço mais curto de tempo.

4.3.4 Interdição temporária de direitos

Esta pena restritiva de direitos consiste em prevenir abusos e desrespeitos aos deveres funcionais e profissionais inerentes a cada atividade, impedindo a prática de alguma atividade ao exercer determinada função pelo mesmo prazo aplicado na sentença tendo, pois, grande reflexo econômico.

A interdição temporária de direitos, tem como objetivo assegurar que o infrator não continue a praticar atividades ou atos através dos quais delinquiram, evitando deste modo que o condenado incorra em nova conduta delituosa, reduzindo, assim, a reincidência.

De acordo com o artigo 47º do CP, são interdições temporária de direitos:

- I – Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública bem como de mandato eletivo;
- II – Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir;
- IV- Proibição de frequentar determinados lugares;
- V- Proibição de se inscrever-se em concursos, avaliação ou exame público. (BRASIL, 2012).

De acordo com DOTTI (2013) a interdição temporária de direitos são:

As restrições taxativamente previstas na lei penal e que impedem o gozo ou o exercício de determinados direitos do condenado. O vocábulo interdição deriva de interdicto, de interdicere (proibir, vedar) e exprime, em amplo sentido, toda proibição relativa à prática ou a execução de certos atos ou a privação de certas faculdades (DOTTI, 2013, p. 591).

A previsão dessas modalidades foi um grande avanço, já que, na teoria, resolveria o problema da punição generalizada e filtraria as possibilidades de encarceramento. Abordando as interdições de forma específica, sendo elas:

1º) Proibição do exercício de cargo, função pública ou mandato eletivo sua aplicação é particularmente indicada quando o crime ocorrer no desempenho do exercício da profissão, função, cargo ou ofício.

2º) Proibição do exercício de atividade, profissão ou ofício que dependa de licença especial ou autorização do poder público poderá ser aplicada aos crimes cometidos no exercício da atividade (ocupação remunerada ou não), ofício (trabalho não especializado e remunerado, geralmente manual) ou profissão (trabalho especializado e remunerado de natureza intelectual) que exijam habilitação específica ou autorização do Poder Público para que possam ser exercidas e se houver violação dos deveres a estas inerentes (art. 56, CP).

3º) Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo esta regra é específica por ter sido reservada exclusivamente aos delitos culposos de trânsito., estando prevista no art. 303 do CTB, ou seja, o condenado ficará inabilitado para dirigir veículo. A pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor tem duração de 2 (dois) meses a 5 (cinco) anos, veículos movidos a tração animal e de propulsão humana não estão incluídos.

4º) Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos o condenado está impedido tomar posse, ocorre normalmente a pessoas condenadas por fraude em certame público.

5º) Proibição de frequentar determinados lugares consiste na proibição de ir em determinados lugares, com bares, boates, devendo se levar em consideração o local onde foi cometido o delito

4.4 Vantagens e eficácia das penas alternativas

São inúmeras as vantagens que a aplicação das penas alternativas traz para o condenado, sociedade e o Estado, por serem formas de punição, mais adequadas aos crimes de média ou pequena gravidade, não deixam de ser punitivas e, portanto, gera economia para o Estado e mais qualidade de vida para o condenado. Fazendo um levantamento de custos, atualmente para manter um condenado cumprindo pena preso o gasto chega à até R\$ 2.000,00 por mês. Isso não ocorre nas penas alternativas, já que o custo é de R\$ 20,00 para o Estado.

Outra vantagem além do custo baixo é a alta probabilidade do condenado de ressocialização na sociedade, já que o mesmo não irá necessariamente sair do convívio familiar, podendo não perder o seu emprego, diminuindo os índices de reincidência já que “qualquer coisa é melhor do que a prisão”.

De acordo com DOTTI (2002):

A experiência dos últimos anos em matéria de política criminal e penitenciária tem revelado que as sanções penais alternativas são necessárias e suficientes para reprovação e prevenção dos crimes menos graves e para os quais não se exige a perda da liberdade. Essa última modalidade de resposta ao ato ilícito deve ser reservada para os casos de maior ofensa aos bens jurídicos e de maior culpabilidade ao infrator (DOTTI, 2002, p. 452).

Por isso, a pena imposta deve ser do tipo que possa ser suportada com dignidade pelo indivíduo a ela submetido. Reforçando o uso das penas alternativas como forma de cumprir com esse objetivo para que os indivíduos possam ser capazes de cumprir a pena imposta com dignidade, reconhecendo a culpa ou protestando por sua inocência. O indivíduo pode suportar a privação de muitos bens e liberdades com dignidade, mas é difícil manter-se digno ao ser submetido a rituais humilhantes.

Como observado anteriormente, para que a aplicação da pena restritiva de direito possa ocorrer, é necessário cumprir com determinados requisitos, uma vez aplicada corretamente serão eficazes. Contudo caso o condenado não preencha ou não cumpra as condições estabelecidas terá sua pena convertida para privativa de liberdade.

Conforme o art. 44, § 4º e § 5º do CP:

§ 4º - A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão. § 5º - Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (BRASIL, 2012).

Conclui-se que quando o juiz aplica a pena alternativa ele afasta o condenado de cumprir a pena em cárcere privado, diminuindo a população carcerária evitando que o condenado não perigoso tenha o primeiro contato com o sistema prisional causando danos de difícil reparação e tirando do ambiente promiscuo, ajudando na ressocialização, ele estará atingindo assim o objetivo das penas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi abordado sobre as penas privativas de liberdade que atualmente estão em crise, falidas e, que o sistema prisional não é capaz de cumprir seu principal objetivo que é de ressocialização, regeneração, reeducar o apenado a viver no-



vamente em sociedade.

Pode-se constatar que a população carcerária no Brasil vem aumentando em níveis absurdos, tornando os estabelecimentos prisionais em verdadeiras escolas para o crime, que em vez de ressocializar o condenado, o tornar uma pessoa mais perigosa, que após sair do cárcere voltara a cometer novos crimes, elevando assim os índices de reincidência. Cabe ressaltar que além de não conseguir atingir o objetivo, a população carcerária gera enormes custos para os cofres públicos, sobrando sofrimento para a sociedade já que o retorno de tal “investimento” é o aumento da violência e dos níveis de reincidência.

Em meio a essa crise do sistema prisional brasileiro, as penas alternativas surgem como um meio de solução já que se destinam-se para os criminosos que cometeram uma infração de menor potencial ofensivo e representam pouco perigo para a sociedade, por ter um caráter social e educativo se tornam um dos meios mais eficazes para que o infrator não volte a reincidir no crime.

É de suma importância reconhecer que a aplicação de penas alternativas contribui para a reinserção do infrator na sociedade, pois é o melhor remédio para ressocializar o condenado, tendo em vista que o mesmo não precisara sair do seu convívio familiar ou do seu trabalho, sem esquecer da reparação do dano causado a vítima, e não irá conviver com criminosos de alta periculosidade, pois não irá cumprir sua pena em regime fechado e sim em liberdade.

Deste modo, conclui-se que a pena de prisão vem perdendo sua principal finalidade que é de ressocializar, gerando com o tempo um problema ainda maior toda vez que a população carcerária cresce. O Estado deve melhorar sua estrutura penitenciária para torná-la mais eficaz e, que as penas alternativas é o meio mais eficiente e barato para ressocializar o infrator de menor potencial ofensivo, uma vez que permite que pena seja cumprida a no convívio social.

Referências

- ALMEIDA, Andrea. **Críticas ao Tratamento Penitenciário e a Falácia da Ressocialização. Revista de Estudos Criminais**. São Paulo, n.25, 2017, p. 613.
- Assis, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**.2008
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de Direito Penal- parte geral**. Juspodivm. 2018.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. Forense, 2002
- FOUCAUL, Micael. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis. Ed. vozes. 26ª ed. 2002. p. 9.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Vol. 1. Parte Geral, 110 ed. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Niterói, Ed. Impetus, 2013, p. 678.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Manual de direito penal**. 23º Ed., Saraiva, 2002, v. 1.
- LEAL, César. A privatização das prisões. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**. Porto

Alegre. nº 04. fev./Mar. 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Manual de Direito Penal**. 18 edição. São Paulo: Atlas, 2002. Acesso em 30 de abril de 2022.

PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. Trad. Ângela m.s Correa. São Paulo: contexto, 2007. P 165.

REZENDE, Eduardo. Justiça Restaurativa e seus desafios histórico-culturais (um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à Justiça Retributiva). **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, nº21, jan./mar. 2006.

SCHIAVINATO, Ana Maria. Insegurança, ineficácia e outras mazelas no sistema prisional brasileiro. **Revista Jurídica Consulex**, Ano VI, nº 135. 31 de agosto de 2002, p.47.002, p.47.



CAPÍTULO 24

A RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA E DIREITO PENAL AO LONGO DA HISTÓRIA

*THE RELATIONSHIP BETWEEN JUSTICE AND CRIMINAL LAW
THROUGHOUT HISTORY*

Ruan Christian Sousa Silva¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O presente artigo tem por desígnio a análise da relação entre Justiça e Direito Penal ao longo da história. Para alcançar tal finalidade, foi realizado panorama histórico do desenvolvimento do Direito Penal ao longo da história perpassando por suas principais fases, bem como observadas as diferenças entre cada fase do Direito Penal no que tange às concepções de Justiça. No presente estudo foram utilizadas bibliografias doutrinárias de renomados doutrinadores que tratam do assunto em comento.

Palavras-chave: Justiça, Direito Penal, Panorama histórico.

Abstract

This article aims to analyze the relationship between Justice and Criminal Law throughout history. In order to achieve this purpose, a historical overview of the development of Criminal Law throughout history was carried out, passing through its main phases, as well as observing the differences between each phase of Criminal Law regarding the conceptions of Justice. In the present study, doctrinal bibliographies of renowned scholars who deal with the subject under discussion were used.

Key-words: Justice, Criminal Law, Historical overview.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho representa notória relevância acadêmica e social, uma vez que fornece conhecimentos históricos de Direito Penal bem como sua estrita relação com as concepções de Justiça no decorrer da história. Conhecer como esses conceitos foram construídos e se relacionam ao longo da história é importante para que seja percebido a real necessidade de adequação do ordenamento jurídico penal às necessidades e costumes atuais. O objetivo desse artigo foi observar justamente como esses conceitos se relacionam e se desenvolvem com as concepções de Justiça vigentes em cada fase do Direito Penal do passado.

2. METODOLOGIA

Para a confecção do presente artigo, utilizou-se pesquisas bibliográficas de renomados autores, valendo-se para tanto a adoção da metodologia dedutiva. A delimitação do tema foi realizada em função da pertinência do assunto na sociedade atual, usando-se fonte de pesquisa secundária. Para tanto, este artigo foi baseado nos estudos e contribuições de autores como Rogério Greco, Fernando Capez, entre outros.



3. JUSTIÇA E DIREITO PENAL

Definir o que é justiça é umas das tarefas mais árduas para os pensadores contemporâneos, pois seu conceito não é unânime, podendo variar de acordo com local, lapso temporal e até mesmo com o a área do Direito na qual se situa. Não obstante às tentativas de defini-la, a maioria dos conceitos possui uma ideia central em comum: retribuir a alguém aquilo que lhe é devido, seja isso na forma de reconhecimento de um direito ou sob a forma de imposição de uma sanção. A ideia de justiça no âmbito do Direito Penal sempre esteve intrinsecamente ligada ao ato de punir, sendo as sanções penais imprescindíveis na busca daquilo que se considera como justo.

Pelo fato de cada comunidade construir seus valores, costumes e regras com base na proteção daqueles bens jurídicos que consideram importantes e a consequente ideia de justiça abstraída dessa construção, surgiram diversos mecanismos de proteção desses bens jurídicos, ganhando o instituto da punição grande relevância para o Direito Penal. Contudo, por não terem o amparo jurídico solidificado com viés na proteção de bens jurídicos considerados universalmente como fundamentais – como a vida, a dignidades da pessoa humana, integridade física, etc. -, as punições na maioria das vezes eram violentas e desproporcionais, nas quais os transgressores de uma lei tinham seus membros amputados ou até mesmo pagavam com suas próprias vidas.

Atualmente, quando alguém pratica alguma conduta criminosa este, além de ser alvo do poder punitivo estatal, acaba por sofrer repreensões em clamores sociais, onde as massas populares indignadas com o ocorrido clamam por justiça. Para essas massas a justiça é compreendida como o processo de manter trancafiado em um estabelecimento prisional pelo máximo de tempo possível, ou até mesmo a prática do linchamento, como se isso fosse uma espécie de purificação (ARANHA; PIRES MARTINS, 2009) da sociedade em imitação ao que ocorria no Direito Primitivo, como se o criminoso fosse transformado numa espécie de “bode expiatório”. Retirar o indivíduo infrator do convívio da sociedade acaba por predominar em detrimento da ressocialização daquele que cometeu o crime, o que nos leva a supor que a consciência mítica da era primitiva ainda existe, mesmo que de forma residual, na sociedade contemporânea.

4. FASES DO DIREITO PENAL E AS CONCEPÇÕES DE JUSTIÇA

Para que uma conduta seja tida como passível de punição na contemporaneidade, é necessário que essa conduta se encaixe num rigoroso crivo legislativo baseado no princípio da Intervenção Mínima (GRECO, 2017), segundo o qual o Direito Penal só deverá ser invocado quando as demais áreas do direito se demonstrarem insuficientes para a proteção de determinados bens jurídicos, agindo assim em último caso, ou ultima ratio.

Contudo, para que se chegasse aos ideais modernos de sanção o Direito Penal passou por diversas transformações, transitando por épocas obscuras da história no tocante à proteção dos direitos do homem, sendo o jus puniendi aplicado sem a luz dos princípios basilares do Direito, como o os princípios da Legalidade, da Dignidade da Pessoa humana, da Anterioridade da Lei Penal entre outros. Como exemplo de uma dessas épocas obscuras cita-se o Período Primitivo do Direito Penal.

4.1 Período Primitivo

Cada tribo criava suas regras e costumes baseado na proteção daqueles bens jurídicos que consideravam importantes, sejam esses bens jurídicos tangíveis (como a integridade física de animais sagrados) ou intangíveis (como a honra de alguma divindade), de tal forma que, se algum membro da tribo violasse alguma regra tribal ou tabu, era prontamente executado como sacrifício com o fim de aplacar a fúria dos deuses e evitar que sofressem o castigo destes, como a perda da paz social, pestes ou pragas nas plantações. Nesse período o homem vivia em tribos e as regras tribais não eram escritas, baseadas na moral e no temor divino, pois acreditava-se que a paz era uma dádiva dos deuses e que o infrator da regra deveria ser punido para aplacar a fúria da divindade, pouco importando se teve culpa ou não (CAPEZ, 2010, p. 323).

O período primitivo é caracterizado por essa forte influência do místico e do emocional nas comunidades tribais e pela ausência de leis codificadas, sendo as normas passadas para os descendentes através da tradição oral. Para os povos desse período, a prática da justiça estava intrinsecamente relacionada à proteção de bens ligados à tradição, à cultura e às manifestações religiosas. A próxima fase do Direito Penal a ser estudada será a fase da vingança privada, que, apesar de ainda lembrar o período primitivo, traz aspectos novos no tocante à aplicabilidade das sanções penais.

4.2 Período da Vingança Privada

A próxima fase a ser estudada é a fase da vingança privada, que apesar de ser comumente confundida com a fase primitiva do direito possui certas peculiaridades. Para alguns doutrinadores, a fase da vingança privada representa a primeira fase do Direito, em razão de a fase primitiva não possuir uma codificação. É nesse período que surgem as primeiras leis codificadas, sendo como berço de um princípio bem conhecido no Direito Penal Moderno, a saber, o princípio da anterioridade da lei penal.

É sabido que na medida que o período histórico for se aproximando da era contemporânea, os atos da humanidade vão ganhando mais racionalidade, os pensamentos vão amadurecendo e como consequência o Direito Penal vai se distanciando de práticas primitivas. Entretanto cabe ressaltar que, apesar de se tratar de um período mais próximo da atualidade em relação ao período primitivo, a fase da vingança privada ainda está deveras distante daquilo que é considerado como racional e humano na sociedade moderna.

A elaboração da Lei de Talião (*Lex Talionis* do latim *talis quales* - tal qual - olho por olho, dente por dente) é outro ponto que merece destaque na história do Direito Penal em razão da influência dessa lei em diversas codificações e por fazer nascer, mesmo que forma tímida, mais um princípio presente até a era atual do Direito Penal, a saber, o princípio da proporcionalidade. Nas palavras de Fernando Capez (2010) "constituiu um grande avanço em relação ao sistema anterior. A vingança privada dos tempos primitivos era feita sem limitação alguma e quase sempre levava a excessos". Conclui o renomado autor dizendo que "Com a adoção do talião, a pena passou a ser pessoal e proporcional à agressão, além de previamente fixada".

Apesar de a Lei de Talião prever sanções que, para o cenário atual do direito possa parecer bárbaras e desumanas, teve por objetivo encerrar os ciclos de vingança característicos da era da vingança privada e que nunca se encerrava. Os primeiros indícios da existência da Lei de Talião datam aproximadamente de 1780 a.C. previstos no Código de Hamurabi, codificação que vigorava nessa época no Império Babilônico, na região da antiga Mesopotâmia, que é considerada por muitos historiadores como berço da humanidade. Nesse período a justiça era entendida como uma retribuição da infração cometida no corpo do transgressor por meio de legislação previamente estabelecida.

4.3 Período da Vingança Pública

Esse período corresponde à época das monarquias que tiveram bastante relevância na Europa em países como (países), algumas delas permanecendo até os dias atuais, como no caso da monarquia inglesa, apesar de a coroa ser hoje apenas uma figura simbólica. No âmbito do Direito Penal, o ato de punir nessa época representou o início de um dos princípios que regem o direito penal atualmente, que o do (Estado único legítimo do *jus puniendi*) de forma ainda embrionária, mas representou um marco diferencial em relação ao período da vingança privada. O objetivo maior das punições nesse período é a proteção do soberano e intimidar que se opunha aos ditames da nobreza. Nesse período, a ideia de justiça passa a ser ligado com a proteção dos interesses dos nobres e clérigos.

4.4 Direito penal romano

Até então as concepções de crime, que tinham majoritariamente a essência de ofensa privada, foram sendo modificadas no período do Direito Penal Romano e, a partir desse momento, surgiu a ideia de crime também como ofensa à ordem pública (CAPEZ, 2010). Nos crimes considerados públicos, quem punia o infrator era o próprio Poder Público, utilizando-se a Lei das XII Tábuas, que era a codificação vigente na época.

Apesar de no período anterior surgirem os primeiros pressupostos acerca da individualização das penas, é no direito penal romano que se consagra o princípio da Responsabilidade Individual. Nessa época também há grande desenvolvimento dos estudos acerca da teoria da culpabilidade (CAPEZ, 2010). A característica marcante dessa época é a conotação de Justiça como proteção do interesse público.

4.5 Direito Penal Germânico

Os povos germânicos (ou germanos) viviam espalhados pela Europa Central e pela Escandinávia, e eram conhecidos como bárbaros justamente por não falarem a língua do Império Romano, o Latim, e por não viverem dentro do território romano. Esses povos eram organizados por clãs, tendo as famílias como base da sociedade, e possuíam algumas características quanto ao Direito, como o direito essencialmente consuetudinário e o

conhecimento de alguns institutos jurídicos como a família, a propriedade e o Estado. Os povos germânicos, quanto às práticas punitivas, ficaram conhecidos por sua brutalidade. Há também a prática das ordálias, que eram provas nas quais o acusado era submetido para ser provada a sua inocência, como caminhar por um caminho de brasas e aguentar a dor. No que tange a práticas punitivas, de acordo com Rogério Greco, “Os problemas penais eram resolvidos pela vingança ou pela perda da paz (*friedlosigkeit*). O agente infrator era colocado fora da proteção jurídica do grupo a que pertencia, podendo ser perseguido e morto por qualquer pessoa” (GRECO, 2017, p.21).

4.6 Período Humanitário

A era das monarquias foi marcada por uma séria de abusos cometidos pelo Estado sob o pretexto de resguardar o bem comum e a paz social quando na verdade os atos, dito públicos, tinham na sua essência os interesses político-pessoais como fator principal, nos quais a nobreza e o clero eram as detentoras desse poder estatal. Nesse período, exteriorizar os pensamentos que discordavam em algum aspecto de elementos e atos desses dois segmentos do povo significava contrapor-se ao próprio Estado.

Com o modelo político dos Estados Absolutistas, eram bem tímidos os movimentos contrários à maneira de governar das monarquias e poucos, ou nenhum do povo, ousava falar publicamente qualquer comentário que pudesse ofender governantes, apesar de os sentimentos de opressão e enfado serem quase unânimes em toda a população. Contudo, um movimento denominado Iluminista começou a ganhar forças na Europa em razão de seu caráter revolucionário. Esse movimento, que teve por preceitos (preceitos) acabou por influenciar diversos movimentos revolucionários na Europa e, inclusive, na independência dos Estados Unidos América, que no século (século) era colônia da Inglaterra.

No âmbito do Direito Penal o movimento Iluminista serviu como precursor do movimento denominado Humanitarista que, como o próprio nome já diz, teve por significação da pessoa humana e adeptos desse movimento eram críticos das sanções aflitivas que mutilavam ou matavam os transgressores. Com esse movimento as penas passaram a ser mais humanizadas e menos aflitivas, surgindo assim, mesmo que forma embrionária, o princípio da humanidade. Percebe-se que a prática das punições como instrumento de Justiça foram perdendo seu caráter aflitivo, passando a ser mais humanizadas.

No período humanitário destaca-se a contribuição do Marquês de Beccaria, que em sua obra *Dos delitos e das penas* (1764) fez severas críticas aos meios de punição exercidos pelos Estados Absolutistas e defendia a humanização das penas através da proporcionalidade, legalidade, anterioridade da lei penal, da não crueldade das penas.

5. CONCLUSÃO

Fica perceptível pelo o que já foi exposto neste trabalho que o desenvolvimento do Direito Penal, partindo da análise de suas fases, é modelado conforme o amadurecimento



crítico-filosófico da sociedade de cada época correspondente. Conjuntamente com essas transformações que repercutem no Direito Penal, as concepções de Justiça também são modeladas, geralmente partindo de idéias relacioandas a punições aflitivas para idéias de punições mais humanizadas. Não obstante o amadurecimento crítico da sociedade atual em detrimento das sociedade pretéritas, ainda é perceptível em caso isolados aparecimento de práticas que imitam os sistemas punitivos do passado, mostrando a real necessidade de implementação de medidas que visam freiar o ressurgimento dessas condutas. Além disso, fica também evidente que o Direito Penal precisa ser flexível ao longo das décadas, analisando am cada fase da história, sejam elas presentes ou futuras, o que é considerado como justo, para que esse ramo do Direito seja eficaz para resguardar os direitos que as demais áreas se mostraram ineficazes para resguardar.

Referências

ARANHA, M.L.A; PIRES MARTINS, M.H. **Filosofando**. Introdução à filosofia. Moderna, vol. único. São Paulo, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte geral. Saraiva, 15ª edição. São Paulo, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. Impetus. Niterói, 2017.

CAPÍTULO 25

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: CARACTERIZAÇÃO E ASPECTOS LEGAIS

OBSTETRIC VIOLENCE: CHARACTERIZATION AND LEGAL ASPECTS

Ana Clara Gomes da Silva¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O presente trabalho discorre acerca da violência obstétrica com o intuito de investigar a conceituação dessa violência e como ela se manifesta por meio de práticas e o arcabouço jurídico acerca do tema. O objetivo geral do presente trabalho é discorrer acerca da legislação que trata sobre a violência obstétrica e qual o tratamento da ciência jurídica no tocante a esta temática. Fez-se uma revisão bibliográfica que foi desenvolvida com base em estudos acerca da violência obstétrica. Mediante os objetivos definidos nesta pesquisa foi possível observar e caracterizar a violência obstétrica bem como as suas práticas que caracterizam-se como uma barreira na efetivação dos direitos constitucionais da mulher no ciclo gravídico-puerperal. Concluiu-se que é necessário a instituição de normativa legal que defina e contemple toda a extensão do que seja violência obstétrica para que assim o sistema jurídico e as mulheres que são vítimas tenham o respaldo legal para que assim sejam punidos os crimes e findar a cultura de violência obstétrica, sendo necessário não só a efetivação de uma lei específica mais também mudança de concepções sociais, respeito aos gêneros e as classes sociais. Sugere-se a promoção de pesquisas voltadas para o tema estudado de modo a fomentar a criação de lei específica e mecanismos de disseminação de informações com fins de conscientização.

Palavras-chave: Violência obstétrica, Direitos da Mulher, Direitos reprodutivos, Parto.

Abstract

This work discusses to obstetric violence in order to investigate the conceptualization of this violence and how it manifests itself through practices and the legal framework on the subject. The general objective of the present work is to discuss the legislation that deals with obstetric violence and what is the treatment of legal science regarding this theme. A literature review was carried out based on studies on obstetric violence. Through the objectives defined in this research, it was possible to observe and characterize obstetric violence as well as its practices that are characterized as a barrier in the realization of women's constitutional rights in the pregnancy-puerperal cycle. It was concluded that it is necessary to institute legal regulations that define and contemplate the full extent of what is obstetric violence so that the legal system and the women who are victims have the legal support so that crimes are punished and culture ends. Of obstetric violence, requiring not only the implementation of a specific law but also a change in social conceptions, respect for genders and social classes. It is suggested the promotion of research focused on the subject studied in order to encourage the creation of specific laws and mechanisms for disseminating information with the aim of raising awareness.

Keywords: Obstetric violence, Women rights, Reproductive rights, Childbirth.

1. INTRODUÇÃO

A violência obstétrica consiste em uma das diversas violências de gêneros que são exercidas sobre as mulheres, onde a mesma é definida como qualquer ato agressivo, enquanto se dá o processo assistencial à mulher no período que compreende o ciclo gestacional, parto, pós-parto ou abortamento, tal violência carrega consigo diversas consequências e múltiplos danos sejam eles de cunho físico, sexual e psicológico, tais abusos podem se dar através de agressões verbais ou abuso nas ações médicas de intervenção, onde a liberdade e autonomia das mulheres não são respeitadas.

A temática trabalhada no seguinte artigo justifica-se por sua relevância no campo social no tocante dos aspectos de humanização que são necessários nos serviços de saúde em específico para as mulheres em período gestacional, a execução da violência obstétrica traz consigo uma carga de consequências negativas que permeiam múltiplos aspectos, constituindo uma violação acerca das decisões aos direitos sexuais e reprodutivos, violando direitos humanos fundamentais, assim fazendo-se necessário o conhecimento dessa modalidade de violência, para enfrentá-la e garantir os direitos das mulheres.

Diante desse contexto de violações de direitos emergem os seguintes questionamentos, como se dá a violência obstétrica e como se comporta o ordenamento jurídico acerca de medidas de modo a buscar o combate de tal tipo de violência?

Nessa perspectiva, o objetivo geral do presente trabalho é discorrer acerca do arcabouço jurídico que trata sobre a violência obstétrica e qual o tratamento da ciência jurídica no tocante a este tipo de temática, tendo como objetivos específicos caracterizar essa violência a partir da sua conceituação, pontuar como se dá as práticas dessa violência e elencar as normas e legislações brasileiras vigentes acerca do tema que estão a tratar a questão de modo a promover a concretização dos direitos constitucionais da mulher.

Esta pesquisa consiste em uma revisão bibliográfica que foi desenvolvida com base em estudos acerca da violência obstétrica. Os artigos utilizados foram encontrados pelos descritores "parto", "violência obstétrica" e "violência de gênero" em base de dados online. A pesquisa inclui as normativas legais voltadas para a temática abordada e estudos publicados nos últimos 10 anos. Primeiramente foram lidos os resumos dos artigos encontrados e assim os mesmos foram selecionados para a análise. Os critérios de inclusão de artigos consistiu na seleção de trabalhos publicados em periódicos nacionais e internacionais e que analisaram a temática em questão.

2. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Diniz (2015) a humanização dentro dos serviços de saúde e especialmente no parto é enfoque de diversos movimentos sociais no Brasil, e em nível internacional, consistindo em uma luta pela promoção de uma assistência à saúde da mulher de forma integral de modo a respeitar todas as suas particularidades e necessidades.



A partir do fim do século XIX, o parto deixou de ser um evento feminino com principal atuação da mulher, passando a ser e assumir uma prática essencialmente médica, retirando o protagonismo da mulher em decorrência da modernização das práticas de parto, admitindo um caráter puramente hospitalar (SANFELICE et al., 2014).

A modernização do parto carrega consigo diversos benefícios porém traz uma carga negativa no que tange à dignidade e os direitos da mulher, onde viabilizou o fim do protagonismo e da autonomia da mulher, onde a mesma passou a assumir a posição de mero objeto dentro prática médica (ZANARDO, 2017).

Dentro desses processos de mudanças a violência obstétrica se instaurou-se caracterizando-se na esfera social como um tipo de violência exercida contra a mulher, sendo praticada em decorrência do gênero, e potencializada de forma negativa por questões raciais, sociais e econômicas, onde é violado os seus direitos biológicos, sexuais e psíquicos (MATOS; MACHADO, 2018).

É denominado violência obstétrica práticas realizadas dentro dos sistemas de saúde e nos atendimentos direcionados às gestantes seja durante o processo de parto, puerpério ou abortamento onde que pode ser identificados como violência moral, física, psicológica, o termo em questão passou a ser utilizado por conta dos movimentos sociais que defendem o parto humanizado no Brasil (MARQUES et al.,2020).

No documento intitulado dossiê Parirás com dor (2012) caracteriza-se como violência obstétrica atos praticados contra a parturiente, onde pode ser cometido por profissionais de saúde que prestam assistência a mulher no ciclo gravídico-puerperal em todas as suas etapas contemplando do pré-natal ao momento de realização do parto.

Caracterizada como violência de gênero, por ser empreendida contra mulher em todas as etapas da gravidez, pós-parto e abortamento a violência obstétrica, faz a composição de uma sociedade que cotidianamente exerce violência sobre as mulheres seja em decorrência da identidade de gênero e pela sua condição feminina, oriunda da dominação masculina que foi construída historicamente, que reflete nas mais variadas relações da mulher com seu corpo, posição social e dignidade (MARQUES,2020).

De acordo com Federici (2017) as condições históricas e sociais fomentaram a formação e constituição do capitalismo de Estado que é fundamentado em diversas bases e dentre elas o da dominação, como dos corpos das mulheres e como a sociedade capitalista trata as mulheres, onde pode observar-se no fragmento abaixo, onde o autor afirma que,

[...] na sociedade capitalista, o corpo é para as mulheres o que a fábrica é para os homens trabalhadores assalariados: o principal terreno de sua exploração e resistência, na mesma medida em que o corpo feminino foi apropriado pelo Estado e pelos homens, forçado a funcionar como um meio para a reprodução e a acumulação de trabalho. Neste sentido, é bem merecida a importância que adquiriu o corpo em todos os seus aspectos – maternidade, parto e sexualidade – tanto dentro da teoria feminista quanto na história das mulheres (p. 34).

Segundo Marques (2018) a dominância de gênero, apresenta-se como fator suficiente que garante a obediência das vítimas potenciais as ordens do patriarcado e das vio-

lências em potenciais que são carregadas junto a esse domínio histórico, decorrendo em violências de ordem moral, física e psicológica.

A violência obstétrica fere os direitos reprodutivos e sexuais pois consiste em uma violação do corpo, da autonomia e dignidade das mulheres em uma importante etapa da vida, onde é assumido um potencial discriminatório onde é praticada somente sobre o gênero feminino (MARQUES et al., 2020).

A partir de uma grande articulação dos movimentos sociais a conceituação de violência obstétrica vem sendo traçada de modo a fomentar a visibilidade e necessidade de humanização nos serviços prestados as mulheres no ciclo gravídico-puerperal com o objetivo extinguir ações que venham a causar transtornos e sofrimento, mostrando assim ao estado brasileiro que é de suma importância o fomento e implantação de políticas públicas em prol de proteção aos direitos das mulheres nessa fase (ELIAS, 2020).

A criação da rede pela humanização do parto e do Nascimento (Rehuna) em 1993, foi um marco dos movimentos em âmbito nacional que defendem a humanização dos serviços de saúde ofertados as parturientes e puérperas que em sua fundação emitiram a carta de Campinas que trouxe consigo uma série de denúncias relacionadas assistência dada aos partos no Brasil onde caracterizou como não humanizada e que violava os direitos de mulheres e crianças (PIRES, 2021).

A violência obstétrica transita por todas as violações no círculo gravídico-puerperal sendo um fenômeno que vem ocorrendo há décadas na América Latina que se disseminam pela ausência de informações prestadas pelos profissionais acerca dos processos que fazem parte da hora do parto, essa desinformação leva a situações de violação e exploração dos corpos dessas mulheres e da sua dignidade por diferentes membros que compõem as equipes de saúde que prestam tais serviços (ZANARDO, 2017).

Conforme aponta a pesquisa realizada pela fundação Perseu Abramo (2010) as práticas de violação se dão pelas omissões, agressões verbais direcionadas as parturientes e ausências de informações, sendo de suma importância identificar e esclarecer acerca das diversas práticas de violências que são realizadas de modo que as mulheres possam conhecê-las e identificá-las para assim poder realizar denúncias dessas violações no ambiente dos serviços de saúde.

São ações que caracterizam a violência obstétrica, abusos verbais exercidos com gritos ausência de orientação e consentimento para realização de procedimentos, impedir a presença de acompanhante junto a parturiente visto que o mesmo é garantido pela lei, não promover a privacidade durante a realização do parto, tratamento, autoritário grosseiro ou de cunho discriminatório, realização de procedimentos sem o consentimento da paciente, medicações sem indicação dentre outros (PIRES, 2021).

Elias (2020) pontua que as violações acerca das práticas obstétricas não ocorrem somente no setor público mas também no setor privado observando que essa violação perpassa todos os níveis sociais assumindo um contexto multifatorial de violência institucionalizada e de gênero.

Apesar de se apresentar como uma terminologia nova, a violência obstétrica é um

problema que perpassa por muitos anos, a intensificação do debate, busca de forma emergencial uma construção legal que precisa incorporar a qualidade da assistência obstétrica e erradicação dos maus tratos às mulheres durante o parto (KATZ et al., 2020).

O conceito de violência obstétrica surgiu na América Latina e na Espanha nos anos 2000 a partir de movimentos ativistas pela humanização do parto. Essas reivindicações dialogavam com uma pauta central aos movimentos feministas, que há muito vêm criticando os modelos medicalizados de assistência ao parto, denunciando-os como uma grave violação à autonomia das mulheres (PIRES, 2021).

Conceber a violência obstétrica como uma realidade, não consiste na culpabilização de alguma categoria profissional em específico, mais sim entender que a violência é estrutural, e reflete o patriarcalismo que domina a nossa sociedade e que adentra as práticas assistenciais na saúde (ZANARDO, 2017).

Tal violência perdurara entre as mulheres até que se assuma que o modelo vigente de assistência às gestantes caracteriza-se como tecnocrático, possui práticas abusivas e se utiliza de ações e intervenções médicas que violam os direitos fundamentais das mulheres, onde faz-se necessário a abolição de tais ações para assim os serviços de saúde nesta etapa serem realmente humanizados (ELIAS, 2020).

3. TIPOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

São cinco as subdivisões dos tipos que caracterizam a violência obstétrica sendo elas violência verbal, violência física, violência institucional, violência moral, violência sexual e violência psicológica. A violência obstétrica consiste na violação dos direitos das mulheres como o direito à liberdade, a informação, a autonomia, a dignidade e ao respeito (MARTINS; BARROS 2016).

A violência física consiste na violação da autonomia e ausência de informações acerca das intervenções que serão realizadas no decorrer do parto. Vale salientar que as técnicas que geralmente são utilizadas são prejudiciais e sem rigor científico e realizadas sem o consentimento das mulheres, pois as informações geralmente são incompletas ou distorcidas (DINIZ et al., 2015).

Segundo Leal et al. (2014) caracteriza-se como violência a falta de transparência para a paciente sobre sua dilatação, vitalidade fetal, e motivos considerados falsos para a realização de cesariana mesmo que essa não seja a vontade e as condições viáveis para o parto, ações como circular de cordão cervical, bacia materna estreita, macrosomia fetal são exemplos do que são ditos para convencer as parturientes.

As intervenções mais recorrentes são a manobra de Kristeller onde é empregada força sobre a barriga da gestante no momento em que a mesma está a força para o feto sair, utilização de medicamentos como a ocitocina e amniotomia para o rompimento das membranas de recobrimento. Outra prática que traz riscos e prejuízos à mulher é a episiotomia que consiste na realização de um corte entre a vagina e o ânus com objetivo de ampliação do canal de parto o que acarreta uma série de danos à parturiente, tais práticas

visam somente a aceleração do parto (SANTO et al., 2021).

A violência obstétrica atinge as mulheres entretanto não de forma igualitária pesquisas demonstram que a maioria que são alvos são as mulheres pobres negras com baixo índice de escolarização e que possuem baixo ou nenhum acesso aos serviços básicos de saúde como o pré-natal apontando que essas são as questões mais respostas as violências sejam por qualquer profissional das equipes de saúde (DINIZ et al., 2015).

Segundo Rodrigues et al. (2015) a violência institucional consiste na falta de acesso das mulheres em ciclo gravídico-puerperal serviços essenciais de saúde destinados a esta etapa onde as mulheres são respostas a peregrinação em diferentes estabelecimentos de saúde para se receber atendimentos.

Uma problemática encontrada é acerca do atendimento que quando conseguem atendimento nas unidades de saúde as parturientes podem deparar-se com outros problemas como estruturas inadequadas, precariedade a nível de prestação dos serviços e de pessoal, de modo a não ter todos os serviços necessários para o ciclo gravídico-puerperal. Outra constante é o descumprimento da lei 11.108 de 2005, geralmente pela proibição dos homens pela alegação de ausência de espaço física para a garantia da privacidade para as demais pacientes (BRASIL, 2005).

Segundo Leal et al. (2014) O espaço institucional em diversas situações caracteriza-se como um violador de direitos, quando introduz a realização de procedimentos não recomendados e sem embasamento científico e benefícios comprovados advindos dessas ações, que quando não respeitadas vai transformar o parto em uma ação violadora de direitos, o que resulta em outro tipo de violência a moral.

A violência moral dentro da perspectiva da violência obstétrica está associada às condutas dos profissionais envolvidos na assistência prestada às puérperas, ocorre violência quando a mulher não é reconhecida como sujeito do parto e equipe de saúde quer assumir essa função com apropriação desse evento, quando reforça o nascimento como não fisiológico mais sim como um momento de riscos presentes, a violência moral produz alienação, desumanização, anulação quando não considera as pacientes e suas especificidades quando tem sua privacidade violada (ANDRADE et al., 2016).

Quando se tira a mulher do protagonismo dentro do parto ocorre a desvalorização da mesma e da sua autonomia do seu corpo, onde a tecnologia é supervalorizada em detrimento do que é natural do próprio ciclo, assim favorecendo o uso de tecnologias assistivas que irá ferir e violar a mulher de forma ampla, o que antes era próprio da natureza feminina ganha medicalização e tecnicismo exacerbados (ANDRADE et al., 2016).

Por meio da literatura observa-se que a medicalização excessiva com a valorização das técnicas e a adoção das intervenções como mais importante na assistência ao trabalho de parto e ao parto, o que reforça a dominação e sujeição da mulher a um sistema predominante machista (DINIZ et al., 2015).

Outras formas de violência física consiste no uso errôneo das tecnologias de assistência ao parto como uso da litotomia que é quando a parturiente não sente-se em posição confortável para parir, realização de toques com alta frequência e violentos, negação da

analgesia, não fornecimento de informações sobre a evolução do parto e realizações de procedimentos sem autorização (SANTO et al., 2021).

A violência sexual no contexto da violência obstétrica é caracterizada pela ocorrência de toques excessivos e com finalidade de satisfação e episiotomia quando se intitula o ponto do marido, falas coercitivas e de cunho moral relacionada relacionado a sexualidade da paciente no momento de ocorrência do parto (TESSER, 2015).

A Violência psicológica e verbal são praticadas de modo conjunto, utilização de comentários com objetivo de denegrir a mulher, negação estado particular durante o período do parto, não considerar as questões emocionais como fator de participação no parto que pode vim a prejudicar, julgar, culpabilizar, xingar, usar de hostilidade, humilhar, utilizar-se de ironias, comentários desrespeitos sobre a paciente seu estado e seu corpo, ameaçar não seguir com o atendimento são práticas que caracterizam a violência psicológica e verbal (TESSER, 2015).

4. NORMAS E LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS ACERCA DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

No contexto da América Latina dois países tratam de forma específica acerca da violência obstétrica possuindo legislação específica sendo a Argentina e Venezuela, onde traz esse especificações acerca das práticas que caracterizam a violência obstétrica e como as vítimas podem recorrer judicialmente (COSTA, 2018).

No Brasil a nível federal não existem ainda legislações que tratem em seu escopo especificamente sobre a violência obstétrica, existem normas e diretrizes que não são capazes de tratar de forma efetiva acerca da problemática enfrentada (COSTA, 2018).

Observando tal contexto, pode-se destacar o art. 226 da Constituição que trata sobre a proteção à família, de modo que deve ser assegurado segurança e cuidado a cada um dos integrantes e pontua a criação de mecanismos que objetivam a coibição de práticas de violência no ambiente relacional e que se refere aos direitos sociais no art.6º está previsto o direito a proteção ao momento da maternidade e à infância (BRASIL, 1988).

Foram emitidas portarias pelo Ministério da Saúde onde são previstos princípios que direcionam acerca da atenção à saúde da mulher gestante, à puérpera e ao recém-nascido, a Portaria nº 569, de 1º de julho de 2000, discorre da necessidade de um tratamento que seja digno e de qualidade a Portaria no 1.067, de 4 de julho de 2005 instituiu a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal (BRASIL, 2000, 2005).

No âmbito penal a violência obstétrica pode enquadrar-se como lesão corporal ou constrangimento ilegal, sendo tipificados nos artigos 129 e 146 do Código Penal brasileiro. No artigo 129 a lesão corporal está prevista como risco a integridade corporal ou saúde e o artigo 146 é caracterizado pelo constrangimento a vítima por meio de ameaças e pela redução a resistência da vítima ao fazer o que não estava disposta (BRASIL, 1990).

Alguns dispositivos que visam a proteção a autonomia e capacidade das pessoas acerca de decisões estão previstos no artigo 5o, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) onde são vedados ações ou tratamentos desumanos e em artigo 5o, inciso III dispõe acerca de ações de tortura.

A lei 11.108/2005, intitulada como Lei do acompanhante constitui uma das leis pioneiras a versa mesmo que superficialmente sobre a violência obstétrica, onde objetiva a garantia de um acompanhante junto às parturientes nos momentos que compreende o trabalho de parto, parto e pós-parto, no que compreende o âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS”, onde altera-se a Lei 8.080/1990, a Lei do SUS, como pontua o dispositivo em questão:

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1o O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela Parturiente.

§ 2o As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.

§ 3o Ficam os hospitais de todo o País obrigados a manter, em local visível de suas dependências, aviso informando sobre o direito estabelecido no caput deste artigo (p. 52).

Embora a lei acima citada trabalhe acerca da violência obstétrica, ainda não há lei específica de forma a tipificar de forma legal esse tipo violência, mas não contempla o termo violência obstétrica (BRASIL, 2005).

No campo de leis referentes ao amparo às mulheres em ciclo gravídico-puerperal é a lei 11.634 de dezembro de 2007 que discorre acerca dos direitos direcionados a gestante onde a mesma deve ter conhecimento e deve ser vinculada a uma maternidade onde terá assistência salientando que é no âmbito do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2007).

O direito à saúde constitui-se em um dos direitos fundamentais, pautado pela lei maior da nação, a Constituição Federal, mediante a asseguaração de tal direito a mulher que for violada pode e deve acionar o poder público, por meio de órgãos responsáveis, efetuando a denúncia a mesma deve ser apurada, o hospital, Conselho Regional de Medicina e Conselho de Enfermagem, poderá receber tais denúncias onde será instaurada sindicância para averiguar as condutas realizadas pelo profissionais e assim poder tomar decisões e repostas acerca do ocorrido (VELOSO; SERRA, 2016).

No contexto da violência obstétrica que engloba diversos tipos de violência, os crimes que ocorrem com maior frequência são os de lesão corporal que de acordo com o Código Penal contempla o artigo 129, onde a episiotomia e a manobra de Kristeller enquadram-se, a ameaça no artigo 147 e maus tratos no artigo 136 (SERRA, 2018).

No Brasil o Estado de Santa Catarina foi o primeiro a tratar acerca da violência obstétrica e como a mesma se dá, em 17 de janeiro de 2017, o Governador João Raimundo

Colombo sancionou a Lei no 17.097, que trata sobre a determinação e implementação de medidas que trabalhem prestando informações e proporcionem proteção a mulher no ciclo gravídico-puerperal no Estado de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2017).

A seguinte lei conceitua violência obstétrica da seguinte maneira “todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período puerpério” (SANTA CATARINA, 2017, p.19) o pioneirismo do estado de Santa Catarina nesta temática é de suma importância e relevante pois exemplifica e informa como se manifesta este tipo de violência, que muitas vezes ocorre porém como não é debatido e informações sobre não são prestadas acaba passando despercebido e sem punições a quem pratica.

A lei 17.097 apresenta um rol exemplificativo do que constitui práticas violentas no parto e pontua em seu art. 4º que as gestantes devem ser informadas por meios de materiais didáticos como cartilhas que tratem e expliquem sobre os seus direitos, tendo assim mulheres cientes que conseguiram identificar práticas abusivas e como deve ser o atendimento voltado a elas que deve ser pautado as informações e esclarecimentos necessários para um atendimento pautado na dignidade e na humanização (SANTA CATARINA, 2017).

A lei vigente no estado de Santa Catarina ampliou a caracterização de Violência obstétrica, abarcando ações que façam a gestante acreditar e desejar a realização de parto via cesariana mesmo quando não recomendada para a mesma, sinto incutido por meio de ações e falas que reforcem a presença de riscos para mãe ou criança que beiram a imaginação e sejam de cunho hipotético (SANTA CATARINA, 2017).

Em nível municipal Diadema/SP foi o primeiro do Brasil a possuir legislação violência obstétrica possuindo diversas semelhanças com a lei do estado de Santa Catarina , no que remete à conceituação como no rol que elenca as práticas de violência, onde a lei municipal aponta que as informações também devem ser prestadas as mulheres com a utilização de cartazes que tratam o assunto em questão nos estabelecimentos de saúde de modo a apresentar que em casos de violação quais são os procedimentos para realização de denúncia (DIADEMA, 2013).

O governo federal vem implementando medidas que visam proporcionar uma atenção humanizada no parto, mediante tal objetivo foi criada a portaria no 1.459 de 24 de junho de 2011 intitulada de Rede Cegonha destinada promoção da saúde e bem estar das grávidas e crianças que no seu escopo envolve uma série de cuidados desenvolvidos em rede de modo a proporcionar atendimentos que visam a informações ao direitos sexuais e reprodutivos ,atenção em todas as fases da gestação até ao nascimento , pontua-se que em casos de abortamento a assistência também é prestada e o acompanhamento da criança se dará até dois anos de idade , promovendo um crescimento saudável (BRASIL, 2011).

Mediante a observação do cenário brasileiro frente a legislação vigente sobre a violência obstétrica, observa-se a necessidade da responsabilidade civil e penal realizadas de forma reflexiva e analítica, para que a justiça frente a esses casos sejam realizados e sirvam de precedentes para ações futuras com o objetivo de eliminação de ações similares que será alcançado por meio da implementação de políticas públicas que proponham de

forma efetiva a solução da problemática em questão (SOCORRO et al.,2018).

É urgente e necessária a criação de Lei Federal específica que venha a tipificar a violência obstétrica, o Brasil, apesar de ser pioneiro em inúmeros tratados internacionais no cerne dos Direitos Humanos ainda não mobilizou-se para criação de lei específica que trate do assunto (VELOSO; SERRA, 2016).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante os objetivos definidos nesta pesquisa foi possível observar e caracterizar a violência obstétrica onde a mesma constitui-se como uma barreira na efetivação dos direitos constitucionais da mulher no ciclo gravídico-puerperal e uma modalidade de violência contra a mulher, onde precisa ser estudada e compreendida de uma forma plural abarcando aspectos e contextos sociais. A violência obstétrica apresenta-se de diversas maneiras seja em condutas usuais e necessárias como em condutas agressivas que pode atingir a mulher nos aspectos físico, sexual ou psicológico gerando traumas como a insegurança.

A temática em questão já é abordada em alguns documentos legais entretanto quando eleva-se a nível nacional não existe ainda norma específica que possibilite o enfrentamento que abarque toda a sua complexidade e especificidade que o tema em trabalho necessita de modo que se proporcione de modo efetivo a proteção contra este tipo de violência.

É necessário a instituição de normativa legal que defina e contemple toda a extensão do que seja violência obstétrica e as suas práticas para que assim o sistema jurídico e as mulheres que são vítimas tenham o respaldo legal para que os crimes que venham a ferir os direitos sexuais e reprodutivos sejam punidos e as informações sobre o mesmo sejam disseminadas.

Para findar a cultura de violência obstétrica é necessário não só a efetivação de uma lei específica mais também mudança de concepções sociais, respeito aos gêneros e classes sociais. Diante do exposto o trabalho desta temática é de suma relevância no que refere-se a humanização e legalidade, de modo que a violência obstétrica fere direitos defendidos e incorporados pela Constituição Federal. Sugere-se a promoção de pesquisas voltadas para o tema estudado de modo a fomentar a criação de lei específica e mecanismos de disseminação de informações com fins de conscientização.

Referências

ANDRADE, Priscyla de Oliveira Nascimento et al. Fatores associados à violência obstétrica na assistência ao parto vaginal em uma maternidade de alta complexidade em Recife, Pernambuco. **Revista brasileira de saúde materno infantil**, v. 16, p. 29-37, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292016000100029. Acesso em: 25 Abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 Abr. 2022.



____. **Lei nº 11.108 de 2005. Lei do Acompanhante.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 27 Abr. 2022.

____. **Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 29 Abr. 2022.

____. Lei no 11.108, de 7 de abril de 2005. **Lei de Assistência a Parturiente no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 03 Abr. 2022.

____. Lei no 11.634, de 27 de dezembro de 2007. **Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm>. Acesso em: 13 Abr. 2022.

____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.459, de 4 de junho de 2011. **Institui no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha.** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html>. Acesso em: 21 Abr. 2022.

____. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Portaria nº 569, de 1º de junho de 2000. **Programa Humanização do Parto: humanização no pré-natal e nascimento.** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html>. Acesso em: 11 Abr. 2022.

COSTA, Ludmila Alexandre. **Violência Obstétrica: Os desafios das parturientes na judicialização de suas demandas.** Volta Redonda, 2018.

DIADEMA. **Lei municipal no 3.363, de 1º de outubro de 2013.** Diadema, SP. Disponível em: <http://www.cmdiadema.sp.gov.br/legislacao/leis_integra.php?chave=336313> Acesso em: 07 Abr. 2022.

DINIZ, Simone Grilo et al. Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. **Journal of Human Growth and Development.** São Paulo, v. 25, n. 3, p. 377-384, 2015. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf>. Acesso em: 03 Abr. 2022.

ELIAS, Rayane Oliveira. **Violência obstétrica no Brasil.** 2020. Disponível em <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/883>>. Acesso em: 01 Abr. 2022.

FEDERICI, Sílvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpos e acumulação primitiva.** Editora Elefante, 2019.

Fundação Perseu Abramo. **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado.** Pesquisa de opinião; 2010. Disponível em: [https://apublica.org/wp-](https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa.org.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf)

[content/uploads/2013/03/www.fpa.org.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf](https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa.org.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf). Acesso em: 02 Abr. 2022.

KATZ, Leila et al. Quem tem medo da violência obstétrica?. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, v. 20, p. 623-626, 2020.

LEAL, Maria do Carmo et al. Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 30, p. S17-S32, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2014001300005. Acesso em: 09 Abr. 2022.

MARQUES, Sílvia Badim et al. Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 9, n. 1, p. 97-119, 2020. Disponível em <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/585>>. Acesso em: 12 Abr. 2022.

MARQUES, Sílvia Badim. A garantia do direito sanitário sob a perspectiva de gênero: desafios e enfrentamentos perante o Sistema Único de Saúde para a garantia do direito à saúde das mulheres. In: **Coletânea Direito à Saúde: institucionalização.** 2018. p. 220-234. Disponível em <<https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/biblio-1117160>>. Acesso em: 11 Abr. 2022.

MARTINS, Aline de Carvalho; BARROS, Geiza Martins. Você vai dar à luz com dor? Revisão integrativa da violência obstétrica em unidades públicas brasileiras. **Revista Dor**, v. 17, p. 215-218, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180600132016000300215. Acesso em: 17 Abr.

2022.

PIRES, Amanda; SANTOS, Paula; MOREIRA, Samara Benites. ANÁLISE DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL COMO VIOLAÇÃO DO DIREITO INTEGRAL À SAÚDE DA MULHER. **Anais da Semana Universitária e Encontro de Iniciação Científica** (ISSN: 2316-8226), v. 1, n. 1, 2021. Disponível em < <https://www.unifimes.edu.br/ojs/index.php/anaissemanauniversitaria/article/view/1341> >. Acesso em: 03 Abr. 2022.

PARTO DO PRINCÍPIO. **Dossiê da Violência Obstétrica. Parirás com dor.** Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 10 Abr. 2022.

RODRIGUES, Diego Pereira et al. A peregrinação no período reprodutivo: uma violência no campo obstétrico. **Escola Anna Nery**, v. 19, p. 614-620, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ean/v19n4/1414-8145-ean-19-04-0614.pdf>. Acesso em: 03 Abr. 2022.

SANTOS, R. C. S. SOUZA, N. F. Violência institucional obstétrica no Brasil: revisão sistemática. **Estação Científica** (UNIFAP). Macapá, v. 5, n. 1, p. 57-68, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/1592> Acesso em: 29 Abr. 2022.

SANTO, Ana Elisa da Silva Espírito et al. A humanização no atendimento à mulher como prevenção à violência obstétrica. **Brazilian Journal of Health Review**, v. 4, n. 1, p. 3876-3885, 2021. Disponível em: https://ojs.br/index.php/revista_proex/article/view/1589 Acesso em: 29 Abr. 2022.

SANTA CATARINA. **Lei nº 17.097 de 17 de janeiro de 2017.** Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html>. Acesso em: 12 Abr. 2022.

SANFELICE, Clara Fróes de Oliveira et al. **Do parto institucionalizado ao parto**

Domiciliar. Revista da Rede de Enfermagem do Nordeste, Campinas, 2014, v.15, n.2, p. 362-370. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/rene/article/view/3170/2433>>. Acesso em: 01 Abr. 2022.

SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. **Violência obstétrica em (des)foco: uma avaliação da atuação do Judiciário sob a ótica do TJMA, STF e STJ.** 2018. 227f. Dissertação (Mestrado em Direito/CCSO) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís. Disponível em: . Acesso em: 02 Abr. 2022.

SOCORRO, Tatiana de Carvalho; MATOS, Andreza Oliveira; MACHADO, Janaína

Barros Hurst. A Violência Obstétrica como afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a necessidade de implementação de Políticas Públicas específicas no Brasil. **Anais do Congresso Internacional de Direito Público dos Direitos Humanos e Políticas de Igualdade**, Alagoas, 2018, v.1, n.1, p. 1. Disponível em: <<http://www.seer.ufal.br/index.php/dphpi/article/view/5830>>. Acesso em: 09 Abr. 2022.

TESSER, Charles Dalcanale et al. Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, v. 10, n. 35, p. 1-12, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/279521042_Violencia_obstetrica_e_prevencao_quaternaria_o_que_e_e_o_que_fazer. Acesso em: 11 Abr. 2022.

VELOSO, Roberto Carvalho. SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Reflexos da Responsabilidade Civil e Penal nos Casos de Violência obstétrica. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. V.2, nº1. e-ISSN: 2526-0111. Brasília, 2016 p.257-277. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/911/905>>. Acesso em: 06 Abr. 2022.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho et al. Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa. **Psicologia & sociedade**, v. 29, 2017. Disponível em < <https://www.scielo.br/j/psoc/a/J7CMV7LK79LJTnX9gFyWHNN/abstract/?lang=pt> >. Acesso em: 03 Abr. 2022.

CAPÍTULO 26

A PSICOPATIA E O DIREITO PENAL: AS DIVERGÊNCIAS QUANTO À IMPUTABILIDADE E A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL AO INDIVÍDUO NO BRASIL

*PSYCHOPATHY AND CRIMINAL LAW: THE DIVERGENCES REGARDING
IMPUTABILITY AND THE APPLICATION OF THE CRIMINAL SANCTION
TO THE INDIVIDUAL IN BRAZIL*

Késsia Raposo de Oliveira¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O crescimento de crimes hediondos no Brasil tem sido um problema que vem promovendo muitas discussões ao longo dos anos. Isso ocorre, pois no Ordenamento Jurídico Brasileiro, não existem leis específicas para crimes cometidos por pessoas diagnosticadas com transtorno de personalidade antissocial. O objetivo desta pesquisa é para demonstrar os reais motivos que levam os psicopatas cometerem crimes tão cruéis, sem nenhum remorso ou arrependimento e como o ordenamento jurídico vem se portando ao que se referem esses determinados crimes. Como metodologia, realizou-se uma revisão bibliográfica por meio de livros, revistas etc. Constatou-se com a pesquisa que o psicopata é um indivíduo que vai contra as normalizações na sociedade, como deveres éticos e morais, agindo apenas pelo motivo e vontade, o que faz com que eles tenham impulso para fazer todas suas vontades. Observou-se que a criminologia clínica é uma ciência que usa de métodos para realiza exames, testes psicológicos e perícias, com o objetivo de elucidar as condições psicológicas dos criminosos e a personalidade criminosa. A junção da Criminologia e o Direito Penal permitem um leque de criação de política e decisões cada vez mais eficaz para um controle maior a prevenção da criminalidade. Verificou-se que, quando o agente tem capacidade psíquica que lhe permitia ter consciência e vontade dentro do que se determina autodeterminação, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta de adequar esse modo à sua compreensão, essa capacidade psíquica denomina-se a imputabilidade. No ordenamento jurídico brasileiro, os artigos 26, 27, 28 do Código Penal, determinam que seja excludente de culpabilidade, o agente é inimputável, se existe transtorno de personalidade dissocial ou antissocial. Portanto, observa-se a necessidade do debate a respeito deste tema, tendo em vista a sua relevância, bem como a criação de leis mais específicas para o tratamento desta problemática.

Palavras-chave: Direito Penal. Psicopatia. Imputabilidade.

Abstract

The growth of heinous crimes in Brazil has been a problem that has been promoting many discussions over the years. This is due to the fact that, in the Brazilian Legal System, there are no specific laws for crimes committed by psychopaths. The objective of this research was to demonstrate the real reasons that lead the psychopath to commit such cruel crimes, without any remorse or regret and how the legal system has been dealing with these crimes. As a methodology, a literature review was carried out. It was found with the research that the psychopath is an individual who goes against the normalizations in society, such as ethical and moral duties, acting only for the reason and will, which makes them have the impulse to do all their wills. It was observed that clinical criminology is a science that uses methods to perform examinations, psychological tests and expertise, with the aim of elucidating the psychological conditions of criminals and the criminal personality. The junction of Criminology and Criminal Law, allows a range of policy creation and increasingly effective decisions for greater control and prevention of crime. It was found that, when the agent has psychic capacity that allowed him to have conscience and will within what is determined self-determination, given his psychic conditions, the unlawfulness of his conduct to adapt this behavior to his understanding, this psychic capacity is called the imputability. In the Brazilian legal system, articles 26, 27, 28 of the Penal Code, determine that they are exclusive of culpability, the agent is unimputable, if there is dissocial or antisocial personality disorder. Therefore, there is a need for debate on this topic, in view of its relevance, as well as the creation of more specific laws for the treatment of this problem.

Keywords: Criminal Law. Psychopathy. Imputability.



1. INTRODUÇÃO

O crescimento de crimes bárbaros no Brasil tem sido algo que vem promovendo muitas discussões ao longo dos anos. Isso acontece, pois no ordenamento jurídico brasileiro diferente de outros países, não existe lei específica quanto á crimes cometidos por portadores da psicopatia, surgindo pensamentos diversos a respeito da forma de punir os portadores desse transtorno de personalidade dissocial.

Neste artigo científico, no primeiro momento foi abordado as partes conceituais da Psicopatia, foram apresentadas as principais características do perfil de um agente considerado psicopata, um breve estudo sobre a classificação do exame e sua exposição das classes de sinais e sintomas, com o objetivo de demonstrar os reais motivos que levam o psicopata cometer crimes tão cruéis, sem nenhum remorso ou arrependimento e como o ordenamento jurídico vem portando com esses crimes.

No segundo momento foi explorado o Direito Penal e suas disciplinas complementares, visando o conceito de crime, abordando a criminologia legal e medicina legal, abrangendo diversos entendimentos a cerca dessa temática. Em seguida foi aludido o meio de punição dos indivíduos considerados portadores da psicopatia à luz do Direito Penal Brasileiro, no qual vem sendo discutido qual medida punitiva adequada a serem utilizados a respeito dos psicopatas graves e também sobre o retorno à sociedade dos mesmos sem o tratamento devido. É sabido que os portadores desse transtorno de personalidade são desprovidos de interação afetiva na sociedade, e por essa ótica, estes agentes necessitam de um diagnóstico e um tratamento jurídico unísono.

Por fim, sucedeu-se a respeito das divergências quanto à imputabilidade e sobre a sanção penal utilizada aos psicopatas. Levando em consideração que a semi-imputabilidade, imputabilidade e inimputabilidade quando utilizados como ferramentas de análise a pessoas com transtorno de personalidade antissocial, é levantado diversos questionamento, tendo em vista o que o ordenamento jurídico não visa de forma especifica Com base no artigo 26 do Código Penal Brasileiro analisamos essas tipicidades, como as medidas de segurança a respeito da realocação desses agentes portadores de transtornos de personalidade na sociedade.

2. PSICOPATIA: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A expressão "psicopata" tem origem do grego, formadas por duas palavras *Psykhé* que significa "mente" e pela palavra *Phatos* que significa "sofrimento". Segundo o entendimento da tradução, é entendido que o psicopata é um indivíduo que sofre de doença mental. Portando a Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde (OMS), o psicopata não é considerado um portador de doença e sim de um transtorno de personalidade que tem como atributos o desprezo em relação a obrigações sociais, tendo desvio de comportamento sem motivos adversos. Descrito no CID-10 (transtorno de personalidade) categoricamente no F60.2 (personalidade dissocial), Laurenti (1991, p.408)

F60. 2 Personalidade dissocial: Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade.

Baseado no pensamento de J. Alves Garcia (1985):

Chamamos personalidades psicopáticas a certos indivíduos que, embora apresentem um certo padrão intelectual, algumas vezes até elevados, exibem através de sua vida distúrbios da conduta, de natureza antissocial ou que colidem com as normas éticas, e que não são influenciáveis pelas medidas médicas e educacionais ou insignificamente modificáveis pelos meios curativos e corretivos (GARCIA, 1985, p. 199).

Apesar do conceito de psicopatia seja incerto, nos últimos anos vem sendo abordado por alguns estudiosos como um desvio relativamente à normalidade enquanto outros já defendem a tese de que não pode ser considerada uma doença, logo que as pessoas portadoras de doenças mentais enfrentam perda de controle emocional e mental, consequentemente tendo alucinações ou sentimento de culpa, diferente do psicopata que não sente culpa, não sofre com alucinações e não demonstra afeto por outras pessoas.

Para Hervey Cleckley (1976, p. 90) o psicopata é caracterizado como:

O psicopata demonstra a mais absoluta indiferença diante dos valores sociais e é incapaz de compreender qualquer assunto relacionado a esses valores. Não é capaz de se interessar minimamente por questões abordadas pela literatura ou pela arte, tais como tragédia, a alegria ou o esforço da humanidade em progredir. Também não cuida dessas questões na vida diária. A beleza, a feiura, exceto em um nível bem superficial, a bondade, a maldade, o amor, o horror e o humor não têm um sentido real, não constitui nenhuma motivação para ele. Também é incapaz de apreciar o que motiva as outras pessoas. É como se fosse cego às cores, apesar da sua aguda inteligência para os aspectos da existência humana.

Conforme o entendimento de Harvey Cleckley (1976) o psicopata é um indivíduo que vai contra as normalizações na sociedade, como deveres éticos e morais.

O indivíduo que não sofre de transtorno age pela razão, vontade e sentimento. Já o psicopata age apenas pelo motivo e vontade, o que faz com que eles tenham impulso para fazer todas suas vontades. Dessa forma, entendendo que a "Psicopatia não pode ser considerada doença mental" (LANA et al., 2012, p. 01).

O psicopata é certo, lógico e consciente sobre suas decisões e suas ações, e sua conduta é apenas resultado de suas escolhas (HARE, 2013, p. 38).

Não são todos que sofrem de transtornos de personalidade são considerados as-



sassinos, existe uma grande parte de psicopatas que estão em todos os lugares, sendo pessoas de influência, adentrados em empresas de grande porte ou até mesmo sendo um político. Para a medicina, o indivíduo que porta esse transtorno apresenta características comuns como mentiras, insensibilidade, alta capacidade de manipulação, desprovido de sensibilidade, empatia ou sentimento de arrependimento. Quando há crimes bárbaros, é o resultado do indivíduo com o perfil mais grave.

Segundo o Jornal da USP, cerca de 1% a 2% da população mundial é considerada psicopata. Desse modo, entende-se que dentro de uma sala com 100 pessoas, pelo menos uma delas tem transtorno de personalidade. Apesar de parecer ser algo extremamente assustador, não significa que todas as pessoas diagnosticadas como psicopatia são criminosos, assassinos. De acordo com trabalhos acadêmicos alguns sequer apresentam sintomas graves da doença e passam ao longo da vida sem receber o diagnóstico.

Daynes e Fellowes (2012, p.14) mencionam que:

Pode ser que você não perceba isso; na realidade, é bem possível que não perceba. Os psicopatas não costumam andar por aí com uma faca ensanguentada em uma das mãos e uma cabeça decepada na outra. Eles são muito – mas muito – mais sutis. O psicopata na sua vida pode ser o seu chefe, seu filho adolescente, seu namorado, seu médico, seu amante ou o desconhecido com quem você marcou um encontro.

Existe uma grande importância para a realização de uma avaliação com o intuito de descobrir a tipicidade do transtorno de personalidade, com o objetivo de conhecer a história de vida do indivíduo, conhecendo também suas condutas ao longo de sua vida dentro da sociedade. Um teste com eficaz para não haver diagnósticos equivocados, e evitando a distorção e problemas sociais posteriormente.

Para Regly (2015, p. 32), “o psicopata diferencia-se dos outros criminosos por não ser capaz de aprender com punições e experiências, ou seja, o criminoso psicopata não entende a punição como correção ou disciplina”. Observa-se então o problema diante dessa temática a luz do Direito Penal Brasileiro.

Portanto, ainda que esse transtorno de personalidade manifeste-se em uma pequena fração da população mundial, esse pequeno grupo tem o poder de deixar um grande rastro de destruição na sociedade. É de grande necessidade encontrar métodos para ser analisadas a culpabilidade do indivíduo, e desenvolver a sanção punitiva adequada.

3. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

Quanto ao comportamento mente humano sempre foi matéria de análise de variados áreas de estudos. Desde os primórdios até os dias atuais, muito foi pesquisado e desvendado quanto a essa temática. A criminologia legal estuda a conduta humana, traz o conhecimento e crescimento de diversos ramos de estudo como Psicologia, psiquiatria entre outras áreas de conhecimento.

O termo criminologia deriva do latim *crimino* e do grego *logos*, ou seja, “estudo dos crimes”. É área que estuda a observância, percepções, devido à comunicação interdisciplinar de outras áreas de conhecimento. “A criminologia é o estudo experimental do fenômeno do crime, para pesquisar- lhe a etiologia e tentar sua debelação por meios preventivos”. “Em sentido lato, a Criminologia vem a ser a pesquisa científica do fenômeno criminal, das suas causas e características, da sua prevenção e do controle de sua incidência” (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p.33).

Para este trabalho de conclusão de curso adotamos o conceito de criminologia a partir do pensamento de Fernandes e Fernandes (2002, p.27) “Criminologia é a ciência que estuda o fenômeno criminal, a vítima, as determinadas exógenas e endógenas, que isolada ou cumulativamente atuam sobre a pessoa e a conduta do delinquente e os meios reitegram- se ao grupamento social. ”

3.1 Criminologia Clínica

A criminologia clinica é uma ciência que usa de métodos para realiza exames, testes psicológicos e pericias, com o objetivo de elucidar as condições psicológicas dos criminosos e a personalidade criminosa. Em busca de explicar o comportamento o indivíduo e desenvolver táticas para interceder junto aos criminosos com o intuito de auxiliar o magistrado em relação à sentença e na aplicação da sanção penal adequada.

Segundo Boaventura (2018, p.22)

Criminologia clínica é uma ciência interdisciplinar que visa analisar o comportamento criminoso e estudar estratégias de intervenção junto ao encarcerado, às pessoas envolvidas com ele e com a execução de sua pena. Busca conhecer o encarcerado como pessoa, conhecer as aspirações e as verdadeiras motivações de sua conduta criminosa.

Segundo Duarte (2018, p.40)

A Criminologia Clínica é a ciência que, valendo-se dos conceitos, princípios e métodos de investigação médico-psicológico (e sócio familiares), ocupa-se do indivíduo condenado, para nele investigar a dinâmica de sua perspectiva de desdobramentos futuros (prognóstico) para, assim, propor estratégias de intervenção, com vista à superação ou contenção de uma possível tendência criminal e a evitar a reincidência (tratamento).

Todos os tipos de personalidade agem de forma diferente, pois existem percepções diferentes. Saber compreender cada personalidade desenvolve uma facilidade ao buscar controle de cada ocorrência de crimes, além de uma boa educação, diminuindo as incidências criminais. Dessa maneira a criminologia clínica juntamente com a psiquiatria busca a ressocialização do indivíduo e se preocupam com a incidência do crime.

Segundo Fernandes (2012, p. 22) “a criminologia também cuida do tratamento dos delinquentes portadores de moléstias psicológicas, para que, assim, os mesmos não vol-



tem a delinquir”.

Nas palavras de Ayush Morad Amar (1987, p. 31) “Clínica” suscita enfermidade, sem sentido médico, mas é muito diferente do conceito se destina ao crime, podendo levar o estudioso a confundir enfermidade e crime, de modo que propõe, sempre que possível, a supressão da pretensiosa e equivocada denominação “criminologia clínica”.

Amar (1987, p.31) expõe seu pensamento, pois embora a Criminologia Clínica deixe entender que é um lugar, local usado para recuperação de enfermos, não é este o sentido que leva o verdadeiro significado dessa expressão, mas aquilo que está desorientado na sociedade, como se houvesse sido contaminado e se não for tratada da maneira correta evitar contaminar outrem.

Na percepção de Sá (2005) alega uma Criminologia Clínica a partir de uma crítica. Aborda como objetivo não somente reconhecer o indivíduo enquanto ser, mas sim catar sua história de vida e o seu nível de envolvimento marginalização social e psíquica que o fragiliza dentro do sistema penitenciário brasileiro e se deixando levar pelo mesmo.

Diante do exposto, a Criminologia Clínica tem como objetivo entender o comportamento do indivíduo submetido ao cárcere, conhecê-lo como pessoa e quais foram seus reais motivos para se envolver no mundo do crime, as razões pelo quais levaram a criminalidade, que por meios de exames, perícias e testes psicológicos, tornar possíveis estratégias mais eficazes tornando o indivíduo reintegrante da sociedade, sendo ressocializado, deixando de ser um enfermo, e tornando alguém saudável para conviver novamente na sociedade.

3.2 Criminologia e o direito das penas

Apesar de antônimos, os dois estão interligados e se complementam. Apesar de estarem em disciplinas opostas. Enquanto o Direito das Penas é uma ciência que estuda o sistema de normas jurídicas que regulam o poder de punir do Estado, uma ciência que tem o crime como o fator principal para se sustentar, a Criminologia é a ciência que estuda a causa que leva o indivíduo a cometer crimes ou a motivação de se envolver na criminalidade, e tem como fator principal o social, procurando métodos eficazes de prevenção.

Para Fernandes e Fernandes (2002, p. 32):

Sendo ciência normativa, valorativa e finalista, o Direito Penal é fundamentalmente abstrato, preocupando-se tão somente com a coibição do delito como fenômeno individual ou coletivo, nenhuma contribuição ofertando no campo da prevenção criminal. De fato, diante do delito como fenômeno social, o Direito Penal, repressivo que é, exaure suas possibilidades para alcançar uma solução satisfatória para o problema criminal. Para o direito penal, tudo se finda com a aplicação e execução da pena. Ele não vai além. Ditada a pena e providenciada sua execução, não mais interessa ao direito penal o homem que delinuiu, salvo se reincidir.

Observa-se que a junção das duas ciências, Criminologia e o Direito Penal, permite um leque de criação de política e decisões cada vez mais eficaz para um controle maior a prevenção da criminalidade. Quanto a Medicina Legal remete a tempos imemoriais, quando houve dependência de conhecimento na sociedade, ela diagnostica o tipo de transtorno que o indivíduo sofre.

Na percepção de Odon Ramos Maranhão (2000, p. 347):

A medicina legal tem grande influência na hora da aplicação de uma sentença e depois dela, pois é ela que diz ao Juiz se o agente possui ou não a personalidade psicótica e, também, é ela quem informa, através de seus laudos periciais, se o agente está tendo alguma reação positiva ao tratamento ambulatorial ou ao internamento aplicado como medida de segurança, um exemplo existente é a CID 10, pois é ela quem classifica o tipo de transtorno mental e comportamentos.

Entende-se que a Medicina Legal investiga os fatores causadores que fazem o indivíduo ao óbito, e se o delito cometido contra ele foi realizado com nível de violência, pois Maranhão (2002, p.16), "através de um técnico que se realiza o exame mental". Para Souza Lima, "é uma ciência de aplicação de importância, porém, se impõe pela especialidade do fim a que se destina, como pela complexidade dos meios, pela extensão dos conhecimentos que exigem, e que constituem esses meios de alcançar aquele fim."

Duarte (2018, p.22) aduzia:

A especialização do perito não é por isso menos necessária, porque sua função exige justamente que adquira determinados conhecimentos e os saiba empregar na prática forense. Seu exercício é comparável ao do clínico, só possível após a aquisição global das ciências médicas. Apenas o círculo é mais dilatado, porque já o termo medicina é estreito para as preocupações da Medicina Legal. As ciências físicas e naturais, as ciências sociais já lhe emprestam suas noções e seus métodos.

A medicina Legal tem como objetivo é em primeira mão garantir os direitos do cidadão, e essa área de conhecimento tem como fundamentos: perícias cíveis, auditorias, essenciais para efeitos jurídicos. Como é uma das ciências mais antigas, é um tanto respeitada. Nascida em 1507 na Alemanha, determinam a medicina legal como ciência capacitada para oferecer provas de natureza médica para auxiliar a área do Direito. Dessa maneira, tem responsabilidades éticas e legais que se difere de outros médicos. Seu objetivo tem como característica a excelência, justiça, imparcialidade, totalmente técnico.

4. A APLICABILIDADE E A DIREITOS E GARANTIAS DOS ENCARCERADOS

O indivíduo considerado psicopata é traiçoeiro, enquanto estiver entre limite da loucura e da sanidade. Junta características afetivas e comportamentais, antissociais e impetuosos, no qual tornam reincidentes. O portador da psicopatia aparece associado diretamente com o sistema penitenciário, a justiça e ao que atua penalístico evidenciando, a



partir da evolução do estudo da criminalidade, crime e criminoso.

Quando um bem tutelado por lei é lesado, existem fatores típicos e antijurídicos que demonstra a conduta do indivíduo. Para Greco (GRECO, 2008, p.89), “juízo de censura, de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”.

Na percepção de Mirabete (2001), o agente tem capacidade psíquica que lhe permitia ter consciência e vontade dentro do que se determina autodeterminação, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta de adequar essa conduta à sua compreensão, essa capacidade psíquica denomina-se a imputabilidade.

É importante ressaltar os artigos 26, 27, 28 §1º, 21, 20, §1º, 22 primeira e segunda parte todos do Código Penal, são excludentes de culpabilidade, o agente é inimputável, se existe transtorno de personalidade dissocial ou antissocial.

4.1 Culpabilidade

Com base na análise conceitual do crime, este deve ser considerado como toda omissão ou ação do indivíduo, previamente descrita na lei pela e concomitantemente típica, sendo culpável e antijurídica. Neste contexto de estrutura criminal, o crime apresenta-se como objetivo ou subjetivo. A antijuridicidade e a tipicidade compõem a parte objetiva, podendo-se inferir a ocorrência de um delito somente se essas duas variáveis fizerem-se presentes (BOAVENTURA, 2018).

No entanto, apenas o componente objetivo não é o suficiente para responsabilizar penalmente o sujeito. Para que isso ocorra, é necessária a participação do elemento subjetivo. Dessa forma, antes de levar em consideração a culpabilidade, faz-se necessário determinar a imputabilidade do agente (MOREIRA; CORRÊA, 2021).

O elemento subjetivo do crime forma-se a partir da junção de dois fatores: culpabilidade e imputabilidade. A culpabilidade pode ser definida então como a possibilidade de declarar um sujeito culpado por determinado crime.

Para Pieri e Vasconcelos (2018), a culpabilidade pode ser conceituada como um juízo de reprovação e censurabilidade, realizado sobre o indivíduo que praticou o ato ilícito e típico. Mencionam ainda que a culpabilidade é também o juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal. Assim a culpabilidade é de grande importância para a configuração da relação entre o fato lesivo e o seu autor, de modo a atribuir ou não a conduta de juízo de reprovabilidade. Portanto, não pode-se falar em pena sem culpabilidade, ou seja, *nulla poena sine culpa*.

A culpabilidade é um dos elementos do ordenamento jurídico, no âmbito de crime. Esse elemento deve haver atenção especial, pois é nele que existem partes determinantes para a temática disposta nesse trabalho. A culpabilidade pode ser interpretada como parte de reprovação pessoal.

Para Luiz Regis Prado (2007, p. 408):

A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Portanto não há que se falar de culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, apesar da existência de ação típica e ilícita inculpável. No entanto devem ser levados em consideração os elementos objetivos e subjetivos das condutas realizadas e também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria.

O defensor da teoria bipartida justifica seu posicionamento em relação ao crime considerando um fator típico e antijurídico, mas ao se referir as causas de exclusões da culpabilidade, ele dita apenas à isenção penal.

Segundo Nucci (2014, p.459):

A censura recai não somente sobre o autor do fato típico e antijurídico, mas igualmente sobre o fato. A reprovação é inerente ao que foi feito e a quem fez. Este, por sua vez, deverá ser censurado somente se for imputável, tiver atuado com consciência potencial da ilicitude e com exigibilidade e possibilidade de atuação conforme as regras impostas pelo Direito. Em outras palavras, há roubos (fatos) mais reprováveis que outros, bem como autores (agentes) mais censuráveis que outros.

Dessa forma, a entidade deve ser uma base e um limite da pena, e integrante da concepção de crime, de maneira que são base e aplicação

4.1.1 Imputabilidade

Analisando de modo inverso, a partir da inimputabilidade presente no caput do artigo 26 do Código Penal, pode-se afirmar que o agente imputável é aquele que, durante a ação ou omissão, é totalmente capaz de entender o caráter ilícito do ato e determinar-se de acordo com esse entendimento (DUARTE, 2018).

Para que o agente seja responsabilizado, é necessário que ele seja imputável. Nas palavras de Freitas (2020, p. 31), a imputabilidade equivale à “possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção”. Dessa forma, o imputável é o indivíduo mentalmente sadio e que entende o que faz. Enquanto esta representa uma pré-condição para a apreciação da culpabilidade do sujeito, aquela ocorrerá somente, quando imputável o agente, vier a ser julgado como culpado (FREITAS, 2020, p. 31).

Compreende-se por responsabilidade penal a obrigação de encarar juridicamente as consequências de um ato criminoso ou de uma contravenção penal. Por meio da prática de um ato ilícito, caso considerado culpado pelo judiciário, o réu receberá a sanção penal adequada pela prática realizada, tornando-se, portanto, um agente responsável (VIANA, 2021, p. 31). Deste modo, o conceito de imputabilidade está associado diretamente à responsabilidade. No que se refere à ponderação da imputabilidade do agente infrator, deve-se apreciá-la de modo retroativo, logo, analisando a condição mental do indivíduo

no momento em que o ato ilícito foi praticado (VIANA, 2021, p. 31).

A fim de avaliar a imputabilidade do agente, devem ser levados em consideração três critérios, sendo eles: o biológico, o psicológico e o biopsicológico. O Biológico é o critério retratado pela doença mental, desenvolvimento mental incompleto, retardado perturbação da saúde. Esse critério condiciona a responsabilidade à saúde mental do sujeito, ou seja, à normalidade da mente. O critério psicológico, por sua vez, não coloca em questionamento a existência de alguma anormalidade ou perturbação mental, mas se, ao tempo do crime, o indivíduo não possuía a capacidade de avaliar a criminalidade do fato e de determinar-se conforme essa avaliação. No que se refere ao critério biopsicológico, adotado pelo sistema prisional brasileiro, diz respeito à junção dos fatores anteriores (NUNES, 2019, p. 21).

4.1.2 Inimputabilidade

O Código Penal Brasileiro, conforme a redação do artigo 26, adota o critério biopsicológico, como se vê (BRASIL, 1940):

Artigo 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Verifica-se que o caput desse artigo apresenta as causas que excluem a imputabilidade do agente, sendo elas a doença mental e o desenvolvimento mental retardado ou incompleto. Consequentemente, essas causas acarretam na isenção da pena do sujeito, que então, será considerado inimputável (NUNES, 2019, p. 21). É importante destacar que somente a existência de uma doença mental ou o desenvolvimento incompleto ou retardado do indivíduo não excluirá a sua imputabilidade. Ela somente será excluída se essas condições mentais atuarem no momento da prática ilícita, ou seja, da conduta do agente, impossibilitando-o de compreender a ilicitude do ato (NUNES, 2019, p. 21).

4.1.3 Semi-imputabilidade

Segundo Viana (2021, p.31), o semi-imputavel apresenta as seguintes características:

A perda de parte da capacidade de entendimento e autodeterminação, em razão de doença mental ou de desenvolvimento incompleto ou retardado. Alcança os indivíduos em que as perturbações psíquicas tornam menor o poder de autodeterminação e mais fraca a resistência interior em relação à prática

do crime. Na verdade, o agente é imputável e responsável por ter alguma noção do que faz, mas sua responsabilidade é reduzida em virtude de ter agido com culpabilidade diminuída em consequência das suas condições.

Frente ao exposto, o agente que, no momento do ato, não era totalmente capaz de compreender o caráter ilícito deste e de determina-se conforme tal compreensão pode ter a sua pena reduzida em até dois terços. Dessa maneira, o réu que pratica um fato típico, culpável e lícito, enquadrando-se no estabelecido pelo parágrafo supracitado, será condenado. No então, a pena será parcial, o que implicará na diminuição da imputabilidade (DUARTE, 2018, 22).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que a psicopatia deve ser tratada com um problema que traz consigo uma grande desvantagem à sociedade, por meio de ações devastadoras. Os psicopatas são indivíduos incapazes de experimentar qualquer emoção ou sentimento por outro indivíduo, de forma genuína. Eles fazem de tudo para alcançar seus objetivos, utilizando sempre uma boa lábia e atitudes manipuladoras.

Devido ao fato que é extremamente difícil identificar um psicopata, as vítimas estão sempre vulneráveis a esses tipos de ataques. Mesmo que esses indivíduos apresentem um perfil comportamental de difícil compreensão pela sociedade, eles não devem ser taxados como loucos ou doentes mentais, tendo em vista que possuem consciência das suas atitudes.

Conclui-se com esta pesquisa que pessoas com doenças mentais são consideradas inimputáveis, e os psicopatas sendo considerados semi-imputáveis ou imputáveis, pois, com a evolução da Medicina e da Psiquiatria, eles foram classificados e segregados daqueles que possuem doenças mentais. A culpabilidade do indivíduo psicopata é tratada pelo Código Penal Brasileiro, considerando como elementos integralizantes: o fator biológico, o psicológico e o biopsicológico

Portanto, além de alarmante o número de crimes cometidos no Brasil por psicopatas, ainda existe uma grande estrada pela frente, a fim de encontrar um meio de adequar essas pessoas em algum lugar, assim como o país não está preparado para enfrentar situações como esta, pois além da falta de amparo no ordenamento jurídico, este problema também enfrenta o descaso da saúde pública mental.

Referências

AMAR, Ayush Morad. Criminologia. São Paulo: Resenha Tributária, 1987.

BOAVENTURA, Isabella Alves. **PSICOPATIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**. 2018.

CLECKLEY, H. **Máscara da Sanidade**. São Paulo: Livraria do advogado, 1976



- DUARTE, Thallyta Lorrane da Costa. **PSICOPATIA E DIREITO PENAL: uma interrelação**. 2018.
- FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- FILHO, Nestor Sampaio Penteado. Manual Esquemático de Criminologia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FREITAS, Thiago Iserhard de. **Psicopatia no direito penal: uma análise sobre a inimputabilidade do agente**. 2020.
- HARE, Robert D. **Sem Consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013.
- LANA, Gustavo et al. A persecução penal do psicopata. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. V. 1, n. 3, 2012. Acesso em 15 mai. 2021.
- MARANHÃO, R. O. **Curso básico de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MOREIRA, Danielle de Andrade; CORRÊA, Fabricio da Mata. **Psicopatia e direito penal: A situação do psicopata no ordenamento jurídico Brasileiro**. 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 10. ed. **rev., atual. e ampl.** Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 237 e p. 242.
- NUNES, Rafaela Pacheco et al. A psicopatia no Direito Penal Brasileiro: respostas judiciais, proteção da sociedade e tratamento adequado aos psicopatas—uma análise interdisciplinar. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, v. 11, n. 1, p. 173-193, 2019.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Internacional de Doenças (CID-10)**. Trad. Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em Português. 9. Ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.
- PEIXOTO A. **Medicina legal**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves; 1938.
- PIERI, Rhannelle Silva; VASCONCELOS, Priscila Elise Alves. A ANÁLISE DA PSICOPATIA PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO E O POSSÍVEL RISCO À SOCIEDADE. **REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA**, v. 5, n. 7, 2018.
- Portal Educação. Aspectos da Criminologia Clínica. Disponível em: <http://www.portaleducacao.com.br/educacao/artigos/38943/aspectos-da-criminologia-clinica>. Data de acesso: 07 mai. 2022.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9º ed. São Paulo; Editora: Revista dos Tribunais, 2010.
- RODRIGUES, Lorrann Parreira; FERREIRA, Gabriela Bastos Machado. A Psicopatia à luz do Direito Penal. **Revista Científica da Faculdade Quirinópolis**, v. 1, n. 11, p. 356-372, 2021.
- SÁ, Alvinho Augusto de. Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário. Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/reint_social/apresentacao/sugestao_esboco.doc. Data de acesso: 07 mai. 2022.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014
- Souza Lima AJ. Tratado de medicina legal. Rio de Janeiro: Grande Livraria Leite Ribeiro; 1923.
- VIANA, Ana Sthefany Saldanha. PSICOPATAS E DIREITO PENAL: O PODER DE PERSUASÃO DE UM PSICOPATA E SUA PUNIBILIDADE NO ATUAL SISTEMA PENAL BRASILEIRO. COMO O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO ATUA FRENTE A UMA MENTE CALCULISTA?. **Encontro de Iniciação à Pesquisa Jurídica**, v. 4, n. 1, 2021.

CAPÍTULO 27

CLÁUSULAS PÉTREAS E OS DILEMAS DA MAIORIDADE PENAL

*SUPREMACY CLAUSES AND THE DILEMMAS OF THE MAJORITY OF
CRIMINAL*

Jairon Sabóia de Souza¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O presente trabalho, versa sobre as Cláusulas Pétreas e os dilemas da Maioridade Penal, fazendo uma incursão histórica sobre possíveis supressões/alterações de direitos e garantias fundamentais previstos em Carta Cidadã de 1988, mormente no que se refere às Cláusulas pétreas, nela contidas. Há que se deixar claro que o termo “supressão” na forma como foi empregado ao longo do presente projeto científico, traz a ideia de se “impedir que desapareça, fazer sumir da norma”, como apresentado de forma sinônima àquele vocábulo comumente usado em nosso dia a dia.

Palavras chave: Cláusulas Pétreas. Maioridade Penal. Direitos e Garantias fundamentais. Dilemas Contra majoritários.

Abstract

The present work deals with the Supremacy Clauses and the dilemmas of Criminal Majority, making a historical incursion on possible suppressions/alterations of fundamental rights and guarantees provided for in the Citizen’s Charter of 1988, especially with regard to the Supremacy Clauses, contained therein. It should be made clear that the term “suppression” in the way it was used throughout this scientific project brings the idea of “preventing the norm from appearing, making it disappear”, as presented synonymously with that word commonly used in our country. day by day.

Keywords: Supremacy Clauses. Criminal majority. Fundamental rights and guarantees. Dilemmas Against Majorities.

1. INTRODUÇÃO

Quando estudamos a história das constituições brasileiras percebemos que as cláusulas pétreas não surgiram com o advento da Constituição de 1988. As Constituições brasileiras anteriores a de 1988 já traziam em seu bojo matérias intangíveis. Importante frisar que é essa intangibilidade concebida pelo véu de uma regra de limitação material à reforma constitucional imposta pelo constituinte originário ao derivado que qualifica as cláusulas pétreas. Em que pese as regras de limitação material constante em constituições anteriores, um importante destaque recai sobre o caráter restritivo das constituições, uma vez que ao pontuarem cláusulas pétreas, a ênfase recai somente sobre a impossibilidade de desconstruir o modelo federativo-republicano. Cumpre reverberar, que a Constituição de 1988 não se limitou àquilo que as demais constituições se limitaram, isto é, o caráter restritivo de cláusulas petrificadas, sendo, portanto, esta, a primeira constituição brasileira a prever direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas. Observe ainda que da leitura fria da letra da lei, ao mencionar direitos e garantias individuais, não posicionou-se o legislador originário sobre direitos e garantias fundamentais.

Sendo assim, questiona-se, se a idade penal limitadora de 18 anos, prevista no Artigo 228 da Constituição Federal de 1988 seria uma cláusula pétrea, por ser um direito individual dos menores de 18 anos. Tendo em conta os dilemas limitatórios da maioria penal, cumpre indagar: as cláusulas pétreas exercem implicações sobre o dilema da redução da maioria penal?

Na busca pela resposta, este trabalho procurou expor o dilema da maioria penal tendo em vista a possibilidade de ser o art. 228 da Constituição cláusula pétrea, por se tratar de um direito individual dos menores de 18 anos, explorando a distinção entre supressão e alteração das cláusulas pétreas bem como promover a análise sobre a possibilidade de ser o art. 228 da CF/88 uma cláusula pétrea.

2. CLÁUSULA PÉTREIA

Sobre o importante tema Cláusulas Pétreas, entende-se que são aquelas normas rígidas, sólidas, capazes de resistir, consideradas essenciais pelo legislador. É aquela norma que não podem ceder, mesmo quando trata-se de situações de insegurança, instabilidade. Importante consideração recairá sobre a distinção conceitual entre direitos fundamentais e cláusulas pétreas, pois nota-se, embora preliminarmente, que ao abordar direitos fundamentais, os doutrinadores pontuam que a noção de direitos essenciais (fundamentais) não se pode confundir com o conceito de cláusulas pétreas. Outrossim, embora tênue, tais definições merecem olhar arguto do leitor para distinguir em que pese gênero e espécie. Na realidade, Cláusulas pétreas se constituem gênero da qual direitos fundamentais se apresentam como espécies daquelas. Destarte, é sabido que tanto a expressão, quanto o conceito de cláusulas pétreas se propague com maior amplitude de entendimento do que o conceito de direitos fundamentais, eles poderiam identificar-se na hipótese única de similitudes, isto é, seriam cláusulas pétreas só os direitos fundamentais. Porém, nota-se que não é este o entendimento prevalecente em nossa magna carta de direitos, não na

carta política vigente. Nesta senda, importante destaque recai sobre a ênfase que o poder constituinte originário deu em destacar de forma explícita quais seriam as cláusulas pétreas. Tal, enumeração taxativa/definidora se perpetuou através do tempo, não precisando explicitamente destacar e, portanto, contemplar no seu rol os direitos fundamentais, a exemplo do que se fizera com as cláusulas pétreas.

Isto posto, notável esclarecimento é lembrar que nas Constituições pretéritas, em que pese as regras de limitação material constante em constituições anteriores, um importante destaque recai sobre o caráter restritivo das constituições, uma vez que ao pontuarem cláusulas pétreas, a ênfase recaía somente sobre a impossibilidade de desconstruir o modelo federativo-republicano, conforme constante nos seguintes artigos (art. 90, § 4º, da Constituição de 1891) - A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembleias dos Estados. § 4º. Têm-se ainda que não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado, conforme constante no Art. 178, § 5º, da Constituição de 1934.

Em outra esteira, completamente destoante das demais constituições, era a Constituição de 1824 que, não previa qualquer cláusula pétrea, porém estabeleceu enorme rigidez à época quando modificações do texto que versassem sobre os limites e atribuições dos Poderes Políticos, dos direitos políticos e individuais dos cidadãos, que foram considerados temas constitucionais, consoante dispôs o art. 178 fossem objeto de possível alteração. Porém na tentativa talvez de flexibilizar o que se fez considerado enormemente rígido, estatuiu em contraposição, que: "Tudo o que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias". Trata-se da conhecida forma semi-rígida ou semiflexível adotada pela Constituição de 1824, que a um só tempo, exigia enorme rigidez para o processo de modificação constitucional (nas hipóteses apontadas) e ao que nos parece era, digamos bem flexível quando se cuidasse do processo legislativo ordinário, mesmo que modificativo do texto constitucional.

Noutro giro, numa observância cuidadosa se percebe que se fez constar no Art. 217, § 6º da Constituição de 1946- A Constituição poderá ser emendada. § 6º - Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República. E ainda, lancemos brio ao Art. 50, § 1º da constituição de 1967 - A Constituição poderá ser emendada por proposta: § 1º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República. Foi com o advento da Constituição de 1891 que foi estabelecido no § 4º do art. 90, como cláusulas pétreas, isto é, objetos de não abolição "a forma republicana federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado". Nessa concatenação, cumpre reverberar, que a Constituição de 1988, surge como inovadora, pois não se limitou àquilo que as demais constituições se limitaram, isto é, o caráter restritivo de cláusulas petrificadas, sendo portanto esta, a primeira constituição brasileira a prever direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas. Segundo conteúdo normativo constante em nossa magna Carta Cidadã, são cláusulas pétreas tanto os direitos, quanto as garantias individuais. Os direitos sendo concebido como normas de conteúdo declaratório, enquanto que as garantias, de conteúdo assecuratório (NUNES JUNIOR, 2018). Cumpre portanto frisar que, os direitos e garantias individuais, enquanto cláusulas pétreas, não estão previstos apenas no artigo 5º da Constituição de 1988, e que o rol ali constante é tão somente exemplificativo, isso por questões de posicionamento topográfico, haja visto que direitos e garantias individuais são implícita e explicitamente encontrados espalhados ao longo de toda a constituição.

2.1 Origens

Quando temos como objeto de análise a história das constituições brasileiras, a partir dos modelos constitucionais adotados, a saber os modelos rígidos, semi rígidos ou flexíveis, percebemos que as cláusulas pétreas não surgiram com o advento da Constituição de 1988. Ademais disso, é importante destacar que constituições brasileiras anteriores à de 1988 já traziam em seu bojo matérias intangíveis. Importante ainda frisar que é essa intangibilidade concebida pelo véu de uma regra de limitação material à reforma constitucional imposta pelo constituinte originário ao derivado que qualifica as cláusulas pétreas. Tratando-se dessa regra de limitação material presente em constituições anteriores, saliente-se que as tais eram de caráter restritivo, abarcando somente federação e república, conforme consta nos seguintes artigos (art. 90, § 4º, da Constituição de 1891) A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembleias dos Estados. § 4º - Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado. Art. 178, § 5º, da Constituição de 1934. A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado. § 5º - Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa. Art. 217, § 6º da Constituição de 1946- A Constituição poderá ser emendada. § 6º - Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República. Art. 50, § 1º - A Constituição poderá ser emendada por proposta: § 1º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

De posse destes entendimentos constitucionais, desembocamos em uma seara bastante conflitante e que tem sido ponto de grandes controvérsias, mormente quando observada a idéia de alteração e supressão, posto que para grande parte dos doutrinadores o destaque recai sobre as regras de eficácia vertical, horizontal, somando-se ao fato de proteção daquilo que eles chamam de *núcleo duro do tipo*, isto é a parte inalterável.

2.2 Da distinção entre supressão e alteração das cláusulas pétreas

Quando o assunto é mutabilidade constitucional, é imperioso destacar que estaremos diante de um tema que nos levará a estabelecer marcos de cautela, deveras ponderações acerca de suas necessárias limitações, pois a que se pensar na estabilidade, segurança jurídica como também, aclarar que seja assegurada a supremacia constitucional. Portanto forçoso é destacar, que um dos mecanismos, digamos, de freios de segurança, está na própria carta cidadã, diga-se uma, de suas características de estabilidade, sendo, portanto, a rigidez constitucional, que se revela um importante instrumento limitatório. No que tange a estabilidade constitucional, nossa carta cidadã de 1988 pode ser considerada como super rígida, uma vez que a alteração de algumas normas depende de um processo legislativo diferenciado, isto é, um processo solene e dificultoso, sendo que alguns pontos, são inclusive considerados imutáveis (MORAES, 2005). Nesse contexto, é possível observar que, o poder constituinte reformador está sujeito a limitações, sendo importante ressaltar que, os pontos imutáveis mencionados pelo ilustre professor Alexandre de Moraes dizem respeito exatamente às cláusulas pétreas, que nos serão objetos de elucidação. Com a devida vênia, cumpre salientar que, as cláusulas pétreas são matérias que não podem ser



suprimidas da Constituição, embora há quem defenda que elas possam ser alteradas. Em que pese importante característica constitucional, o rigor escriturístico, ínsito em nossa carta política, não se incompatibiliza com eventuais mudanças. Para Zandonade (2001, p. 197) o que possibilita a rigidez constitucional é exatamente o fato de tal rigor estabelecer proteção à norma constitucional, que poderá ser alterada sim, porém, somente através de um meticuloso processo legislativo, mais amplo e sobretudo complexo daqueles que o são quando de possíveis alterações de normas infraconstitucionais. Nessa mesma linha de entendimento preleciona Mendes (2012), os limites não devem ser interpretados a ponto de ocasionar uma virtual impossibilidade de mudança. Diga-se, os limites não possuem o condão de impedir alterações, mas de preservar a identidade, nessa senda, trata-se de um erro conceber as mesmas, como cláusulas inalteráveis (NUNES JUNIOR, 2019).

Nessa concatenação, surge a premência de distinguir alteração de supressão, pois estas nos parece ser a elementar da discussão, isto é, requer de nós atenção específica e olhar arguto. Importante destaque recai sobre o entendimento de que Cartas cidadãs, ditas constituições rígidas, como se apresentam a portuguesa e a brasileira, fazem aguda diferenciação entre o poder constituinte originário e os poderes constituídos, até mesmo quando fazem abordagens sobre o poder de reforma, como é o caso das prerrogativas do legislativo. Ademais disso, convém colacionar que este poder de reforma reforçam a supremacia da Constituição, ao passo em que estabelece dificuldades quando o legislador ordinário se arvora em sentido antagônico do texto constitucional, tendo como pilar o controle de constitucionalidade.

Destarte, cumpre estacar que, para uma compreensão, o referencial semântico urge como requisito basilar para uma melhor interpretação. Isto posto, têm-se que uma interpretação de natureza gramatical convencional, ou seja, um escopo que consista em descobrir o alcance das expressões dentro de um procedimento específico, a saber, jurídico. Nesta senda, saliente-se que o poder constituinte, conforme entendimento doutrinário, é aquele possui o condão de estabelecer leis, por em vigor, criar ou mesmo constituir parâmetros jurídicos, mesmo quais sendo aquelas que para Hans Kelsen estará no topo da pirâmide, possuindo, portanto, valor constitucional. Observa-se nas entrelinhas dos pensamentos dos doutrinadores que o cuidado reside no entendimento cauteloso entre alteração e supressão, pois para eles, em alguns casos, alterar seria suprimir, posicionamento que é possuidor de grandes controvérsias. Dessa forma, nos parece preliminarmente que poder-se-ia haver alteração sem modificar a identidade, isto é, a tutela da cláusula, o núcleo duro do tipo. Nesse contexto que, as alterações podem ocorrer, é oportuno que se façam as devidas ressalvas, pois para Savigny a lei não deve ser noma estática.

Possíveis ressalvas, seriam aquelas em tais alterações cuidariam ser de caráter ampliativo, aqui nos referimos a tutela da norma, jamais sendo possível retroceder na direção de extinguir um direito ou mesmo a garantia, em que pese o ardor de compreensão de os direitos teriam conteúdos declaratórios e as garantias conteúdos assecuratórios. Nessa concatenação, briosa lição nos traz o ilustre professor Flávio Martins, quando diz ser importante salientar que, toda a alteração que caminha na direção de abolir os direitos e garantias tutelados pela norma, será concebida como supressão (NUNES JUNIOR, 2018). Ao que nos parece, possibilitar alterações constitucionais agudas, tendo como fundamentos inconformismos classistas e categorias sindicais, convulsões sociais, crises econômicas, e até mesmo políticas sociais ou administrativas que desagradem parcelas de segmentos da sociedade, não devem ser motivos que equacionem mutabilidade, mormente pela ordem jurídica vigente.

2.3 Da distinção entre direitos e garantias individuais e direitos e garantias fundamentais

É importante esclarecer, preliminarmente, ambos, pois a mudança na concepção de direito individual e fundamental não gera a mesma liberdade de alteração no direito individual. Importante lição preleciona os professores Gustavo Bregalda Neves e Kheyder Loyola ao tratar sobre direitos e garantias fundamentais, pois afirmam os ilustres professores que a doutrina vem se consolidando no sentido de esculpir os direitos humanos como sendo direitos mais ligados aos valores morais, éticos e axiológicos sobrepostos numa espécie de plano acima do direito positivado. Em outro cartesiano, os direitos fundamentais mais ligados ao ordenamento jurídico brasileiro, portanto direitos positivados na legislação. Para Canotilho, importante doutrinador português, não basta a positivação dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico, como também se faz necessário que os mesmos sejam reconhecidos pela sociedade, pois é ela a destinatária da norma. Assim temos que ao falar sobre direitos e garantias fundamentais entender suas divisões constantes em nossa Carta Política como direitos individuais, coletivos, sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos. Os direitos individuais referem-se a normas dirigidas diretamente ao cidadão e, juntamente com os direitos sociais, fazem parte da grande gama dos chamados direitos fundamentais. Enquanto os direitos individuais tratam de direitos fundamentais da primeira geração, os direitos sociais fazem parte da segunda geração, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 214-218). A CRFB/88 em inúmeras passagens trata dos direitos individuais de forma implícita e explícita. Dentre elas encontra-se o art. 228 que declara expressamente que são inimputáveis os menores de 18 anos.

3. LIMITES AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

O presente capítulo tem como escopo a intenção de aclarar os atos de decisão soberana do povo em detrimento de possíveis alterações, isto é, refletir sobre os limites que são atribuídos ao Poder Constituinte Reformador, uma vez que tem este o condão de atualizar as normas constitucionais e ainda alterá-las. Dito isto, pertinente vislumbre se faz num passeio pela análise do direito e seu nascedouro, pois ao mergulharmos nas lembranças históricas do direito, é plenamente possível afirmar que o direito surgiu para estabelecer adequação social, isto é, teve como nascedouro o momento em que as pessoas começaram a se organizar em sociedade, afinal viver em sociedade é essencial. Neste diapasão é oportuno salientar em que pese o conceito de limitações, destacam-se as conhecidas limitações temporais, circunstanciais, formais e materiais. Nesta senda, convém salientar que em limitações temporais, a doutrina majoritária se postula no sentido de que não há limitação temporal, embora exista divergências. Em outra esteira, ao abordar limitação circunstancial, tal, encontra previsão constitucional no § 1º do artigo 60 da CRFB/88, segundo o qual “a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”. Em aditivo às limitações, diz-se das limitações formais, aquelas limitações que contemplam a necessidade de participação do poder legislativo, este responsável pela criação das propostas de emendas constitucionais. Isto posto, fazendo inclusive menção que tais propostas só podem ser postuladas pelos legitimados constantes no artigo 60, incisos I, II e III de nossa magna carta cidadã, o qual, é imperativo destacar que, temos ali, um rol taxativo. Em última tela, temos a tão falada limitação material, onde tais limites são nomenclaturados de cláusulas pétreas.

Nesta concatenação estatui o artigo 60, § 4º, de nossa Magna Constituição vigente, pela possibilidade de que as matérias ali jazentes sejam passíveis, isto é, objeto de emenda ou que sejam ainda eventualmente alteradas, entretanto, respeitando o núcleo essencial do tipo. A vedação contida nesse dispositivo recai exatamente na proibição de proposta de emenda constitucional tendente a violar o núcleo dessas cláusulas pétreas ali petrificadas. Ademais disso, convém mencionar que o estado democrático de Direito é composto de normas, aquelas conhecidas como normas constitucionais, sendo que tais normas foram elaboradas, precipuamente, pelo Poder Constituinte Originário. Todavia, é inquestionável que a sociedade não é uma pedra imutável, e que navega constantemente pelas densas águas nos mares de agudas modificações, das mais variadas. Consequentemente o Direito, como tendo por escopo a adequação social, deve necessariamente avançar junto com a sociedade, possibilitando “digamos” as transições viáveis. Desta forma, temos que hodiernamente, aceita-se a concepção de Supremacia da Constituição - no entendimento kelsiano, aquela norma que está no topo da pirâmide - sendo portanto o pilar do ordenamento jurídico do Estado. Nesta senda é de plena aceitação do mundo jurídico e até de conhecimento geral, no Brasil, nenhuma norma poderá estar acima ou possuir mais força que aquela força constante na magna carta política de direitos, e portanto, observando como também respeitando a um super rígido padrão de hierarquia estabelecido, conforme visto em capítulos anteriores. É nessa concatenação de necessidades e viabilidades que o poder constituinte derivado busca atualizar (entenda-se adequar) as leis, diante das significativas transformações surgentes, estando atento e sensível aos anseios da coletividade, pois é o Poder Constituinte Derivado Reformador, mediante procedimento específico e com diversas limitações, legítimo representante dos interesses do povo, que se faz representar por meio desse poder.

3.1 Poder constituinte

Preliminarmente, nos parece de bom tom, ainda que de forma singela, fazer algumas esclarecimentos sobre a ideia de poder constituinte, assim temos que: é o poder que constitui e confecciona normas constitucionais, mandamentais ou proibitivas. É o poder constituinte de primeiro grau que detém poder de elaborar uma nova ordem constitucional, ou seja, de criar uma Constituição, quando o estado é novo, é também o responsável pela escolha e formalização do conteúdo das normas constitucionais. É o que se entende nas palavras do Ilustre Professor Canotilho: “O poder constituinte se revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”. Para o Ilustre Jurista, Genario Carnió o poder constituinte originário se “compara a um “Deus” enfatizando assim sua onipotência” (sobre los limites del lenguaje normativo, 2019, p.44). Isto posto, recebemos como cristalino o conceito de poder constituinte, pois é a real e legítima representação do poder soberano do povo, que o exerce por meio de seus representantes legais. Com efeito nos presenteou o renomado jurista Paulo Gonet, ao se posicionar sobre o assunto dizendo que são três as principais características do poder constituinte, quais sendo inicial, ilimitado e incondicionado. Com a palavra, Gilmar Mendes e Paulo Branco:

“É inicial, porque está na origem do ordenamento jurídico. É o ponto de começo do Direito. Por isso mesmo, o poder constituinte não pertence à ordem jurídica, não está regido por ela. Decorre daí a outra característica do poder constituinte originário – é ili-

mitado. Se ele não se inclui em nenhuma ordem jurídica, não será objeto de nenhuma ordem jurídica. O Direito anterior não o alcança nem limita a sua atividade. Pode decidir o que quiser. De igual sorte, não pode ser regido nas suas formas de expressão pelo Direito preexistente, daí se dizer incondicionado.

O caráter ilimitado, porém, deve ser entendido em termos. Diz respeito à liberdade do poder constituinte originário com relação a imposições da ordem jurídica que existia anteriormente. Mas haverá limitações políticas inerentes ao exercício do poder constituinte” (MENDES; BRANCO, 2017).

Dito isto, têm-se que no processo de formação do ordenamento jurídico de um Estado, é exigível a existência de uma norma segura, firme, fixa e adequada de tal forma que garanta aos seus cidadãos o sentimento de pilar (segurança-rigidez), a chamada segurança jurídica, isto é, um parâmetro por onde as condutas serão aferidas, vale dizer, uma constituição para nortear, estabelecida como pilar para o sistema jurídico como um todo, isto complementado ainda pela natureza de suas normas que observarão os princípios basilares do Direito. Importante reverberar que tais normas terão a finalidade de promover o sentimento e efetivamente maior segurança e eficiência. Nessa senda, pontua-se em último plano, Poder Constituinte é poder vital, é a manifestação soberana da vontade de um povo, organizado jurídica, civil e politicamente.

3.2 Poder reformador

Insta salientar que em compreendendo poder reformador, temos que a sociedade por estar em constante mudança, onde o paradigma social muda de acordo com esta, caracterizando novas realidades e demandas sociais, seria completamente díspare sequer considerar chamar à tona o Poder Constituinte a partir de cada pequena mudança no âmbito político-social do Estado, temos digamos o nascedouro do poder derivado. Nesta esteira mutativa, nasce a premência de adequar as leis frente as constantes mudanças sociais, em que pese constantes transformações sociais, o Poder Constituinte Derivado surge então das vicissitudes populares, onde o povo estabelecerá (digamos) fiscais aos hábitos e mudanças constantes, onde tais representantes, terão o condão de observar as normas criadas, que para não se tornarem obsoletas, caindo no esquecimento deverão ser avaliadas constantemente, para suprir as necessidades da sociedade, e, portanto, positivando-as de modo a contemplar os anseios do povo (destinatários da norma) mediante aos conflitos surgentes.

O poder constituinte reformador, conhecido como competência reformadora é aquele poder que possui finalidade de verificação do texto constitucional. Tal modalidade possui previsão no art. 3º da ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), o qual dispõe sobre a necessidade de o Congresso Nacional realizar uma “revisão constitucional” periodicamente, em que pese o lapso temporal de 5 anos da promulgação da Constituição Federal. Com efeito, vale dizer, analiticamente, tal poder reformador, conhecido também como poder inspeccional, possui o condão para modificar até mesmo a Constituição Federal, por meio de um procedimento complexo, dificultoso e específico, estatuído pelo poder originário, afim de que não aconteçam verdadeiras revoluções. É dentro deste prisma de limitação que o poder derivado possui a legitimação para alterar o texto constitucional

ou até mesmo reformá-lo, porém repita-se, com limitações, aquelas supramencionadas. Trata-se de uma competência regulada pelo poder originário, previsto na própria Constituição, devendo seguir as formas e parâmetros estipulados por nossa carta cidadã, para sua legítima alteração. De posse desse entendimento, cumpre aqui estacar que o poder derivado é um Poder de Direito, e não um Poder Soberano, onde sua principal característica reside exatamente em sua limitação material. Assim pontou o ministro do STF Luís Roberto Barroso, “sua função é a de permitir a adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais, preservando-lhe a força normativa e impedindo que seja excluído pela realidade”. (BARROSO, 2014).

Por conseguinte, temos que a própria Constituição confere a titularidade deste poder, no contexto de país ao Congresso Nacional, todavia destacando que é o povo legítimo possuidor da titularidade, portanto, poderio.

4. DAS POSSIBILIDADES DE SER O ART. 228 DA CF88 CLAUSULA PÉ-TREA

O constitucionalismo ao surgir nos séculos XVIII e XIX, teve como escopo impor aos estados absolutistas limitação de poder. Importante salientar que essa limitação é tanto vertical como horizontal, ou seja, limita não apenas a atuação do Estado, como também a atuação dos particulares, mesmo quando oriundos da maioria. Nessa senda, a constituição deve ser entendida como lei suprema e fundamental de um Estado, pois traz em seu bojo direitos e garantias invioláveis e que, serviriam de base para os demais ramos do Direito (MORAES, 2013). E é exatamente nessa concatenação que nos urge requerer o conceito de direitos individuais. Para José Afonso da Silva (2006), os Direitos individuais referem-se aos direitos do indivíduo isolado, esse seria o trunfo da minoria em contraste com a maioria, pois possui eficácia vertical e horizontal. Um importante destaque a ser feito é que, os direitos e garantias fundamentais não estão previsto apenas no rol do Art. 5º da nossa magna carta política, afinal o rol não é taxativo, é antes, exemplificativo. Essa é aliás, a posição do STF ao considerar o Art. 150, da CF 88 como um direito individual do contribuinte (NUNES JUNIOR, 2018).

Dito isto, convém colacionar que, parte da doutrina tem se inclinado no sentido de conceber o Art. 228 da Constituição Federal como cláusula pétrea. Assim, entende-se impossível a redução da maioria penal, pois o Art. 228 da Constituição Federal, trata-se de verdadeira garantia individual da criança e do adolescente em não serem submetidos a persecução penal em juízo, como também não serem responsabilizados criminalmente (MORAES, 2007).

Destarte, importante realce é o posicionamento contrário do renomado doutrinador, Guilherme de Sousa Nucci (2007), se manifestando no sentido de que, não existe direitos e garantias fundamentais soltos em outros textos da Constituição, isto é, o Art. 228 da Constituição Federal não é cláusula pétrea. Assim, não há qualquer impedimento para a emenda do Art. 228. Com a devida vênia, o posicionamento do ilustre professor é superado pelos argumentos já mencionados e pelo que, doravante mencionaremos. Do ponto de vista jurídico é questionável a idéia de reduzir a maioria penal, pois a imputabilidade do menor foi constitucionalizada e concebida como cláusula pétrea e o Art. 60 §4,

veda qualquer emenda constitucional tendentes a abolir direitos e garantias fundamentais (NUNES JUNIOR, 2018).

Nessa concatenação, em que pese afirmar que a redução da maioria penal surge como flagrante violação a uma cláusula pétrea eventualmente contida no artigo 228, imperioso nos é questionar o que seria exatamente, no artigo 228 constantes em nossa CRFB, um direito fundamental e qual o seu núcleo essencial. De posse da resposta, teríamos o norte para analisar se uma possível alteração realmente afrontaria a proteção ali oferecida, e, portanto tornando inócuo o entendimento de cláusulas pétreas enquanto normas imutáveis.

4.1 O dilema contra majoritário das cláusulas pétreas

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece que os adolescentes são penalmente inimputáveis. A Constituição Federal (CF, 1988), o Código Penal (CP, 1940) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990) atuam na mesma esteira ao considerar os menores de 18 como inimputáveis. Todavia, com o crescente número de atos infracionais cometidos, hodiernamente no Brasil, o tema da redução da maioria penal tem ganho espaço. As discussões calorosas que reverberam o desejo de mudança por parte da maioria revelam o paradoxo existente entre a democracia e o constitucionalismo. Tal questão merece arguta atenção, pois a democracia tem como característica mais notável a soberania da vontade popular. Importante frisar que, essa questão ganha mais destaque quando se discute temas que tem como escopo à opinião popular, e esta, entra em confronto com algum compromisso pré-estabelecido pela Constituição. Nesse sentido, nos referimos ao caso das garantias constitucionais que, receberam proteção contra a redução de seu conteúdo, isto é, cláusulas pétreas. Com a cupidez de apresentar o dilema contra majoritário das cláusulas pétreas é que, analisaremos com zelo os pré-compromissos constitucionais em contraste com a soberania popular. Desta forma, entender que a Constituição é suprema e representa a vontade do povo e que, o poder legislativo não pode desrespeitar a vontade autêntica do povo sob o fugaz argumento de representar a vontade da maioria. Saliente-se a razão de que tal argumento é frágil, afinal, a maioria representada pelo poder legislativo, é transitória. Nessa concatenação, ensina Eduardo Cambi (2009), em uma sociedade justa, as leis jamais poderão comprometer as garantias dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos trunfos contra a maioria. Baseado nesse destaque, José de Macedo (2011), ao afirmar que, o constitucionalismo teve origem nas lutas contra o absolutismo, salienta que, o escopo do constitucionalismo é a limitação vertical e horizontal do poder. Nesse sentido, uma das formas de conceber tal limitação é o estabelecimento de pré-compromissos que tem o objetivo de proteger os direitos e garantias individuais, inclusive da vontade da maioria transitória. É imprescindível observar a noção de pré-compromisso retirada do conto de Homero na Odisseu, onde Ulisses ao querer ouvir o canto das sereias pede a seus homens que lhe amarrassem no mastro do navio, e que ainda que ele pedisse para ser desamarrado, eles não o soltassem, mas que o amarassem com mais cordas, para que ele, ficasse cada vez mais preso (HOMERO, 2009). Importante observar que, muito embora a maioria viesse a ter sentimento contrário, ainda assim, trouxeram para si o ônus de respeitar o pré-compromisso estabelecido. Nessa senda, é importante observar a ideia de abdicação do poder preconcebido pelo véu classista da soberania popular, desemboca no mergulhar do espírito de nossa geração na vala do superficialismo intelectual.



Expressa no parágrafo único, do Artigo 1º da Carta Cidadã, a soberania popular está fundada na vontade popular, e na plenitude do princípio democrático tendo como escopo a igualdade política e o sufrágio universal (BONAVIDES, 2010, P.141). É em nome dessa soberania que os cidadãos escolhem seus representantes por meio de eleições, isto é, o poder legislativo é formado por uma maioria ocasional, que a Constituição os chama de cidadãos. Em contraste, as garantias constitucionais são conquistas históricas de um povo, importante salientar que nos referimos a povo como um conjunto de pessoas que possuem história em comum, língua própria e sentimento de pertença, e não de uma maioria governante, que tem por característica a transitoriedade. Nessa senda se compreendêssemos a democracia como a prevalência da vontade da minoria, o constitucionalismo seria antidemocrático, pois este subtrai da maioria o poder de decisão sobre determinados assuntos, assuntos estes protegidos por dispositivos contra majoritários. Diga-se ainda, o firme temor de que, em nome da maioria, o dique constitucional seja rompido, e nos arraste para um estado de natureza (STRECK, 2009).

Dessa forma, o contra majoritarismo tem como escopo propiciar a participação das minorias e assegurar que estas não sejam dominadas por supressões dos valores concebidos como democráticos impostos pela maioria por vezes tirânica, reiterar, uma maioria transitória.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que não, entendendo que a garantia insculpida no art. 60, §4º, IV, da CF88 alcança um conjunto mais amplo de direitos e garantias constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna. Nesse sentido, considerou a Corte que é garantia individual do contribuinte, protegida com o manto de cláusula pétrea, e, portanto, inafastável por meio de reforma, o disposto no art. 150, III, "b", da Constituição (princípio da anterioridade tributária), entendendo que, ao pretender subtrair de sua esfera protetiva o extinto IPMF (imposto provisório sobre movimentações financeiras), estaria a Emenda Constitucional n.º 3/1993 deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, §4º, IV da Constituição da República."

Desta forma, urge como relevante refletir sobre a redação do Artigo 228 da Constituição cidadã, em que pese o entendimento de que sendo o mesmo cláusula pétrea, estaremos então diante de uma impossibilidade de emenda constitucional, pois a idade de 18 anos será concebida como taxativa, não admitindo modificação no que se refere à redução. Todavia, não sendo o Artigo 228 da CF88, cláusula pétrea, haverá possibilidade de redução da maioria penal, haja visto, as cláusulas pétreas não exercerem implicações sobre possíveis modificações.

5. DA (IM)POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Ao abordar um dos temas de maior anseio e repercussão social, a redução da maioria penal é um assunto com maior visibilidade e destaque no contexto nacional, desfrutando até mesmo de um alto índice de aprovação e vibração social. De posse desse entendimento, o assunto se faz ecoar principalmente quando impulsionadas por mecanismo midiáticos tomando como base o ao calor dos acontecimentos e a pouca informação técnica necessária à emissão de juízo valorativo. Soma-se a este fato o aumento da criminalidade por parte dos menores de 18 anos e os poucos resultados (ou não divulgados)

por meios dos sistemas de aplicação de medias socio educativas dos menores. Ademais disso, a pouca análise sobre quais medidas seriam mais eficazes para conter a criminalidade em nosso país. Importante destaque se faz ao observar que quando um adulto comete um crime bárbaro não se vê tanta divulgação e tampouco chama tanta a atenção quando a um cometimento infracional/criminoso que um adolescente por ventura venha praticar. Nota-se que a problemática gerada em torno do tema, encontra primeiramente seu nascedouro fulcral no texto Constitucional, *verbis* Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeito às normas da legislação especial. (RIDEELL, 27ª EDIÇÃO, 2018, p. 80).

Em outra baliza legislativa o Código Penal brasileiro, de 1940, manteve estabelecido o limite de 18 (dezoito) anos para a observância da imputabilidade penal, conforme se verifica em seu artigo 27 que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” LEI de nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. De plena observância ao mandamento constitucional, legislação infraconstitucional conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei Federal n.º 8069/90), estatuiu em seu artigo 104, *caput*, que “são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei. Observa-se portanto, que tais mandamentos legais, se fizeram constar no diploma legal em que os menores de 18 são destinatários de normas, ora criadas pelo legislador constituinte, ora criadas pelos legisladores derivados, onde preconizaram limite à idade de imputabilidade penal.

Nesta esteira, cumpre aqui relembrar que nossa atual Constituição, portanto carta cidadã, é classificada como rígida, vale dizer que existe todo um processo legislativo e que é complexo, dificultoso e burocrático, aquando de possíveis alterações a um texto constitucional. Em nosso país, estabeleceu o legislador ordinário, um procedimento especial, sendo, portanto, requerida uma votação em dois turnos, nas respectivas casas legislativas, com um *quórum* de aprovação de pelo menos 3/5 (três quintos) do Congresso Nacional, nos termos do artigo 60, §2º da Carta Política. Dessarte, convém destacar que posicionou-se o legislador constituinte no sentido de que existem matérias que não poderão ser objetos de Emendas Constitucionais (art. 60, §4º da Constituição Federal), afim de que seja observado o manto sagrado da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, tratando portando do que chamamos de Cláusulas Pétreas. Estabelece o artigo 60, §4º da Carta Magna, in *verbis* “Art. 60, § 4º, IV, a constituição poderá ser emendada mediante proposta, – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, – os direitos e garantias individuais” (RIDEELL, 27ª EDIÇÃO, 2018, p. 42).

Nota-se que sob o prisma da nossa magna Constituição, a imputabilidade penal aos menores de 18 anos é mantra sagrado, é cláusula pétrea, e que, portanto não poderá ser objeto de deliberação emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, não na constituição vigente, mesmo aquelas propostas oriundas do congresso nacional, e ainda quando observados os devidos critério de legalidade formal e legalidade material. Portanto, a imputabilidade penal, isto é, não responder criminalmente é direito individual do menor de 18 anos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho esmerou-se por demonstrar que as Cláusulas Pétreas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possuem interpretações diversas. Contudo, em que pese o modelo de constituição rígida como temos a nossa CRFB 88, cláusulas pétreas, são assentos imutáveis, mormente quando posto que os direitos e garantias individuais não se pode abolir, mesmo quando os doutrinadores entendem que alterar para adequar às realidades das sociedades hodiernas é uma necessidade e possibilidade. Todavia com permissa vênua, mostrou-se vastamente discutido que em se tratando de instituto da maioria penal, o núcleo essencial do tipo alterado se faria inconstitucional, tendo em vista que a idade penal estacada urge como parâmetro de imputabilidade. Nessa concatenação, briosa lição nos traz o ilustre professor Flávio Martins, quando diz ser importante salientar que, toda a alteração que caminha na direção de abolir os direitos e garantias tutelados pela norma, será concebida como supressão (NUNES JUNIOR, 2018). De outro lado, verificou-se que o poder originário preocupou-se em estabelecer limites materiais ao Poder Constituinte Reformador, até mesmo para evitar modificações substanciais e constantes alterações sob o pretexto de mudanças sociais. Quando posto que tem o Brasil uma democracia recente, e ainda em processo de consolidação das suas instituições que navegam nas águas da formação e ainda com uma população, que em sua maioria, via de regra está alheia aos meandros de acontecimento políticos no contexto nacional, permitir um poder quase ilimitado entregue às mãos de outro poder (derivado) cuida que estaríamos diante de uma temeridade de consequências periclitantes. Eis o motivo de imposição de limitações ao poder legiferante derivado, afinal a constituição teve como fundamento os anseios do momento, transição de ditadura militar para a era dos direitos, a menos que nossa democracia estivesse correndo risco de morte, transformações agudas se fazem sempre temerárias e daí o entendimento que abolir as cláusulas pétreas seria como assinar um cheque em branco ao Poder Constituído, algo que nem o mais ingênuo incorreria em praticar.

Em outra esteira, entende-se que as cláusulas pétreas ampliadas são um presente do Poder Constituinte Originário ao povo brasileiro, isto repita-se, em virtude do momento transicional que o país atravessava, saindo de um período ditatorial, período de completa ausência de observância de direitos, mesmo aqueles fundamentais à sobrevivência, para o estabelecimento de uma fase de direitos e portanto, a introdução das cláusulas pétreas de forma ampliada, nos moldes do art. 60 § 4º, em nossa magna carta de direito políticos a CRFB 88 foi essencial. Ao que nos parece, possibilitar alterações constitucionais agudas, tendo como fundamentos inconformismos classistas e de categorias sindicais, convulsões sociais, crises econômicas, e até mesmo políticas, sociais ou administrativas que desagradem parcelas de segmentos da sociedade, não devem ser motivos que equacionem mutabilidade, mormente pela ordem jurídica vigente. Isto posto, insta salientar que em observância ao conteúdo normativo constante em nossa magna Carta Cidadã, são cláusulas pétreas tanto os direitos, quanto as garantias individuais. Os direitos sendo concebido como normas de conteúdo declaratório, enquanto que as garantias, de conteúdo assecuratório (NUNES JUNIOR, 2018). Nesta senda, não nos resta outro entendimento senão frisar que os direitos e garantias individuais não estão previstos apenas no artigo 5º da Constituição, e que esse rol é tão somente exemplificativo e por questões de posicionamento topográfico, haja visto que direitos e garantias individuais são implícita e explicitamente encontrados espalhados ao longo de toda a constituição.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. De 5 de outubro de 1988

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 18 nov. 2021

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HOMERO. **Odisseia**. São Paulo: Atena Editora, 2009. Tradução: Manoel Odorico Mendes.

MACEDO, J. A. C. **Constitucionalismo, Democracia e Autogoverno**. Ano de defesa 2011, f. 185. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito do Estado – faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba – Paraná. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/26574/Dissertacao%20biblioteca%20Jose%20Arthur%20C.%20M..M.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 nov. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, José Afonso da; **Um Pouco de Direito Constitucional Comparado**; São Paulo: Malheiros, 2006. <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/maioridade-penal-e-clausula-petrea-7z2wb595cy9vqong162r4enec/>

CAPÍTULO 28

SISTEMA CARCERÁRIO DAS MULHERES GRÁVIDAS NO BRASIL

PRISON SYSTEM FOR PREGNANT WOMEN IN BRAZIL

Wilkerlanny Gessica Costa da Silva¹

Patricia de Cassia Barros de Sousa²

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA

2 Advogada, professora da Faculdade Anhanguera, São Luís-MA. Mestranda em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional. Especialista em Direito Administrativo, Direito Processual do Trabalho e Criminologia.



Resumo

Entre os principais problemas sociais do Brasil, é possível citar o agravamento da crise vivida no sistema penitenciário. Com o elevado crescimento da população carcerária feminina e com a precariedade dos presídios brasileiros, evidencia-se a necessidade de atenção à maternidade exercida dentro do sistema carcerário. O principal objetivo desta pesquisa foi analisar o sistema carcerário feminino no Brasil e como se dá a proteção à detenta gestante. Como metodologia, realizou-se uma revisão bibliográfica. Constatou-se com essa pesquisa que a história do sistema penitenciário no Brasil revela que, desde o início, a prisão foi local de exclusão social e questão relegada a segundo plano pelas políticas públicas. Neste sentido, a origem da punição se deu desde o surgimento da humanidade e os primeiros grupos sociais, onde a vingança era exaltada diante das agressões sofridas, sem aflição de justiça. Observou-se que a Lei de Execução Penal brasileira reitera a ideia de pena com objetivo de ressocialização, apesar de se constatar que os estabelecimentos carcerários brasileiros não disponham de planejamentos efetivos para a concretização deste processo. Observou-se também que as mulheres desprovidas de liberdade são responsabilidade do Estado, dessa maneira, cabe ao poder público proporcionar condições adequadas de atendimento, tanto para a mãe como para o filho que está privado de liberdade. No caso de mulheres encarceradas, deve-se observar que há uma ausência das políticas públicas, uma vez que não consideram as mulheres encarceradas como portadoras de direito inerente à condição humana. Com isso, chega-se à conclusão que não há, efetivamente, políticas públicas para as encarceradas.

Palavras-chave: Sistema Carcerário, Detentas, Gestante.

Abstract

Among the main social problems in Brazil, it is possible to mention the worsening of the crisis experienced in the penitentiary system. With the high growth of the female prison population and the precariousness of Brazilian prisons, the need for attention to maternity exercised within the prison system is evident. The main objective of this research was to analyze the female prison system in Brazil and how to protect the pregnant inmate. As a methodology, a literature review was carried out. It was found with this research that the history of the penitentiary system in Brazil reveals that, from the beginning, the prison was a place of social exclusion and an issue relegated to the background by public policies. In this sense, the origin of punishment has been since the emergence of humanity and the first social groups, where revenge was exalted in the face of the aggressions suffered, without affliction of justice. It was observed that the Brazilian Penal Execution Law reiterates the idea of punishment with the objective of resocialization, despite the fact that Brazilian prison establishments do not have effective plans to implement this process. It was also observed that women deprived of freedom are the responsibility of the State, in this way, it is up to the public power to provide adequate conditions of care, both for the mother and for the child who is deprived of liberty. In the case of incarcerated women, it should be noted that there is an absence of public policies, since they do not consider incarcerated women as bearers of rights inherent to the human condition. With this, we come to the conclusion that there are, in fact, no public policies for incarcerated women.

Keywords: Prison System; inmates; Pregnant.



1. INTRODUÇÃO

Dentre os problemas mais amplos da sociedade, é possível citar o agravamento da crise vivida no sistema penitenciário mundial e o fato de o Brasil possuir uma das maiores populações carcerárias do mundo, sendo considerada a terceira maior. Esses problemas exigem uma maior contribuição na construção de atribuições, competências e possibilidades de uma prática profissional voltada para a integração social e torna necessária a ampliação do diálogo com movimentos sociais e a construção de parcerias nessa tarefa de pensar o fim possível das prisões, compreendendo que o modelo de privação de liberdade não faz avançar a cidadania, piora os vínculos sociais e produz exclusão.

Considerando que nem sempre as políticas criminais são factíveis, não é nenhuma surpresa que o Brasil tenha uma das mais altas taxas de encarceramento do mundo, fazendo com que o sistema de justiça criminal geralmente esteja fracassando nas comunidades, prejudicando a economia e destruindo famílias. O que muitos não sabem, no entanto, é que as mulheres são um grupo demográfico em rápido crescimento na área prisional.

É cediço que a maternidade é um momento importante e útil na vida e formação de uma criança com sua mãe, cabendo ao Estado e a sociedade verificar se as políticas públicas aplicadas estão de acordo com o indicado pela legislação. É de suma importância que mesmo dentro do cárcere, a mulher, tenha os seus direitos mantidos, pois a Constituição é norma das normas, portanto nenhuma outra lei pode se opor, e ninguém pode “desobedecer” seus princípios, as garantias e os direitos fundamentais.

Muito se pesquisa e se fala a respeito da problemática do sistema penitenciário: superlotação, da estrutura penitenciária, das dificuldades enfrentadas pelos presidiários; entretanto, os presídios são em sua maioria masculinos. Com isso, surgiu a necessidade de se abordar a problemática da mulher gestante em cárcere, que muitas vezes, são invisíveis para a sociedade, o que justifica esta pesquisa.

Destaca-se que o crescimento da população carcerária feminina e com a precariedade dos presídios brasileiros, evidencia-se a necessidade de atenção à maternidade exercida dentro do sistema carcerário. Diante desses aspectos, a presente pesquisa busca compreender como se dá a proteção à detenta gestante no Brasil.

Diante dos aspectos prisionais, a presente pesquisa visa emoldurar a situação carcerária feminina no Brasil, de modo a apontar informações pertinentes ao tema e delinear aspectos que mostre o perfil dessa população em específico, bem como os seus direitos.

O método utilizado para desenvolvimento da pesquisa foi hipotético-dedutivo, visando mediante o problema levantado pelo tema da pesquisa, apresentar hipóteses que expliquem a problemática levantada. O método de procedimento da pesquisa deu-se através de análise bibliográfica e documental com consulta de livros, pareceres e artigos jurídicos disponibilizados, principalmente, na internet.

2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema penitenciário brasileiro é marcado por tratamentos desumanos e degradantes, um problema que já está enraizado na administração penitenciária nacional. A origem da prisão como pena teve seu início como mosteiros no período da idade média, tinha o propósito de punir os que faltavam com suas obrigações.

O cárcere passou por diversas modificações aos longos dos séculos variações que vão do banimento à morte em praça pública até chegar hoje no que conhecemos habitualmente. Frisa-se que, anteriormente, no início do século XVII, as pessoas eram jogadas sendo que a prisão não era encarada como nomeclatura o termo pena e sim punição o que todos viam como castigo, em dado momento histórico o encarceramento dos indivíduos eram feitos nas cavernas, fossas, subterrâneos, túmulos etc., que eram reconhecidos pelos bárbaros como prisão, visto que eram piores que a pena de morte, pois os indivíduos ficavam postos em situação de abandono total. Em meados do século XVIII, que o indivíduo, de fato, passa a cumprir sua pena, e a reclusão passa a substituir a pena de morte e a prisão passa a ter um caráter de sanção disciplinadora (RODRIGUES, 2018).

Nesse contexto, segundo Foucault (2019), as alterações que aconteceram nas punições advém das mudanças políticas da época com a caída do Antigo Regime e a elevação da classe média, a penalidade deixa de ser uma atração pública, passando a ser uma punição no âmbito fechado, seguindo regras rígidas, mudando o sofrimento, deixando, assim, de punir o corpo e passando a punir a “alma”.

De acordo com Mendes e Branco (2018), a instituição denominada prisão surge junto ao capitalismo, essa instituição nasce para que se tenha o controle das pessoas que de alguma forma eram consideradas perigosas. No século XIV, as prisões eram lugares onde os criminosos aguardavam o seu julgamento, e para que pudessem aplicar penas como a de trabalho forçado. “O banimento e a deportação estiveram associados ao processo de exploração colonial e a prisão com ou sem trabalho forçado esteve intimamente ligada à emergência a ao desenvolvimento do modo de produção capitalista” (MENDES; BRANCO; 2018, p.39)

A criação de uma nova legislação para definir o poder de punir como uma função geral da sociedade, exercida da forma igual sobre todos os seus membros. Foucault (2019) diz que a prisão se fundamenta na “privação de liberdade”, salientando que esta liberdade é um bem pertencente a todos da mesma maneira, perdê-la tem, dessa maneira, o mesmo preço para todos, “melhor que a multa, ela é o castigo”, permitindo a quantificação da pena segundo a variável do tempo: “Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima a sociedade inteira” (FOUCAULT, 2019, p. 196). Logo, pode-se compreender que a punição é vista como uma lesão tanto para a vítima, como para toda a sociedade.

Dos muitos sistemas criados, este trabalho abordará o sistema pensilvânico ou celular, o sistema auburniano e os sistemas progressivos. O sistema pensilvânico, também conhecido como filadélfico, belga ou celular, surgiu no ano de 1790, na prisão de Walnut Street, no Estado da Filadélfia, nos Estados Unidos. Foi posteriormente introduzido nas prisões de Pittsburgh, em 1818; e em Western Penitentiary e Cherry Hill, Eastern Penitentiary, em 1829 (MOURA; QUEIROZ, 2015).



Alguns países da Europa também se tornaram adeptos desse sistema, como a Inglaterra, em 1835, a Bélgica, em 1838, a Suécia, em 1840, a Dinamarca, em 1846 e a Noruega e a Holanda, em 1851. As pessoas que mais influenciaram esse sistema foram William Bradford e Benjamin Franklin. Este último disseminou os pensamentos de John Howard, em especial aqueles que se referem ao isolamento do preso, uma das principais características do sistema celular (ESPINOZA, 2014).

Esse sistema era baseado no isolamento celular absoluto, isto é, o preso era recolhido à sua cela, ficando isolado dos demais. Não tinha direito a trabalhar e a receber visitas. A leitura da bíblia era estimulada, para que pudesse refletir sobre o ato que cometeu e, assim, pudesse se arrepender. Como se percebe, esse sistema era baseado na solidão e no silêncio, motivos que levaram a várias críticas: alegava-se que a proibição da comunicação entre os presos poderia ocasionar insanidade, dentre outras psicoses, além do fato de não possibilitar a ressocialização do condenado (MENDES, 2018)

No sistema auburniano, a necessidade de corrigir os defeitos e de superar as limitações do sistema filadélfico impulsionaram a criação de um novo sistema, denominado de sistema auburniano. Recebeu esse nome, pois a primeira prisão a implantar esse sistema foi construída em Auburn, no estado de Nova York, em 1818. O sistema de Auburn adotava a regra do silêncio absoluto, por isso era também conhecido como silent system. Os detentos eram proibidos de conversar entre si, só lhes era permitido trocar algumas palavras, em voz baixa, com os guardas, desde que tivessem autorização prévia (MOURA; QUEIROZ, 2015).

Essa rigidez do silêncio acarretou na criação de um sistema de comunicação entre os detentos, cujo diálogo passou a ser realizado pelas mãos. Também se comunicavam através de batidas nas paredes ou nos canos de água e tinham o costume de esvaziar as bacias dos sanitários, falando no que chamam de "boca do boi". Essas práticas são utilizadas até hoje nos estabelecimentos penitenciários de segurança máxima. Era considerado um sistema menos rigoroso que o anterior, pois permitia que os detentos trabalhassem em suas celas e posteriormente em pequenos grupos. Quem deixasse de observar alguma regra estaria submetido a castigos corporais, muitas vezes aplicados de forma coletiva, pois nem sempre era possível saber quem havia descumprido uma norma (MENDES, 2018).

O trabalho era considerado um dos pilares do sistema auburniano, porém não logrou êxito por influências externas. O trabalho dos presos representava uma ameaça aos trabalhadores livres, sendo encarado como concorrência, em razão de ter um custo menor. Dessa forma, as associações sindicais se opuseram fortemente à atividade laboral dentro dos presídios. O caso mais emblemático ocorreu na prisão de Sing-Sing, inaugurada em 1827, onde ocorreram os embates mais graves entre autoridades penitenciárias e sindicatos. Além dos argumentos econômicos suscitados pelos sindicatos, os operários livres consideravam que ensinar um ofício ou técnicas de trabalho a detentos desvalorizava o ofício, além de não se sentiriam bem trabalhando ao lado de ex-presidiário (BARATTA, 2017).

O sistema celular e o auburniano contavam com uma ideologia de ressocialização do condenado, seja pelo trabalho, pelo isolamento, pelo ensino de princípios cristãos ou até mesmo pela imposição de castigos corporais. É verdade que há divergências entre as vantagens e desvantagens de cada sistema. Por esse motivo, não havia consenso na escolha: a Europa optou pela implantação do primeiro, enquanto os Estados Unidos, pelo

segundo. Nesse tempo, a Europa entendia que a mão de obra livre era suficiente para a sua demanda, necessitando que os estabelecimentos prisionais tivessem uma função de intimidação objetivando diminuir a criminalidade. Já os Estados Unidos tinham a concepção de que o sistema auburniano era mais econômico, pois permitia abrigar um número maior de condenados em cada estabelecimento penitenciário, evitando, assim, a construção de mais prisões, além do fato de ser permitido o labor na penitenciária, que era mais eficiente, produtivo e tinha um custo menor (JULIÃO, 2016).

Diante disso, durante o sistema progressivo, no século XIX, a pena de morte perdeu força, sendo abolida em muitos países, quando a pena privativa de liberdade passou a ser imposta definitivamente como forma de sanção a quem comete ilícitos. A pena de deportação e a de trabalhos forçados também era aplicada nessa época, porém, essas modalidades deixaram de ser, gradativamente, adotadas. Aos poucos, percebeu-se a importância de enxergar o cumprimento da pena como um sistema capaz de possibilitar o reingresso do preso à vida em sociedade (BARATTA, 2017).

O ápice da pena privativa de liberdade se dá ao mesmo tempo em que os sistemas celulares e auburniano caem em desuso, nascendo, assim, os sistemas progressivos. A natureza desse regime é retribuir e premiar o preso pelo seu bom comportamento durante um determinado lapso temporal, aumentando seus privilégios e possibilitando-o voltar a viver em sociedades antes do fim de sua condenação. Os sistemas progressivos representam um marco, pois, além de diminuir a excessiva rigidez dos sistemas anteriores, levam em consideração a própria vontade do condenado (JULIÃO, 2016).

Baseado no sistema progressivo irlandês, surge na cidade de Nova York, no ano de 1869, o reformatório de Elmira. O público alvo era reduzido, somente pessoas com idade entre 16 e 30 anos, que cometiam crimes pela primeira vez. A sentença condenatória era relativamente indeterminada, uma vez que não continha a duração exata da pena, estabelecendo um tempo mínimo e máximo para que o sujeito permanecesse no reformatório (SALA; LOURENÇO, 2014).

Após ingressar no reformatório, as pessoas eram submetidas a um sistema de marcas, baseado no sistema de Maconochie e Crofton. Em razão de seu trabalho, obediência e orientação moral e religiosa recebiam essas marcas. Ao atingir a terceira fase do sistema, tinham direito ao livramento condicional, recebendo uma pequena quantia em dinheiro para que pudessem sobreviver nos primeiros dias livres. Ressalta-se que o exercício de um ofício era obrigatório, e a disciplina era do tipo militar. O reformatório de Elmira passa a utilizar o esporte como uma forma de conseguir recuperar os reclusos, que a partir de 1876 passaram a fazer exercícios físicos diariamente (SÁ, 2015).

Mesmo com o rigoroso sistema de seleção para admissão no reformatório de Elmira, não foi possível evitar a superlotação. O número de reclusos chegou a 1.500 em 1899, e o reformatório só possuía 500 celas. Em 1915, o sistema de Elmira entra em decadência, junto com os outros sistemas existentes nos Estados Unidos (BARROS, 2017).

O sistema de Montesinos, criado pelo Coronel Manuel Montesino e Molina, teve grande destaque em Valência, na Espanha, pois conseguiu reduzir o índice de reincidência, que girava em torno de 30 a 35%, para 1%, tendo desaparecido em alguns períodos. Manuel Montesino e Molina nasceu no ano de 1796, em São Roque, no Campo de Gibraltar.



Assim como John Howard, Montesinos experimentou a vida na prisão, quando foi capturado na praça de Zaragoza, durante a Guerra da Independência (1809), tendo passado três anos em um rigoroso estabelecimento prisional militar na região de Toulon, França (BULOS, 2016).

O sucesso desse sistema começou a receber críticas, principalmente dos produtores e dos artesãos livres, assim como aconteceu no sistema Auburniano, pois alegavam que a produção carcerária prejudicava seus negócios. Por conta da grande pressão popular, o governo acabou cedendo, retirando o apoio às ideias de Montesinos, o que reduziu drasticamente a produção carcerária. Inconformado, o coronel resolveu sair da direção do presídio de Valência e, assim, todas as conquistas foram esquecidas, pois houve um verdadeiro regresso no sistema prisional, que voltou a ser ineficiente para a ressocialização do condenado (SALA; LOURENÇO, 2014).

No Brasil, a partir do século XIX, houve o surgimento da prisão com celas individuais e oficinas de trabalho. Diante da implantação do Código Penal de 1980, foram estabelecidos novos modelos de prisão, ocorrendo a abolição da pena de morte, sendo criado o regulamento Penitenciário, com a finalidade de corrigir e com o intuito de ressocializar e reeducar o preso. Sua primeira prisão foi inaugurada no Rio de Janeiro, no ano de 1850, designada Casa de Correção da Corte, foi a primeira prisão que instituiu regime de cela única e seu método punitivo consistia na reabilitação dos presos, através dos trabalhos durante os dias que passava preso e servia não como punição aos criminosos, mas como intermediária à conversão do indivíduo (PORTO, 2018).

Na contemporaneidade, inicia-se a mudança no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, através dos sistemas carcerários, com o intuito de cuidar para que o criminoso se sinta apto ao convívio social, levando em consideração que, muitas vezes, o indivíduo ao ser condenado não é mais visto como cidadão.

Diante do Código Penal, a pena privativa de liberdade é imposta em dois tipos, sendo ela a restritiva de direitos e de multa. Dos artigos 33 ao 42, tratam as espécies da pena privativa de liberdade, que são de reclusão e devem ser cumpridas em regimes fechados, semiaberto ou aberto. Os regimes penitenciários podem ser fechados e o cumprimento da pena pode ser estabelecida, de segurança média ou máxima, e sobre o regime inicial e cumprimento da pena, a reclusão no artigo 33, no parágrafo 2º diz que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado [...]” (BRASIL, 1984).

É de suma importância ressaltar que o sistema prisional se encontra em grande precariedade, visando a existência de diversos fatores que contribuíram para esse acontecimento, dentre eles estão, o abandono, a falta de investimento e o descaso do poder público. Sendo assim, o sistema que tinha o propósito de substituir as penas desumanas como a tortura e a morte não têm desempenhado esse papel muito bem e tem se tornado aprimoramento dos criminosos, além de possuir como característica a insalubridade, pois possui seu espaço sujo, além de ser insuficiente para todos os detentos (MACHADO, SOUSA, SOUZA, 2013).

A superpopulação dos presídios é de conhecimento do poder público e já existem políticas públicas e criminais que visam minimizar este problema. Entre todas as dificuldades

encontradas dentro do ambiente prisional existe a inevitável violência que decorre do não cumprimento da Constituição Federal Brasileira e a própria LEP, no seu artigo 88, estabelece que a pena se dê em cela individual, com área mínima de seis metros quadrados.

Para tentar reduzir os inúmeros problemas encontrados durante e após a condenação, surgiram as penas alternativas de liberdade que possibilitam não apenas uma diminuição no número de condenados, como também serve para que não se perca o convívio social durante o tempo de aplicação da pena, existindo assim, olhar diferenciado aos crimes de menor potencial ofensivo e impedindo que essas pessoas entrem em contato com o perverso ambiente carcerário, onde, sem a adequada individualização da pena, passarão à convivência com os mais variados autores de crimes (ESPINOZA, 2014).

Sendo assim, destaca-se que mesmo conhecida como um mal para quem recebe uma sentença condenatória, a pena precisa ser aplicada a pessoa que comete delito, o que é preciso ser tratado em um amplo debate que envolva a todos sendo a alternativa mais acertada para um trabalho preventivo que evite o cometimento de delitos ou a reincidência. É preciso que a sociedade aceite falar sem preconceitos sobre a criminalidade e o papel do Estado diante dessa temática.

Muitos já morreram e as mortes não vão parar , o que se vê hoje é a massa carcerária tendo ,de modo geral, um tratamento desumano o que só causa revolta gerando rebeliões que além das mortes causam prejuízos ao erário e estrangulam o orçamento da União. Nota-se por fim , que a legislação também precisa de modificações.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS-CONCEITUAIS DA PUNIÇÃO

Antes de iniciarmos os estudos a respeito do histórico e caracterização da punição, faz-se necessário compreender o significado da expressão punição. De acordo com Andrade (2015), punição corresponde à privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração". Considerando que a punição depende de uma autoridade pública que a imponha, de lei e julgamento, é certo que a pena, nesse contexto público, dependeu da evolução política da comunidade, que passou a se organizar em grupos, cidades e Estado.

Com o desenvolvimento das sociedades primitivas, emerge um poder social baseado nas religiões, que, gradativamente, modifica a natureza da sanção penal. A vingança individual é substituída pela vingança dos deuses, que será aplacada com o castigo do infrator.

A história da pena coincide com a própria história da humanidade, visto a inexistência da noção de Estado, em que pese a solução dos conflitos terem se dado com base na força, o homem primitivo era regido por um "temor religioso", punindo o indivíduo que violasse a referida "divindade". A punição do infrator consistia no sacrifício de sua própria vida, pois, o castigo deveria estar em conformidade com o deus ofendido. Ademais, não havia uma concepção de pena propriamente dita, mas, apenas se visava a manutenção da paz social (BARROS, 2017).



Nesse sentido, Messa (2020, p.157) destaca que “na pré-história não existia a ideia de prisão como confinamento prevenção ou reeducação do infrator. A medida constante nos povos primitivos era a pena de morte.” Prossegue o referido autor, afirmando que, na Antiguidade e Idade Moderna, não se reconhecia a privação da liberdade como uma sanção penal autônoma, mas, como um local de custódia para aplicação de castigos corporais e pena de morte. Logo, o encarceramento era apenas uma forma de manter o infrator sob detenção para aguardo do julgamento e execução.

Posteriormente, com o advento do capitalismo, surge a prisão, que tinha o intuito de desestimular a prática de crimes, bem como de propiciar ao preso lições sobre disciplina e trabalho. Nesse período, houve uma evolução substancial na concepção de prisão, com a elaboração dos conceitos de reclusão e uma humanização das penas, com contribuições relevantes da França e Inglaterra (BARROS, 2017).

3.1 A origem da punição na sociedade

Inicialmente, o modelo da punição era pautado sob a égide do castigo físico, dos sofrimentos psicológicos e violação à integridade física do condenado ou até mesmo dos seus próximos, Jara (2018, p.14) “elucida que a punição mais adotada era a mutilação, torturas, castigos e pena de morte”. Nesse contexto, ressalta-se que as penas eram executadas de diferentes formas, mas a que imperava era a forma de castigo que se sucedia em locais insalubres.

Nessa representatividade, vale salientar que a expressão máxima de poder era soberana do Estado, representado pela brutalidade das punições aplicadas, onde os corpos dos delinquentes pertenciam ao poder supremo do Estado. Essas aplicações da pena, sob crueldade, eram um método de reestruturação da ordem social e de regeneração da vida em sociedade.

É importante pôr em destaque que os sistemas de punições também sofreram forte ingerência da Igreja Católica, a qual designava o Tribunal do Santo Ofício, que tinha o papel de julgar e punir os indivíduos que eram contrários às normas de conduta determinadas pela Igreja. Com efeito, tem-se, nesse período, a eclosão do cárcere do Estado e do cárcere eclesiástico. Sendo o primeiro, a possuir o papel de cárcere – custódio aplicado à situação em que o indivíduo privado de liberdade aguardava o momento da sua punição, enquanto o segundo era reservado aos clérigos subversivos, onde ficam detidos nos mosteiros, como forma de penitência, com vista ao arrependimento e à consecução da correção (GOFFMAN, 2015).

Posteriormente, a Idade Moderna foi um período fortemente marcado pela representatividade política monárquica, sobretudo, no âmbito do poder da Monarquia, que detinha incondicionalmente o aparelhamento político, no qual tal autoridade descaracterizava quaisquer vínculos e limites, tendo como marca a imposição da barbárie repressiva, de modo a afligir os súditos destituídos de direitos. Inclusive nessa época, não havia necessidade de esclarecer a aspereza das punições dos encarcerados, assim como, os atos puníveis. Dessa forma, executá-lo caracterizaria como indagar o poder soberano do Rei (BECCARIA, 2018).

A punição, assim como a história dos homens na sociedade, sofreu um progresso consoante das novas civilizações que surgiram. Deste modo, os princípios sobre a pena vinculam-se às necessidades que surgem no período em que essa temática retoma espaços na sociedade. Seguidamente, surge a fase humanitarista chamada de clássica, onde ocorre a humanização das penas, salientando o advento da dignidade humana (JARA, 2018).

Com o perpassar do século XVIII, deu-se o retardamento da punição, elevando a idealização de punir ao invés de vingar, formando, assim, um novo método para a execução do poder de castigar, fazendo da repressão e das ilegalidades um encargo regular da sociedade, de modo a não punir menos, mas a punir melhor. Ademais, a partir do século XIX estabelece o desaparecimento das convicções do corpo como alvo principal da repressão penal (LOES, 2009).

No decorrer da história, a punição deixou de se limitar apenas aos castigos físicos aplicados aos criminosos e outras medidas corretivas passaram a ser adotadas, como a privação de liberdade, por exemplo. Assim, o indivíduo passaria a repensar sobre os seus atos, tendo em vista os impactos que essa punição causaria sobre a sua consciência e o seu aspecto mental.

Deste modo, segundo Foucault (2016), no século XIX, sucede o marco da ausência da punição física, em torno de 1830 e 1848, desaparecem os suplícios sobre interferência das convicções dos reformadores que afrontavam os espetáculos da tortura e dos suplícios. Nessa concepção, surge o novo modelo de prisão reconhecedor do poder do Estado e de gerência da lei e da ordem.

Nos respectivos séculos XVIII e XIX, os agravamentos de diversos crimes passaram por remanejamento na sociedade, dentre eles, estão os relacionados ao exercício da autoridade religiosa, como aqueles que insultam a divindade e acabam deixando de existir, houve, também, a minoração da gravidade de outros delitos, como o contrabando e o furto doméstico. Contudo, as transições mais importantes não estavam diretamente relacionadas à divisão de comportamentos permitidos ou proibidos (FOUCAULT, 2016).

Em decorrência da constatação de que a pena de morte não era mais a solução, pois visavam o efeito do desperdício da mão de obra oferecida pelos encarcerados, assegurando, assim, a produção, a educação e a reprodução da força de trabalho que o capital precisa. Deste modo, era mais proveitoso para a economia impor os delituosos ao cárcere, ao invés de subsidiá-los a execuções e julgamentos. Nessa concepção da força de trabalho e do trabalho forçado, surge a prisão, não só como forma de punição, mas como forma estruturante da economia da época (MESSA, 2020).

Sendo assim, o surgimento da pena privativa de liberdade está diretamente vinculado ao modo de produção capitalista, no qual houve a transformação das prisões e dos sistemas de punição na atualidade, que, por meio de movimento, proporcionou relevante modificação no que diz respeito à pena privativa de liberdade na origem e constituição da prisão regulada para correção dos apenados (HELPE, 2014).

Nesse sentido, vale ressaltar que o tratamento das pessoas privadas de liberdade esteve atrelado ao modelo social vigente. Os suplícios só deixaram de ser necessários quando o infrator passou a ser considerado possibilidade de mão de obra para a sociedade



capitalista da época, que via-lhe como útil ao sistema, como mão de obra para a produção de riqueza.

Considerado um movimento intelectual de grande importância, o Iluminismo, surgido na França, no século XVII, caracterizou-se por defender o uso da razão sobre a fé, para entender e solucionar os problemas da sociedade. A sociedade da época enfrentava adversidades econômicas, dentre as quais destacavam-se a pobreza e o aumento da miséria. Consequentemente, os indivíduos ficaram mais propícios ao cometimento de delitos patrimoniais, com o entendimento de que a pena de morte já não coincidia mais com os anseios da justiça. Considerando o caráter punitivo falho das medidas punitivas, surgiu então, a pena privativa de liberdade demonstrando um meio mais eficaz de controle social (MACHADO, 2017).

Assim, ocorreu a imposição da superação da antiga forma de punir em que as condutas visavam os corpos daqueles que eram condenados, consequentemente, foi proposta a inexistência das condenações com penas desumanas, passando a aderir a pena privação de liberdade, como forma mais justa e humana para se pagar por um crime, demonstrando também ser mais eficaz ao controle social.

Nessa perspectiva, as novas estratégias disciplinadoras possuem um poder minucioso no que diz respeito às operações aos corpos e suas práticas disciplinadoras, salienta-se em distribuição dos indivíduos em espaços fechados e diferentes, e cada um tem seu lugar determinado, esses locais também são alteráveis e hierarquizados, essas disciplinas possuem e envolvem um manejo de atividades aos indivíduos. Esse novo poder restituído ao "adestramento" dos indivíduos (ALVAREZ, 2017).

Segundo Foucault (2016), a configuração da pena não é configurada como "penalidade indiferenciada, abstrata e confusa", mas de mudança na "arte de punir". A punição agora se alastra sobre a intimidade do interno, por meio de técnicas disciplinares, de modo em que os sujeitos encarregados de fazer cumprir o critério da punibilidade, da correção e reeducação de acordo com a legislação vigente tem que garantir o cuidado com o privado de liberdade.

À luz do artigo 82 da Lei de Execução Penal, fica determinado que os estabelecimentos penais se destinam aos reclusos, aos presos provisórios, aos submetidos à medida de segurança e aos egressos. Vale salientar que por estabelecimentos penais deve-se entender: a Cadeia Pública, o Hospital de Custódio e Tratamento Psiquiátrico, o Centro de Observação, a Casa do Albergado, a Colônia Agrícola, Industrial ou similar, e a Penitenciária (MESSA, 2020).

Neste sentido, Oliveira (2003) afirma que mesmo atualmente a pena continua possuindo característica essencialmente punitiva e repressora, dessa forma, o desejo ressocializador torna-se apenas uma retórica para manutenção do sistema e um gasto inútil para o Estado.

A Lei de Execução Penal brasileira reitera a ideia de pena com objetivo de ressocialização, apesar de se constatar que os estabelecimentos carcerários brasileiros não dispõem de planejamentos efetivos para a concretização deste processo. Nesta conjuntura, Nogueira (1996, p.7), pontua que a "pretensão de transformar a pena em oportunidade

para promover a reintegração social do condenado esbarra em dificuldades inerentes ao próprio encarceramento”.

Mas tais dificuldade não podem ser impecílios para que busque meios ressocializatórios, visto que o interno ou interna tem seu dia de liberdade garantido por lei, já que nosso sistema não permite prisão perpétua. Sendo assim, a ressocialização deve ser amplamente difundida com ações factíveis e coordenadas além de uma fiscalização para que sejam mensurados os resultados e que isso possa gerar estatística e de posse desses dados outras ações de melhoria e incentivo sejam trabalhadas intra e extramuros.

4. DIREITOS E GARANTIAS DAS ENCARCERADAS GESTANTES

Em continuidade, destaca-se que ninguém pode, segundo preceito constitucional ser exposto a situações humilhantes e degradantes, então, as pessoas privadas de liberdade também merecem ser acolhidas por tal norma.

Conforme destaca Andrade (2015) e bem como menciona a Constituição Federal, as mulheres desprovidas de liberdade são responsabilidade do Estado, dessa maneira, cabe ao poder público proporcionar condições adequadas de atendimento, tanto para a mãe como para o filho(a) que por sua vez também fica privado(a) de liberdade. De acordo com a referida Constituição, “é assegurado aos presos a integridade física e moral” (BRASIL, 1988).

Destaca-se que, com o grande aumento da população carcerária feminina e as estruturas deficitárias dos presídios, as internas estão sujeitas a diversas doenças e expostas as condições insalubres. De acordo com um relatório elaborado pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos sobre as condições das pessoas privadas de liberdade no Brasil, os presídios representam um grande risco para a vida e para a saúde das presas, muitas vezes com tratamento degradante, desumano e cruel (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

A Constituição Federal, juntamente com a Lei de Execução Penal (LEP), assegura os direitos fundamentais no tocante ao cidadão, preso ou não. Sendo o direito da dignidade humana o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico. Assim dispõe o art. 14, § 3º da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), com as alterações trazidas pela Lei 11.942/09:

Para garantir que a criança tenha um bom desenvolvimento são essenciais, além do aparato social, cuidados com a alimentação, higiene e saúde da mãe, durante o estado gravídico. Não restam dúvidas de que o dever de garantir esse tratamento à essas mulheres é do Estado, porém há uma alegação de que não há verba suficiente para separar penitenciária masculina e feminina na maior parte do país. (SANTOS, 2018)

Quando for permitido às mães presas conservar as respectivas crianças, deverão ser tomadas medidas para organizar uma creche, dotada de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães (MIRANDA, 2018).



De acordo com Sá (2015), o sistema prisional brasileiro está imerso em uma profunda crise, onde a supressão de direitos e garantias fundamentais das presas gestantes está consagrada. Conforme pode-se observar das informações expostas, as encarceradas gestantes possuem condições específicas e demandam atenção do Estado que viola de modo acentuado inúmeros dos seus direitos. Desde a distração em relação aos direitos essenciais como à saúde, até ao direito à vida, ou àqueles implicados numa política de reintegração social, como o trabalho, a educação e a preservação de vínculos e relações familiares, dentre outros.

Neste contexto, observa-se que a sociedade (principalmente) e o Estado devem considerar as internas e gestantes, percebendo nestas, sujeitos que possuem direitos, que são seres humanos, que por um ou outro motivo se encontram em pena de reclusão, mas que acima de tudo, tem dimensões sociais que poderão levá-los a reincidir ou não sobre o crime cometido. Assim, é necessária a consolidação de mecanismos que possibilitem o devido tratamento destas pessoas.

No viés social, precisamos de políticas criminais ressocializem e humanizem de dentro para fora e de fora para dentro das unidades prisionais, em especial as femininas, visto que notoriamente a mulher é abandonada com maior frequência durante o cárcere e isso se torna mais difícil e dolorido quando ela está gestante .

Além disso, é relevante destacar que as unidades prisionais femininas, contam com um percentual mínimo de instalações específicas que ofereçam celas e dormitórios adequados para a mulher gestante que está privada de liberdade. Para que essas mulheres possam permanecer com seus filhos nas unidades prisionais apenas 14% dessas unidades prisionais possuem berçários e/ou centro de referência maternoinfantil com espaços destinados para bebês de até dois anos de idade.

Falar sobre a gravidez no cárcere é tratar de um tema de foro íntimo, visto que muitas ou nem sabem que estão grávidas ao entrar na prisão ou já chegam nesse estado e um outro grupo (menos frequente) ficam grávidas durante o encarceramento. Neste momento, o da gestação, qualquer mulher esta mais vulnerável, precisa de amparo e cuidados básicos de saúde, desta forma é preciso que o Estado, quem custodia essas mulheres, garanta direitos básicos que devem ser assegurados a todas.

Tais direitos são de suma importância e estão previstos na Constituição Federal do Brasil, na Lei de Execuções Penais, no Estatuto da Criança e do Adolescente, além das Regras de Bangkok que são as regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. (GALVÃO, 2019). As mulheres que estão privadas de sua liberdade juntamente com seus filhos são responsabilidade do Estado. Assim, o poder público deve propiciar condições adequadas de atendimentos para mães e filhos, que se encontram privados de liberdade.

É importante dizer que com o grande aumento da população carcerária feminina e suas estruturas inadequadas, as encarceradas estão sujeitas a diversas doenças. Segundo um relatório da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos sobre a situação das pessoas privadas de liberdade no Brasil, as prisões constituem riscos para a vida e a integridade das pessoas presas, tratamento cruel, desumano e degradante (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

Além disso, consta neste relatório as condições alarmantes de superlotação, infraestrutura precária, consta também, que foram recebidas muitas queixas de centros penitenciários onde há negligência na atenção médica, completa falta de higiene, ausência de artigos de necessidades básicas, alimentação inadequada e sem a supervisão de um nutricionista (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

No Brasil, o Estado de São Paulo é o local onde se concentra a maior parte da população feminina encarcerada com um total de 31,6%, em seguida está o Estado de Minas Gerais com 10,6% e o Estado do Rio de Janeiro com 7,3% da população prisional feminina (INFOPEN Mulheres, 2021).

Outro fator importante a ser analisado, refere-se ao fato de que a maior parte dessas mulheres privadas de liberdade não foi sentenciada. As informações penitenciárias do Infopen mostraram que 46% dessas mulheres ainda não haviam sido condenadas. Destaca-se que o Estado do Amazonas tem o maior percentual de mulheres presas que não foram sentenciadas com 81%, seguido dos Estados de Sergipe (79%), Ceará (67%), Bahia (71%), Pará (62%) e Piauí (62%) (INFOPEN Mulheres. 2020).

Em relação a faixa etária das mulheres presas, em sua maioria são jovens entre 18 a 29 anos, ressalta-se que essas mulheres presas possuem baixa escolaridade, sendo que 45% delas não completaram o ensino fundamental. No que se refere à raça, cor e etnia os dados mostram que 62% são negras. Em relação à condição civil dessas mulheres 62% são solteiras, 23% vivem em união estável e 09% são casadas (INFOPEN Mulheres, 2020).

A guisa de informação, ressalta-se que esse grupo de mulheres privadas de liberdade, em sua maioria, foi abandonadas por seus parceiros, o que fica evidente chefes de suas famílias. (INFOPEN Mulheres, 2020). A causa mais frequente de aprisionamento de mulheres está relacionada com o tráfico de drogas, que representa 62% das incidências penais cometidas por elas, em seguida está o crime de roubo simples, qualificado com 11%, o crime de furto simples com 8% e o crime de homicídio simples e qualificado com 6% das ocorrências, esses dados demonstram que a maior parte das mulheres que cometem crimes está relacionado com tráfico de drogas e os crimes patrimoniais (INFOPEN Mulheres, 2020).

As condições em que uma criança vive dentro de uma cela prejudicam o seu desenvolvimento, tendo em vista que os presídios não possuem estruturas para proporcionar vínculo familiares ou meios que ajudem no desenvolvimento da criança (STELLA, 2009).

O sistema penitenciário feminino é um ambiente precário e insalubre em que as mulheres enfrentam quando estão privadas de sua liberdade. Além disso, elas enfrentam a gravidez e suportam os primeiros meses de vida de seus filhos dentro desse ambiente, que na maioria dos presídios não possuem berçários ou dormitórios apropriados para recebê-los. As penitenciárias no Brasil foram construídas para o sexo masculino e por esse motivo muitos ainda não são adequados para oferecer um ambiente digno para as gestantes (INFOPEN Mulheres, 2017).

A Lei de Execuções penais em seu artigo 83, §2ª, dispõe que os estabelecimentos penais destinados a mulher serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar e

amamentar seus filhos, no mínimo até os seis meses de idade da criança (BRASIL, 2011).

Já o artigo 89 da mesma Lei assegura que a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada quando a mãe estiver presa. (Id. Palácio do Planalto. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 Lei de Execução Penal).

Assim, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro assegura as presidiárias mulheres e mães os seus direitos regulados em leis. (Id. Palácio do Planalto. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal).

Apesar das dificuldades em que a mãe tem de exercer a maternidade no cárcere, a dificuldade maior que ela vive é a separação de seu filho, pois essa separação deveria ser gradual para evitar que seja traumática para ambos. Além disso, tem-se a incerteza do destino de seu filho, pois nem sempre fica com um membro de sua família.

Logo, o que se vê é que a dor da mulher encarcerada é específica, a primeira vem com a perda da liberdade, em seguida a gestação separada da sua família de origem, muitas são abandonadas pelos companheiros ou familiares em razão da prisão e por fim a dor do parto e da separação do seu filho ou filha. É a incerteza, o medo que dói nessas mulheres que muitas vezes não “nasceram para o crime” a bem da verdade, sem romantização, elas se tornaram produto da criminalidade por razões individuais e diferentes umas das outras.

4.1 Políticas públicas de proteção à mulher encarcerada

De primeiro momento cabe delinear o conceito de políticas públicas. Podem ser definidas como diretrizes e princípios norteadores de ação do poder público. Se organizam em regras, ações e procedimentos entre o poder público e a sociedade, ou seja, são mediações entre atores da sociedade e o Estado, onde (re) constroem a realidade (ALMEIDA, 2018).

Conforme a história, tais políticas eram aplicadas por grupos sociais que dominavam a sociedade, representadas por uma elite política de homens brancos, alta escolaridade, estabilidade financeira alta e grande inserção social. As mulheres não se encaixavam na política, nem nas tomadas de decisões. As políticas públicas buscam atender as classes discriminadas da sociedade, bem como segmentos mais vulneráveis, assim como o grupo das mulheres.

Em geral, as demandas são recebidas por agentes que ocupam alto patamar na parte das decisões. Cabe salientar que políticas públicas são diferentes de políticas governamentais, pois, nem sempre as políticas governamentais são públicas, mesmo que sejam estatais. Para que sejam públicas, é necessário constatar para quem se destinam os benefícios e se sua elaboração é submetida ao debate público. É necessário entender que as políticas públicas de gênero implementações diferentes. No âmbito federal, são efetivadas pela Secretaria de Políticas para as Mulheres. Buscam mobilizar as mulheres, culminando

nas conferências federais, estaduais e municipais (FARAH, 2018).

É perceptível que as encarceradas estão vulneráveis a diversas patologias, assim, pode-se considerar como um grupo que tem a necessidade de ser inserido nas políticas públicas de saúde e nos outros programas do governo (NICOLAU, 2019).

Em 2003, foi criada no Brasil a Secretaria de Políticas para as Mulheres, tornando mais fortes as políticas públicas de enfrentamento à violência sofrida por mulheres, elaborando assim, conceitos, diretrizes, normas e definição de ações e estratégia de gestão e monitoramento relacionadas ao tema (FARAH, 2018).

Com isso, houve o incentivo da criação de normas e padrões de atendimento, mais rigor na legislação, estímulo à constituição de rede de serviços, apoio de projetos socioeducativos e ampliação ao acesso da mulher à justiça e aos serviços de segurança pública (ALVES, 2017).

No tocante ao encarceramento feminino diversas unidades prisionais estão buscando colocá-las no caminho da ressocialização inserindo trabalhos em galpões profissionalizantes para que elas além da simples remissão possam ter uma profissão e assim, ao sair, possam competir no mercado de trabalho equitativamente com as demais .

Muitas igrejas, universidades e ONG's desempenham um relevante papel na ajuda humanitária com os encarcerados e encarceradas no Brasil, podemos citar o trabalho desenvolvido pela entidade chamada Humanitas 360 que faz um excelente trabalho junto aos encarcerados e encarceradas do Brasil .

Quanto a mulher gestante , se faz mister ressaltar que o cuidado é redobrado, durante a gravidez e após o parto. Para tanto, o procedimento de separação de mãe e filho (a) deve ser gradual, deve respeitar a legislação mas não se pode esquecer o condão humanitário. É preciso prestar atenção e saber exatamente para onde vão essas crianças , com quem vão ficar e se a família que vai acolher que nem sempre é a família natural tem condições de manter e educar essa criança enquanto a mãe está no cárcere . Afinal de contas não se pode e não é o desejável perpetuar erros.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou pontuar o sistema carcerário feminino no Brasil e como se dá a proteção à detenta gestante. Observou-se que a maior parte dos presídios brasileiros não são adequados para abrigar mãe e filho. Berçários precários, Alguns presídios possuem outros não, a falta de espaço para amamentação, celas precárias, falta de higiene, bem como espaços vulneráveis que as deixam expostas para doenças são fatores que demonstram o quanto os direitos das detentas gestantes são violados.

Observa-se que, mesmo com as leis vigentes, como a Lei de Execução Penal, é notória a necessidade de medidas protetivas no que diz respeito aos direitos fundamentais das encarceradas gestantes. As propostas de melhoria devem ser estudadas pelos três



poderes , a fim de que hajam as modificações necessárias das leis, assim como das políticas públicas destinadas para este público.

A bem da verdade, o que se vê é que a estigmatização causada pela prisão afeta não só quem está preso (a) , afeta toda a sociedade . Em um recorte especial, sobre as mulheres encarceradas grávidas se torna até pior . Porque além de sofrerem com a privação da liberdade , sofrem por ter que se adequar a uma realidade que ninguém quer , muitas são abandonadas por todos que estão extramuros aliar tudo isso a gravidez e a preocupação com o futuro da sua criança de certo abala o psicológico e a moral delas.

Com a criação das políticas públicas voltadas às mulheres, o acesso à saúde e às mínimas condições de sobrevivência nos presídios deveriam sair do papel e ser cumpridas com mais rigor. Ocorre que o Estado alega não haver recursos propícios para tal feito, deixando as detentas cada vez mais vulneráveis à doenças dentro dos estabelecimentos prisionais. Há na lei uma proteção específica para as detentas gestantes, podendo estas, em determinadas situações, cumprirem pena em prisão domiciliar.

O instituto HUMANITAS 360 e a organização "Aqueles dias " com o intuito de combater a pobreza menstrual e arrecadam itens de higiene básicas para mulheres encarceradas, dentro do sistema prisional brasileiro, espaço habitado por 40 mil mulheres grande maioria por mulheres pretas, pardas e pobres , segundo o (Infopen) levantamento nacional de informações penitenciárias do Ministério de Justiça

As secretarias de administração penitenciárias de todo o Brasil dentro das suas respectivas realidades e condições buscam amenizar a dor do cárcere e tornar essas mulheres mais produtivas e conscientes. Deste modo realizam atividades e cursos profissionalizantes que tem por objetivo a ressocialização e a qualificação da mão de obra para além do cárcere. Uma forma de retornar a sociedade com possibilidades equitativas para concorrer ao mercado de trabalho formal quando estiverem livres. .

Referências

ALMEIDA, Tânia Mara C. de e BANDEIRA. Lourdes. **Políticas públicas destinadas ao combate da violência contra as mulheres** – por uma perspectiva feminista, de gênero e de direitos humanos. Brasília, Cadernos AGENDE, No. 5, dez/2018.

ALVAREZ, Marcos César. **Punição, sociedade e história:** algumas reflexões. Publicado em 14 de agosto de 2017. Disponível em: www.uces.br/etc/revista/idex.php/metis/article/download/826/583. Acessado em 10 abr. 2022.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopses para Concursos** - Processo Penal - Parte Geral. 7. Ed. Rev. Atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento de violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, n. 50, p. 71-102, 2015.

AZEVEDO, Inessa Tricilo Rodrigues. **Origem e evolução histórica da punição.** Volume 1, numero1, artigo nº 84, dezembro de 2017.

BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social:** uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado. Alemanha: Universidade de Saarland, 2017.

- BARROS, Marco Antonio de. Abalos à dignidade no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, nº 747, 2017.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2018.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo, Editora Saraiva, 2016.
- CARVALHO, Nathália Gomes Oliveira de. **Vozes Silenciadas**: Percepções sobre o acesso à justiça em cartas das presas. Departamento de Estudos Avançados Multidisciplinares, Universidade de Brasília, 2017. 178 p. Dissertação de Mestrado - Programa de Direitos Humanos e Cidadania. Universidade de Brasília, 2017.
- ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.
- FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e Políticas Públicas. Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 12 (1): 47-71, janeiro-abril/2018.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 24ª edição, Petrópolis, Editora Vozes, 2016.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhet. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2019.
- GOFFMAN, E. **manicômios, prisões e conventos**. 6ªed. são Paulo: perspectiva, 2015.
- HELPEES, Sintia Soares. Mulheres na prisão: Uma reflexão sobre a relação do Estado brasileiro com a criminalidade feminina. **Revista Cadernos de Estudos Sociais e Políticos**, v.2, n.3, jan./ jul. 2014.
- JARA, Vinício Franco. **Tríade das penas**- origem, função e aplicação da pena de prisão no direito penal brasileiro. Dourados- Ms, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/handle/prefix/1767>. Acessado em 18 de abr. 2022.
- JULIÃO, E. F. **A ressocialização através do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro**. 2016. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- LOES, Maria Inês Maturano. **Evolução das penas**: da punição por flagelo a alternativa ressocializadora. Roraima 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cardenos/direito-penal/evolucao-das-penas-da-punicao-por-flagelo-a-alternativa-ressocializadora/>. Acessado em 10 de abr. 2022.
- MACHADO, Alex Divino. **Origem das penas e as primeiras penitenciarias**. 2017. Disponível em: <https://alexpm190.jusbrasil.com.br/artigos/591838705/origem-das-penas-e-as-primeiras-penitenciarias>. Acessado em 06 abr. 2022.
- MACHADO, Ana Elise Bernal, SOUZA, Ana Paula dos Reis, SOUZA, Mariani Cristina. **Sistema Penitenciário Brasileiro**-origem, atualidade e exemplos funcionais, 2013. Disponível em: <https://www.bing.com/search?q=sistema+penitenciario+brasileiro+origem%2C+atualidade+e+exemplo+funciniais&cvid=59e-c970679aa4ab4b1fd2e48ec5e130f&pq=43&FORM=ANSPA1&PC=U531>. Acessado em 07 de setembro de 2020
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Goinet. **Curso de Direito Constitucional**, 8 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2018.
- MESSA, Ana Flávia. **Prisão e liberdade**. Ana Flávia Messa. --3 Ed.atual.de acordo com a Lei n. 13.869/2019,Lei de Abuso de Autoridade.-- São Paulo: Amedina,2020.
- MIOTTO, Armida Bergamini. **Noções fundamentais de direitos**, Porto Alegre, S.A. fabris,2020.
- MIOTTO, Armida Bergamini. **Noções de Direito**. Porto Alegre, S.A. fabris,1992.
- MIRANDA, Jorge. **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL**, tomo IV. 9 ed. Coimbra Editora, 2018, p. 166.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2015 que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal. **Revista do Advogado** nº 78, da Associação dos Advogados de São Paulo, 2015.

NICOLAU, Ana Izabel Oliveira et al. Retrato da realidade socioeconômica e sexual de mulheres presidiárias. **Acta paul. enferm.**, São Paulo, v. 25, n. 3, 2019.

NOGUEIRA, Paulo L. **Comentários à lei de execução penal**. 3. Ed. São Paulo: Ed. Atica, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

RODRIGUES, Bruno. **A origem do sistema penitenciário**, 2018. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/47186801/a-origem-do-sistema-penitenciario>. Acessado em 05 de mar. 2022.

SÁ, A. **Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário**. São Paulo: SAP, 2015.

SALLA, F.; LOURENÇO, L. C. Aprisionamento e prisões. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. (Orgs.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O Novo Processo Penal Cautelar: À luz da lei 12.403/11**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CAPÍTULO 29

FEMINICÍDIO E SEUS ASPECTOS RELEVANTES NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

*FEMINICIDE AND ITS RELEVANT ASPECTS IN THE BRAZILIAN
CRIMINAL SYSTEM*

Raimundo Vitor dos Santos Martins¹

Patricia de Cassia Barros de Sousa²

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA

2 Advogada, professora da Faculdade Anhanguera, São Luís-MA. Mestranda em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional. Especialista em Direito Administrativo, Direito Processual do Trabalho e Criminologia.



Resumo

O Brasil apresenta altas estatísticas e números de violências praticadas de forma rotineira contra mulheres, tornando-o o 5º país com a maior taxa de homicídios femininos no mundo. Diante disso, esta pesquisa teve como objetivo principal analisar os aspectos pertinentes ao feminicídio na legislação penal brasileira. O método utilizado para desenvolvimento da pesquisa foi hipotético-dedutivo, visando mediante o problema levantado pelo tema da pesquisa, apresentar hipóteses que expliquem a problemática levantada, através de uma revisão bibliográfica. A pesquisa evidenciou que as questões relacionadas ao gênero precisam ser debatidas no país, a fim de promover uma discussão a respeito dos altos índices de crime e violência contra mulher. A discussão dessa temática é fundamental e levantar informações sobre serviços que garantam direitos as mulheres em situação de risco, reafirmando que a violência contra elas pode ser combatida e que elas devem perder o medo e ir em busca de ajuda. No Brasil, o feminicídio é abordado no ordenamento jurídico pela Lei 13.104/15, mais conhecida como Lei do feminicídio, que introduz um qualificador na categoria de crimes contra a vida. Portanto, em função dos altos índices de crimes cometidos contra as mulheres no Brasil, há a necessidade urgente de leis de abordem com rigidez esse tipo de crime.

Palavras-chave: Feminicídio, Sistema prisional, Aspectos legais.

Abstract

Brazil has high statistics and numbers of violence practiced routinely against women, making it the 5th country with the highest rate of female homicides in the world. Therefore, this research aimed to analyze the relevant aspects of femicide in Brazilian criminal law. The method used to develop the research was hypothetical-deductive, aiming through the problem raised by the research topic, to present hypotheses that explain the problem raised, through a bibliographic review. The research showed that gender-related issues need to be debated in the country, in order to promote a discussion about the high rates of crime and violence against women. Discussing this issue is essential and gathering information about services that guarantee rights for women at risk, reaffirming that violence against them can be fought and that they must lose fear and seek help. In Brazil, femicide is addressed in the legal system by Law 13.104/15, better known as the Femicide Law, which introduces a qualifier in the category of crimes against life. Therefore, due to the high rates of crimes committed against women in Brazil, there is an urgent need for laws to strictly address this type of crime.

Keywords: Femicide. Prison System. Legal aspects.

1. INTRODUÇÃO

Nos termos da Constituição, da República Federativa do Brasil, em especial ao artigo 227, a família é a base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado, sendo obrigação desse ainda dar respaldo assegurar a proteção aos entes que a compõe por meio da adoção de instrumentos que coíbam a prática de ações de violência no âmbito familiar. Ocorre, que nem sempre a família é um ambiente afável, repleto de amor e cuidado, como deveria ser. No caso das famílias brasileiras, há de se mencionar que os registros de ocorrências de atos violentos ocorridos no âmbito familiar contra as mulheres crescem vertiginosamente. Com efeito, apesar dos homicídios masculinos ocorrerem com mais frequência e possuírem maior número, fato é que os homicídios femininos geralmente ocorrem no âmbito doméstico ou familiar, e, na grande maioria das vezes, são praticados por pessoas do sexo masculino.

Os atos de violência e os homicídios praticados no âmbito familiar ou doméstico por questões de gênero têm aumentado de forma abundante ao longo dos anos, sendo necessário que o Estado, cada vez mais, busque dar uma resposta as ocorrências cada vez mais frequentes que escandalizam a sociedade.

Porém, apesar do grande número de denúncias feitas e do crescimento das ocorrências, têm-se, na verdade, que o que aumentou não foi somente o número pessoas violentadas e assassinadas por razões de gênero, mas isso também se deu pelo fato de haver uma melhora significativa na coleta de dados quantitativos, e um crescimento no número de denúncias e de mulheres se insurgindo aos abusos praticados contra sua vida e todos os aspectos que a englobam, por meio de socorro requerido diretamente ao Estado.

Desta feita, o Estado vem tentando trazer um respaldo maior contra as violências de gênero, criando leis mais rigorosas e específicas, e por meio da implementação de políticas públicas que aproximassem a vítima do socorro estatal e que desse efetivamente um respaldo contra a impunidade dos agressores (a exemplo da criação do disque-denúncia). Assim, o legislador moderno vem criando normas mais severas e eficientes para coibir a prática de todo e qualquer abuso ou ameaça à integridade física e mental das vítimas, seja pelas instituições de medidas para afastar o agressor do convívio da vítima, ou mesmo para tutelar aquelas que possuem sua vida aviltada pelo motivo de ser mulher.

Muito se pesquisa e se fala a respeito do feminicídio. Os mecanismos vão sendo criados e as mulheres vão tendo a oportunidade de resistir e descobrir saídas até então escassas, movimentos de mulheres são fortalecidos por políticas públicas de representação feminina e os meios de denúncia abrem o caminho para fim da violência. Não há total resultado positivo, uma vez que muitas mulheres ainda morrem, mas a luta foi iniciada e as relações sociais machistas preestabelecidas passaram a ser questionadas e contrariadas pela resistência feminina e debates de gênero, justificando esta pesquisa.

O Brasil convive com altas estatísticas e números de violências praticadas de forma rotineira contra mulheres, o que o torna, no cenário mundial, o 5º país com a maior taxa de homicídios femininos. Diante deste contexto, questiona-se: Qual a importância e a necessidade de leis que tutelem, de forma específica, a integridade feminina?



Diante desses aspectos, a presente pesquisa teve como objetivo principal analisar os aspectos pertinentes ao feminicídio na legislação penal brasileira. Especificamente, buscou-se: conceituar o feminicídio, bem como os aspectos relacionados à violência contra a mulher e à desigualdade de gênero; analisar a construção do conceito de violência contra a mulher no Brasil; Abordar os principais aspectos relacionados à violência contra a mulher no Brasil.

O método utilizado para desenvolvimento da pesquisa foi hipotético-dedutivo, visando mediante o problema levantado pelo tema da pesquisa, apresentar hipóteses que expliquem a problemática levantada. O método de procedimento da pesquisa deu-se através de análise bibliográfica e documental com consulta de livros, pareceres e artigos jurídicos disponibilizados, principalmente, na internet.

2. DESIGUALDADE DE GÊNERO, VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E FEMINICÍDIO

Desigualdade de gênero é a desigualdade de poder entre homens e mulheres. Desigualdade de poder refere-se ao acesso às oportunidades nos âmbitos econômico, político, educacional ou cultural. Forma-se um círculo vicioso em que a ausência de mulheres nos espaços de liderança e decisão impede que haja melhorias para elas no ambiente corporativo, na esfera pública e no ambiente familiar.

Refletir sobre desigualdade de gênero nos impulsiona a rebuscar fundamentações da desigualdade que se iniciam nas classificações de atos, fatos, cores e uma série de coisas citadas como coisa de homem e coisa de mulher.

Quando um casal anuncia a descoberta do sexo do filho, são naturalmente mergulhados nas classificações do azul e rosa como referência de seu bebê. Um corte de cabelo mais curto, uma roupa mais larga se tornam taxações de masculinidade. O direito de escolha sobre os métodos contraceptivos ou a opção por não casar, não ter filhos que tornam esta mulher estranha e sem sentimentos (ALVES, 2020).

A referência trabalhista a ser pensada quando o assunto é questão de gênero é fundamento de constante luta e resistência a modos sociais que afirmam a desigualdade entre os gêneros. Neste contexto, o primeiro foco a ser lembrado é o campo de trabalho, que ainda hoje é exemplo claro de inferioridade do gênero feminino mal remunerado comparado com o masculino. Nas palavras de Teixeira (2010) ficam evidenciadas as questões de gênero vinculadas à remuneração.

Na busca por esses significados, parte-se da hipótese de que as sociedades democráticas contemporâneas, em sua maioria, orientam-se por concepções éticas que, por um lado, tenderam a eleger como espaço prioritário de avaliação da igualdade e exercício da liberdade aquele das relações econômicas, especialmente das relações de propriedade, trabalho e produção, e que, por outro lado, foram paulatinamente ampliando o grau de inclusividade do princípio de igual consideração (TEIXEIRA, 2010, p. 256).

Desta forma, temos um ponto de debate sobre desigualdade de gênero fruto das relações sociais de vinculação aos modos produtivos que se tornou a maior representatividade da liberdade humana pelo poder da produtividade financeira e a possibilidade de ter poder compra (ANGOTTI; VIEIRA, 2020). O que não elimina as marcas sociais do machismo que sempre dão ao masculino as oportunidades mais significativas.

O limitado sucesso da ação institucional voltada à promoção da igualdade entre gêneros pode ser debitado ao fato de ela encarar os processos discriminatórios como orientados por escolhas motivadas arbitrariamente pelo gênero, pura e simplesmente, quando, em verdade, eles guardam relação com a própria estrutura social, moldada, ao longo dos séculos, segundo interesses, necessidades e pontos de vista primordialmente masculinos (TEIXEIRA, 2010, p. 261).

Da mulher é esperado todo seu desempenho espetacular na profissão, mas sem deixar de ser a dona de casa e mãe de família perfeita. É permitido o espaço, desde que a mesma não falhe nas construções sociais machistas para qual foi designada. Fatores como a determinação cultural da superioridade do homem em comparação a mulher, a ideia do homem que protege o sexo frágil, a mulher submissa que edifica sua casa são as constâncias que seguem a fundamentar os atos violentos de posse, domínio e direito a proteção masculina do que lhe pertence por meio da força (ANGOTTI; VIEIRA, 2020).

O termo sororidade surgiu originariamente na França para contemplar a luta feminina por direitos e cidadania. Ele significa a união de mulheres que compartilham os mesmos ideais e propósitos, normalmente de teor feminista, sendo caracterizada pelo apoio mútuo evidenciado entre elas; o termo vai além do respeito e passa pelo não julgamento de outras mulheres, mas de ouvir e respeitar suas reivindicações com empatia e seus contextos sociais sem discriminar qualquer mulher por causa da sua raça, credo ou profissão, trabalhando para que todas ocupem os espaços que lhes cabem na sociedade, inclusive em todas as esferas do ambiente político.

2.1 Violência contra a mulher

As construções de ideias sobre o porquê uma mulher foi agredida ou foi morta giram em torno de uma série de frases como “Em briga de marido e mulher não se mete colher!”, “Foi morta por ciúmes”, “Ele bate, mas não falta nada em casa!”, “Está com ele: gosta de apanhar!” isso são considerados vieses incoscientes que só segregam, excluem e marginalizam. São frases que reafirma todas as marcas culturais de dominação e superioridade do homem sobre a mulher, que conseguem estabelecer culpa a vítima pelos atos violentos a que está submetida (BANDEIRA; MAGALHÃES, 2019).

Desta forma, entra a questão principal, “Quem é o agressor?”, esta é a pergunta a ser respondida para o início do processo de resistência as situações de violência (MAGALHÃES et al., 2015). Assim, ficam as seguintes definições:

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) define a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte,



dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada:

a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra (SOARES, 2005, p. 14).

A discussão dessa temática é fundamental e levantar informações sobre serviços que garantam direitos as mulheres em situação de risco, reafirmando que a violência contra elas pode ser combatida e que elas devem perder o medo e ir em busca de ajuda.

Soares (2005), traz a descrição dos tipos de violência que se configuram em diferentes formas e atingem as vítimas de fatores físicos ao psicológicos. Se te empurra, chuta, amarra e bate temos o exemplo de violência física. Se te calunia, injúria e difama, temos a violência moral. Se te humilha, insulta, isola e persegue, configura-se a violência psicológica. Se te pressiona, exige práticas que você não gosta, nega o uso de preservativo e o direito a métodos contraceptivos, temos a violência sexual. E por fim, se temos situações de controle do seu dinheiro, de suas compras, destruição de objetos, impedimento de trabalhar e ocultação de bens e propriedades, torna concreta a violência patrimonial ou econômica.

Os casos de violência são os fatores determinantes de aprisionamento da vítima em mais de um fator, entender que a violência contra a mulher lhe atinge em mais de um estágio de sua vida torna concreta a consciência de este não é um aprisionamento opcional, não é um simples círculo de vivência que se rompe instantaneamente de um dia para o outro. Este é um aprisionamento que envolve fatores de perda do medo, conquista do espaço de fala, reconstrução pessoal e resgate de vínculos sociais (PRADO; SANEMATSU, 2017).

As autoras Rodrigues e Joffer (2015, p. 09) enfatizam a violência contra a mulher como uma nova expressão forte da questão social, tão presente em nosso cotidiano, que se tornou uma endemia, um problema "sem freio" nas mãos do governo. Desta forma, tal citação nos remete ao ponto dos constantes casos de denúncia de violência e ocorrências de feminicídios, o que nos faz questionar se os casos estão aumentando ou se as mulheres por maior esclarecimento e demonstrações de apoio, estão se sentindo mais confiantes em buscar ajuda.

Não é um fato que ocorre apenas no Brasil, mas no mundo todo, é uma realidade social, um fato que precisa ser extinguido. Para que isso ocorra, deve se haver uma conscientização por parte do homem; que denegrir física, moral, psicologicamente e fisicamente não acarretara em nada para ele ou para a relação, do que além de uma punição forte da justiça. Já pela parte feminina, não deixando de denunciar ou prosseguir com o processo para que o agressor seja julgado e sentenciado como deve ser; tomando essas medidas pode-se diminuir consideravelmente esse fato, que é tão lamentável, agindo

para haver uma quebra de paradigmas que é o nosso mundo, em pleno século XXI, que é o patriarcado e a violência de gênero (RODRIGUES; JOFFER, 2015, p. 09).

Neste sentido, as redes de apoio à mulher e combate à violência demonstram-se cada vez mais necessárias, pensar a democratização de debates sobre o assunto mostra-se libertador e principalmente pensar Políticas de enfrentamento para cada nível de violência sofrida cotidianamente é a possibilidade concreta de reconstrução de vida destas mulheres.

No início de 2022, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Brasil constituiu, por unanimidade, o entendimento de que a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha – LMP) se estende e se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais.

A Corte entendeu que as agressões sofridas pela vítima (uma mulher transexual), cometidas por seu pai em sua casa, alcançaram o dispositivo do art. 5 da LMP configurando uma violência baseada no gênero e não no sexo biológico, e determinou a aplicação das medidas protetivas requeridas nos termos do art. 22 da referida Lei.

2.2 Femicídio

O conceito registrado de início do reconhecimento dos atos de crime por razões de gênero com foco em mulheres como vítima está que:

Com a Lei 13.104/15, surge à previsão do crime de feminicídio, a partir de inclusão do inciso VI no parágrafo segundo do artigo 121 do Código Penal brasileiro, o qual reza que também é classificado o homicídio contra a mulher por causa da condição de sexo feminino, sendo “razões de condição de sexo feminino quando crime envolve: I – violência doméstica familiar e II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (par. 2º-A) (MARIANO, et al., 2015, p. 04).

Neste sentido, temos a representação de criminalização de uma prática até então julgada de forma conjunta como os demais homicídios. O inciso traz à tona a ênfase de que o sexo feminino está sendo assassinado e razão principal está na relação de gênero moldada nos conceitos históricos de superioridade do homem, de posse, do falso protecionismo masculino a fragilidade e submissão feminina.

Prado (2017) chama atenção para a participação do Estado nesta grave questão social, uma vez que ela classifica o feminicídio como morte evitável – que não aconteceria sem a convivência institucional e social as discriminações e violências – ela demarca que o Estado por ação ou omissão, compactua com a perpetuação destas mortes.

Desta forma, tal afirmativa abre a reflexão de como o Estado ainda apresenta falhas no processo de responsabilização, proteção, reparação e prevenção. Seja por questões de constantes casos de mortes por feminicídio ou por denúncias que seguem de acompanhamento de casos com relatos de vítimas da falta de humanização dos profissionais que

tratam destas situações criminosas.

O feminicídio é crime hediondo desde 2015, com pena prevista na classificação em homicídio qualificado de 12 a 30 anos com acréscimos feitos de acordo situações particulares de vítima gestante, menor de 14 anos ou maior de 60 anos, mulher com deficiência e ascendência ou descendência do grupo (PRADO, 2017, p. 12-13). Todos os relatos de morte acompanhadas de tortura, requinte de crueldade e premeditação deixam as marcas claras de sobreposição das questões de desigualdade de gênero que a cercam.

As violências que ocorrem antes deste ato final são como etapas de alerta para tal consequência e é durante esse espaço temporal que medidas e mecanismos de proteção ainda apresentam déficits.

Um círculo de perpetuação que alimenta os casos de assassinato de mulheres, parentes, parceiros ou ex, motivados por sentimento de posse, que não aceitam o fim do relacionamento, é desta forma que Prado (2017, p. 10) delimita os meios que levam ao fim do feminicídio. A autora demarca ainda que fatores como o processo de investigação ajudam a comprovar se o caso de homicídio tem a especificação de feminicídio, onde a ONU Mulheres em parceria com a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, criaram as Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres, aprimorando as investigações criminais (RIBEIRO, 2017).

Os mecanismos vão sendo criados e as mulheres vão tendo a oportunidade de resistir e descobrir saídas até então escassas, movimentos de mulheres são fortalecidos por políticas públicas de representação feminina e os meios de denúncia abrem o caminho para fim da violência (SANTANA, 2019). Não há total resultado positivo, uma vez que muitas mulheres ainda morrem, mas a luta foi iniciada e as relações sociais machistas preestabelecidas passaram a ser questionadas e contrariadas pela resistência feminina e debates de gênero.

Entretanto, mesmo após três anos da implementação da lei, o crime de feminicídio ainda é bastante subnotificado. A princípio, o percentual de casos de feminicídios parece relativamente baixo quando comparado às outras tipificações. Entretanto, uma observação mais detalhada dos casos acompanhados indica a presença de subnotificação para este tipo de crime. Por um lado, os dados apontam a pouca efetividade das investigações e o baixo percentual de esclarecimento daquelas mortes, o que pode resultar em subnotificação de crimes desta natureza. Isto porque é preciso uma investigação conclusiva para que o feminicídio seja assim tipificado. Por outro lado, em alguns casos existe desconhecimento ou mesmo incompreensão das autoridades a respeito do feminicídio.

3. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

O termo violência vem do latim "violentia", que dentre tantos outros conceitos, pode significar juridicamente como constrangimento físico ou moral exercido sobre alguém, para obrigá-lo a submeter-se à vontade outrem; coação. É qualquer conduta de discrimi-

nação, agressão ou coerção pelo simples fato de ser mulher e que lhe cause constrangimento, sofrimento sexual, psicológico, patrimonial, político, econômico, social, em geral, qualquer dano que a caracterize como violência. Este conceito vem de uma construção histórica de movimentos feministas, as mulheres se mantinham indignadas com a legítima defesa da honra, argumento utilizado pelos homens para matar mulheres, com resultado de absolvição ou pena mínima (ALVES, 2020).

Podemos encontrar o conceito de violência doméstica e familiar positivada na Lei 11.340/2006, que dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

É aquela que envolve membros de uma mesma família, ou que se considerem aparentados por laços sanguíneos, civis, por afinidade, afetividade, relações íntimas de afeto como o namoro. Desse modo, a violência pode ter consequências irreversíveis, potencializando o medo, a insegurança, fazendo com que a mulher se afaste do seu convívio social, deixando de exercer em plenitude o que lhe é dado por direito através da Lei afetando a sua capacidade produtiva, a sua autoestima, a sua capacidade de viver em sociedade. O nosso sistema social e cultural subordina o sexo feminino e isso torna cada vez mais difícil desconstruir essa visão de que o homem é superior à mulher e que as mesmas acabem aceitando essa condição de subordinação que a sociedade, através da história, acaba impondo (BANDEIRA; MAGALHÃES, 2019).

Sendo assim, trata-se de um espaço em disputa onde as construções culturais vem dando lugar ao sexo masculino e seus significados como superiores, o que resulta em relações de poder injustas e desiguais variando culturalmente e historicamente dando lugar a configurações específicas, as quais interagem como o conjunto das relações sociais, produzindo diferentes formas de discriminação, preconceito e opressão que acaba variando dependendo do tempo e do lugar (RIBEIRO, 2017).

Como citou-se anteriormente, a Lei Maria da Penha, em sua destinação para definir o perfil da mulher amparada pela legislação não é considerada um grupo homogêneo de mulheres e sim singulares, não se valendo de raça, etnia, se é judia ou católica, analfabeta ou servidora pública, de qualquer lugar do País. A pluralidade de mulheres em situação de violência doméstico-familiar pode se valer das disposições legislativas, conforme preconiza o artigo 2º da Lei nº 11.340/2006:

Art. 2º. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Além disso, vale destacar que a violência doméstica não é configurada somente na unidade doméstica compreendida pelo espaço físico estrutural de convívio com as pessoas, mas também, na unidade familiar, com as pessoas em que a vítima de violência seja aparentada naturalmente ou por afinidade, afetividade, em qualquer relação de afeto, casamento, união estável, ou um namoro, inclusive para isso, não é necessário que a pessoa envolvida afetuosamente com a vítima esteja em um relacionamento atual com mesma. Essa discussão gerou muito embate jurisprudencial e acabou sendo matéria pacificada o entendimento de que a Lei Maria da Penha se estende para as relações afetivas atuais ou passadas, independentemente do tempo que duraram (SANTANA, 2019).

Essa discussão se baseia no passado das vítimas, as mulheres, que como já dito, sofreram e sofrem preconceito somente pelo fato de ser mulher. O sexo feminino, considerado como sexo frágil ainda atualmente, traz a figura de uma pessoa sensível, fraca, alguém que não consegue por si só tomar decisões e ter opiniões, devendo ser ensinada somente para servir, para ser mãe e cuidar da casa, dos filhos e do marido. O destino da Lei Maria da Penha é justamente para proteger as mulheres dos pensamentos preconceituosos e arcaicos que nasceram com o patriarcalismo. Além disso, é importante constatar que a violência contra a mulher como ofensa à dignidade da pessoa humana e manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre os homens e as mulheres que fundamentou a adoção da Convenção de Belém do Pará no sistema interamericano da Organização dos Estados Americanos (SANTANA, 2019).

Ao averiguar o perfil abusivos desses relacionamentos, verificamos comumente, a figura do homem ciumento e possessivo que, inicialmente, começa proibindo a mulher de usar determinada roupa ou frequentar determinados lugares, muitas vezes a impede de trabalhar, passa então a afastá-la de seus amigos e familiares. Esse comportamento obsessivo tem uma razão: fazer com que o mundo passe a girar em torno do homem, para que a mulher se sinta dependente e incapaz de deixá-lo, ao passo que possa dominá-la completamente.

Esse tipo de relacionamento tóxico massacra a individualidade e agride intimamente a mulher, não só pela violência física propriamente dita, mas também pelo abalo psicológico, onde o companheiro ataca verbalmente a parceira, a fazendo se sentir inferior, menos que ele. É uma relação extremamente conturbada, onde o sentimento de posse sobre a mulher prevalece e o homem é detentor de todos os atributos dessa "propriedade".

"O jogo de poder masculino advém dessas crenças de o homem possuir certos direitos e privilégios a mais do que as mulheres. Os ciúmes podem estar relacionados à possessividade: muitos homens tratam as mulheres como objeto de sua propriedade", aponta Fonseca, Ribeiro e Leal (2012, p. 312).

Por outras palavras, ao ser vista como objeto da relação, a mulher deixa de ter status de ser humano, perdendo completamente a pouca autonomia que tinha sobre seu corpo e suas liberdades individuais. Desse modo, o agressor só necessita de um pretexto

para retirar a vida da mulher. Por pretexto, entende-se aqui como uma situação que desagrada o homem a tal ponto que ele decida utilizar a sua violência em maior grau causando o feminicídio, e não como uma forma de justificar tal crime, afinal, não se pode aceitar que uma pessoa tire a vida de outra com o argumento que a ama demais.

A violência doméstica e familiar é reconhecida pela Lei Maria da Penha, sob cinco formas, quais sejam: física, sexual, psicológica, patrimonial e moral. Podendo ser cometidas de forma conjunta ou de forma isolada. Vejamos especificamente cada uma delas, a seguir:

3.1 Violência Física

Considera-se violência física, mesmo aquela que não tenha deixado marcas muito aparentes, é entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da ofendida. Caracterizada por contato físico do qual lhe cause dor que podem ou não resultar em lesões no corpo. Tendo como exemplo: socos, beliscões, mordidas, tapas, facadas, puxões de cabelo, cortes, queimaduras, chutes, asfixia, dentre outras inúmeras formas de agressão (SILVA, 2019).

O artigo 7º, inciso I, da Lei nº 11.340/2006 dispõe sobre este tipo de violência:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

O artigo 129 do Código Penal dispõe ainda que a integridade física e a saúde corporal são objetos de proteções jurídicas. Não só a lesão dolosa, mas também a culposa, constituem violência física, sendo que nenhuma distinção é feita sobre a intenção que o agressor tem na hora de agredir a vítima.

3.2 Violência Psicológica

Através da Convenção de Belém do Pará que também é conhecida como Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica foi incorporada a Violência Psicológica, que pode ser caracterizada como a conduta que cause danos emocionais e diminuição da autoestima da vítima, prejudicando e perturbando o desenvolvimento degradando suas ações, comportamentos, crenças, decisões (MARIANO, 2015). Dispõe o artigo 7º, inciso II, da Lei nº 11.340/2006:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, explo-

ração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Os agressores em geral, em uma de suas estratégias utilizam de forma ardil seus próprios filhos, já que para atingir a mãe, maltratam as crianças para atingir as mães como forma de violência velada, na tentativa de machucar os sentimentos maternos. A agressão emocional tratada neste dispositivo, pode ser vista também como aquela em que o agressor sente prazer em ver a vítima humilhada, amedrontada, aterrorizada, ou seja, ele se aproveita da condição em que a vítima se encontra, inferiorizada, diminuída, chantageando-a ou insultando-a, explorando-a através de qualquer meio que lhe cause prejuízo a sua autodeterminação ou à saúde psicológica, podendo ser até através de atos como a proibição de usar algum tipo de roupa, de trabalhar fora de casa, de sair, de desenvolver atividades que o agressor entenda que somente possa ser exercida pelo sexo masculino, ou até mesmo ser forçada a retirar a queixa que a vítima tenha feito perante a autoridade policial mais próxima, por exemplo (BANDEIRA; MAGALHÃES, 2019).

As mulheres que sofrem esse tipo de violência, podem acabar desenvolvendo diversos problemas, que não afetam somente o seu psicológico, mas a sua vida e a sua saúde em geral, que podem comprometer e deixar seqüelas graves, mesmo que não tenham deixado cicatrizes ou marcas aparentes. Os sintomas são: depressão, ansiedade, medos, pânicos, entre outros, e embora esta seja uma das violências mais frequentes, é uma das menos denunciadas pelas vítimas (BANDEIRA; MAGALHÃES, 2019).

A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violência e devem ser denunciados. Para a configuração do dano psicológico não é necessária a elaboração de laudo técnico ou realização de perícia (DIAS, 2007, p. 48).

3.3 Violência Sexual

Esta é entendida como qualquer conduta que exponha a vítima a presenciar, manter ou participar de relação sexual que não deseja. Verifica-se no artigo 7º, inciso, III, da Lei nº 11.340/2006:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Não é somente a violência em que a vítima participa de forma indesejada de uma relação sexual, mas também se trata do impedimento da vítima em utilizar métodos contraceptivos ou que force a gravidez da vítima, aborto, casamento, por meio de manipulação

e suborno. Desta maneira, caracterizando o estupro.

3.4 Violência Patrimonial

Pode ser entendida como qualquer conduta que retenha, subtraia, destrua os objetos da vítima, documentos pessoais, bens. O agressor se apodera, ou destrói os bens da vítima, se aproveitando da relação de confiança, sendo assim, no caso do crime de furto o agressor, não se pode falar em isenção da pena (BANDEIRA; MAGALHÃES, 2019).

O artigo 7º, inciso IV, da Lei 11.340/2006, dispõe:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Faz parte ainda para caracterização da violência patrimonial, deixar o alimentante de atender as obrigações alimentares, quando dispõe de condições para atender essa obrigação, pois a vítima necessita deste meio para sobreviver, ou seja, para atender as suas necessidades. É de praxe acontecer de o agressor se apoderar do dinheiro e bens da vítima para que ela não tenha acesso, juntamente com a maneira de pensar arcaica de que a mulher não seja capaz de administrar seus bens sozinha, ou decidir empreender. Não somente na condição de ser companheiro da vítima, esposo, namorado, ou ter alguma relação de proximidade com a mulher, mas também quando o agressor apenas convive no mesmo âmbito de convivência com a vítima. Além disso, aqueles que se ocultam levando consigo todos os bens e recursos econômicos que a vítima possuía para sua sobrevivência (BANDEIRA; MAGALHÃES, 2019).

3.5 Violência Moral

Ocorre quando qualquer conduta que configure em difamação, calúnia ou injúria. A difamação caracterizada como imputar fato ofensivo a sua reputação, a calúnia, como imputar falsamente fato definido como crime e a injúria por ofender a dignidade ou decoro de alguém. Com a vítima, a difamação pode ocorrer como, por exemplo, dizer que a vítima é incompetente ou que é alcoólatra, denegrindo a sua reputação. No caso da calúnia, pode-se citar como exemplo quando o agressor diz que a mulher faz programas ou que tenha roubado o seu carro, e a injúria, tem a ver com a honra subjetiva da vítima, como por exemplos e dirigir a vítima com xingamentos, chamá-la de idiota e assim por diante (SANTANA, 2019). O artigo 7º, inciso V dispõe o seguinte:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.



Vale destacar que essa violência não ocorre somente quando agressor e vítima estão próximos fisicamente, como também pode ocorrer por meio telefônico ou pela internet, o que é muito comum acontecer para caracterizar a violência moral (BANDEIRA; MAGALHÃES, 2019).

Afetar a moral de uma mulher pelo simples prazer de vê-la diminuída perante a sociedade ou até mesmo dos seus familiares é algo abominável, na cabe mais o pensamento retrógrado de que mulher serve apenas para dirigir fogão. Nota-se que cada vez mais a mulher vem ganhando espaço e o que ela precisa é de paridade e não de julgamentos preconceituosos e medíocres, todos devem se conscientizar que não há uma disputa diuturna entre quem pode ou quem sabe mais se o homem ou a mulher, nos cabe apenas respeitar a condição de SER HUMANO.

4. O FEMINICÍDIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

A Lei 13.104/2015 tem proporcionado diversas discussões a respeito da sua necessidade, eficácia, natureza jurídica, abrangência e constitucionalidade, assim como prováveis equívocos de ordem legislativa. Inicialmente, surge um questionamento a respeito da constitucionalidade de Lei 13.104/15, tendo em vista que a mesma poderia provocar divergências em relação ao princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal. Em ação Declaratória de Constitucionalidade, o relator Marco Aurélio (2018) destaca que a Lei do Femicídio constituem ações afirmativas:

A Lei Maria da Penha e a lei do Femicídio são ações afirmativas que buscam a igualdade material das mulheres que além de normalmente possuírem alguns aspectos físicos inferiores aos dos homens, estiverem culturalmente marginalizadas na sociedade e sofreram por anos com discriminações e submissões por questões ligadas ao sexo biológico. Com efeito, o julgamento unânime da ADC nº 19 pelos ministros do Supremo Tribunal Federal apenas reforça a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e a extrema preocupação dos ministros com políticas de prevenção e combate aos crimes contra a mulher (MELLO, 2018).

Tendo em vista o esclarecimento a respeito da inconstitucionalidade da lei, destaca-se um questionamento a respeito da natureza jurídica e qualificadora do feminicídio, assim as posições doutrinárias são variadas. Para Oliveira (2015), a qualificadora do feminicídio apresenta natureza totalmente objetiva, tendo em vista que a norma aplica-se ao gênero da vítima. Contrariamente ao exposto, doutrinadores como Aline Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2015), ressaltam que a qualificadora do feminicídio é tanto objetiva como subjetiva:

A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Sabe-se que é possível coexistência das circunstâncias privilegiadoras (§ 1º do art. 121), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV). Quando se reconhece (no júri) o privilégio (violenta emoção, por exemplo), crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio (posição de Rogério Sanches, que compartilhamos). É impossível pensar num feminicídio,

que é algo abominável, reprovável, repugnante à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima. Uma mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado lhe mata. E mata por uma motivação aberrante de achar que a mulher é de sua posse, que a mulher é objeto, que a mulher não pode contrariar as vontades do homem. Nessa motivação há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino. Em razão disso, ou seja, por causa disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime, sim, sua razão, seu motivo. Por isso que é subjetiva (BIACHINI; GOMES, 2014, p.20).

O doutrinador Eduardo Luiz Santos Cabette (2015) compreende também que a qualificadora do feminicídio é subjetiva:

Perceba-se que a qualificadora do feminicídio não é objetiva como pode parecer em uma análise perfunctória. Não basta que a vítima seja mulher (fato objetivo), mas a isso deve aliar-se o dolo específico de que a morte tenha por motivação a violência de gênero, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher. Dessa forma, a qualificadora em estudo é de natureza subjetiva e, portanto, incompatível com o homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP), que prevê diminuição de pena, todas elas de natureza também subjetiva. Ou seja, na figura do feminicídio não é possível o reconhecimento do chamado “homicídio privilegiado-qualificado”, mas tão somente do homicídio qualificado (CABETE, 2015, p.33).

Fernando Capez (2018), também entende que a qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, como o mesmo dispõe:

Importante destacar que a qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente (“razões de condição de sexo feminino”). Não pode ser considerada como objetiva, pois não tem relação com o modo ou meio de execução da morte da vítima (CAPEZ, 2018, p.129).

No entanto, para Luciano Anderson de Souza e Paula Pécora de Barros (2016), a natureza da qualificadora possui natureza mista, apresentando traços tanto objetivos como subjetivos, como se observa:

Isso porque se considera violência doméstica e familiar de acordo com o conceito extraído da Lei Maria da Penha, em seu art. 5º.2 Em vista disso, a qualificadora pode ser considerada de natureza objetiva, constituindo “quadro fático-objetivo não atrelado, aprioristicamente, aos motivos determinantes da execução do ilícito”. Seguindo tal interpretação, no entanto, considera-se possível que a qualificadora seja aplicada em casos em que não houver propriamente discriminação por condição de ser mulher, demonstrando possível equívoco de tal dado objetivo estar inserido em disposição que trata de circunstâncias de natureza subjetiva, ou seja, pela motivação do crime em razão da condição de sexo feminino. A norma presente no inciso II, por outro lado, dependerá de interpretação do aplicador, que deverá definir a extensão da expressão menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Esse inciso abarca cenário maior do que violência doméstica ou familiar, e será aplicado em qualquer situação de fato que não ocorra no âmbito doméstico, familiar

ou de relação íntima entre o agente e a vítima, devendo necessariamente nesse inciso haver menosprezo ou discriminação contra a mulher (SOUZA; BARROS, 2016, p.14).

O Superior Tribunal de Justiça compreende que a qualificadora do feminicídio apresenta natureza objetiva:

Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do animus do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de *bis in idem* no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva. 2. A sentença de pronúncia só deverá afastar a qualificadora do crime de homicídios e completamente dissonante das provas carreadas aos autos. Isso porque o referido momento processual deve limitar-se a um juízo de admissibilidade em que se examina a presença de indícios de autoria, afastando-se, assim, eventual usurpação de competência do Tribunal do Júri e de risco de julgamento antecipado do mérito da causa. 3. Habeas corpus denegado (STJ, 2018).

Conforme exposto acima, compreende-se que, de acordo com os doutrinadores Fernando Capez (2018), Aline Biachini (2015), Luiz Flávio Gomes (2015) e Eduardo Luiz Santos Cabette (2016), a qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva.

Em vigor há seis anos, a Lei do Feminicídio (13.104/2015) prevê circunstância qualificadora do crime de homicídio e inclui o feminicídio no rol dos crimes hediondos. A lei considera o assassinato que envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A Lei 13.104/2015, prevendo a qualificadora do crime de feminicídio, não apresentou nenhuma novidade, mudando somente o nome da conduta. Antes da criação desta lei, o homicídio de uma mulher relacionado ao gênero, era configurado como fútil ou torpe (RODRIGUES; ARAÚJO, 2016, p. 34).

Neste contexto, os doutrinadores Wollz Marques e Isaac Sabbá Guimarães destacam que (2015):

O feminicídio enquadra-se perfeitamente no conceito de Direito Penal Simbólico, uma vez que se trata de criminalização de uma conduta originada sem um estudo Político-Criminal, justificada apenas em dados estatísticos de violência contra a mulher, visando, de maneira clara, instituir tranquilidade na população e transparecer que o legislador está cumprindo com seu dever. Há, outrossim, a ausência de observação do princípio da legalidade, pois a lei trouxe um conceito aberto, dando margem a uma vasta interpretação sobre o que seria "menosprezo e discriminação à condição de mulher", bem como uma criminalização desnecessária, pois o agente matar uma mulher pelo simples fato de ter menosprezo e/ou discriminação pela condição do gênero dela, subsume-se ao inciso I, do § 2º do art. 121 (homicídio qualificado por motivo torpe) (MARQUES; GUIMARÃES, 2015).

Pelo entendimento de Silva (2019) depreende-se que o homicídio doloso de uma mulher por razões de gênero é do tipo qualificado, como destaca-se:

o homicídio de uma mulher nessas circunstâncias sempre foi, desde o nascedouro do nosso velho estatuto repressivo vigente em 1940, uma espécie de homicídio doloso qualificado, qual seja, aquele que tem motivação com base na torpeza (art. 121, §2º, I, "in fine", CP), com a pena exatamente igual ao do "novo" feminicídio (SILVA, 2019, p. 32).

Portanto, compreende-se que, antes mesmo da criação da Lei 13.104/2015, o homicídio feminino, cuja causa está relacionada ao gênero, já configurava-se como qualificado, pelo motivo fútil ou torpe, tendo em vista que a criação desta lei ocorreu sem qualquer estudo prévio político ou criminal, baseando-se apenas em dados estatísticos.

A mulher trans, especialmente aquela que optou apenas pelo processo de feminilização do corpo, possuem uma autoimagem fragilizada, devido à hostilidade sofrida na sociedade em decorrência da prevalência do modelo binarista de pensar e agir, que agrava mais ainda o conflito entre o que o mundo externo diz, e o que ela realmente sente, isso tudo devido ao fato de apenas tentar alcançar a efetivação do direito de existir enquanto pessoa, com sua identidade de gênero respeitada (BARBOSA; SILVA, 2015). Nesse contexto, é importante lembrar que a Lei do feminicídio foi influenciada pela Lei Maria da Penha, a qual expressa à vontade de não excluir nenhuma mulher de seu âmbito de aplicação, buscando garantir o direito de que todas as mulheres vivam sem violência de gênero. Nesse sentido, por meio de uma interpretação sistemática, pode-se concluir que, ao restringir as vítimas de feminicídio às mulheres do 'sexo feminino', a Lei do feminicídio estaria indo de encontro ao conceito amplo de 'mulher' inserida pela Lei Maria da Penha em nosso ordenamento jurídico (COSTA; MACHADO, 2017). Ademais, existe o argumento de que a vontade legítima do legislador não pode ser desconsiderada, quando entendeu modificar o texto original da então PLS 292/2013, retirando o termo 'gênero' para substituí-lo por 'sexo'. Entretanto, hoje, o que prevalece é a teoria objetiva da interpretação da lei segundo a qual deve ser buscada a vontade geral de uma comunidade, e não a vontade pessoal de alguém

5. CONCLUSÃO

Na esfera jurídica, violência significa uma espécie de coação, ou forma de constrangimento. O termo violência contra a mulher, surgido nos anos 70, através do movimento feminista, refere-se à violência como ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual e integridade moral. Diante disso, constatou-se com esta pesquisa que, questões como desigualdade de gênero, violência e Políticas Públicas devem ser refletidas e debatidas para que se entenda os fundamentos que levam ao feminicídio como consequência final extrema de ruptura da vida de uma mulher.

Em 2015, foi sancionada, no Brasil, a Lei do Feminicídio. Trata-se da Lei nº 13.104/15, que altera o Código Penal brasileiro instituindo um novo agravante específico de homicídio: o feminicídio, que é, basicamente, o homicídio ocorrido contra uma mulher em decor-

rência de discriminação de gênero, ou seja, por sua condição social de mulher, podendo também ser motivado ou concomitante com violência doméstica.

A Lei do Feminicídio introduz uma nova categoria de homicídio no Código Penal. Já existem, na seção que trata de crimes contra a vida do Código Penal brasileiro, o homicídio simples e os homicídios qualificados. A Lei do feminicídio introduz uma nova seção qualificadora dos homicídios simples, o que torna a pena maior. O homicídio simples pode acarretar penas de 6 a 20 anos de reclusão, enquanto os homicídios qualificados podem levar o condenado a cumprir de 12 a 30 anos de reclusão. Foram criadas no Brasil as rondas e patrulhas Maria da Penha que visam intervir em caso de violência doméstica e também como forma de auxiliar e acolher as vítimas deste tipo de violência. Tais serviços são ofertados pelas Polícia Militar e têm como destaque o trabalho árduo da Major Denice da Bahia e da Coronel Augusta Andrade no Maranhão.

A lei também altera a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), colocando o feminicídio como um crime hediondo, o que faz com que o ritual do julgamento seja dado, especialmente, por um Tribunal do Júri (mais conhecido como júri popular).

A grande quantidade de crimes cometidos contra as mulheres, bem como os altos índices de feminicídios praticados revelam justificativas suficientes para a implementação da Lei 13.104/15, conhecida como Lei do Feminicídio, que apresenta um qualificador na categoria criminal de crimes contra a vida, alterando também a categoria de crimes hediondos, ao passo que acrescenta nesta categoria, o feminicídio.

Ressalta-se também que, o reconhecimento de políticas que representam um nadar contra a maré, um ato de resistência e luta pelo direito à vida e a liberdade das mulheres torna real a possibilidade de entender que as mesmas não são meros objetos frágeis que precisam ser mantidos sob o falso protecionismo masculino. Sendo dotadas de total discernimento e possibilidades de manterem suas vidas sem os limites e dependências impostas.

Por conseguinte, foram delineados os direitos e as garantias já conquistadas pelas mulheres transexuais, bem como a temática do feminicídio, seu conceito, sua origem e questões práticas. Deve-se salientar o debate doutrinário acerca da aplicabilidade da qualificadora do feminicídio nos casos em que mulher transexual figurar como vítima; a omissão legislativa e a ausência de segurança jurídica nas decisões judiciais prolatadas em todo o país, o que inviabiliza um maior combate e uma maior punição a tais práticas nefastas, assim como a concretização do direito fundamental à igualdade material.

Por fim e não menos importante, vale frisar que em tempos de pandemia houveram aumentos de casos, segundo divulgação de telejornais e periódicos eletrônicos que divulgam diariamente em massa por meio da televisão, rádio e internet, uma estatística que nem sempre é exata em razão da subnotificação. É preciso que se fale cada vez mais sobre o assunto e que o poder público possa estar aberto a ouvir os anseios sociais para desenvolver não apenas leis, mas programas que possam prevenir, coibir e acabar com as reincidências no que diz respeito ao feminicídio.

Referências

- ALVES, Carlos Igor Nogueira. **Aspectos jurídicos e antropológicos do feminicídio no Brasil**. 2020. Tese de Doutorado.
- ANGOTTI, Bruna; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. **O processo de tipificação do feminicídio no Brasil**. p. 35, 2020.
- BANDEIRA, Lourdes Maria; MAGALHÃES, Maria José. **A transversalidade dos crimes de femicídio/feminicídio no Brasil e em Portugal**. 2019.
- BINCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. "Feminicídio: entenda as questões controversas da Lei 13.104/2015". **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 16, n. 91, p. 9-22, abr./maio 2015.
- BRASIL. Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 13.104**, de 9 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 03 mar. 2022.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A Criminologia no século XXI. **Revista Jurídica da Unisal, Lorena, ano**, 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo. Editora: Saraiva. 2018.
- FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade**. São Paulo: Atlas S.a., 2015.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral I**. Niterói: Editora. Impetus. 2015.
- MARIANO, Mariana Dias et al. **Mortes violentas de mulheres: desafios do Ministério Público no combate ao crime de feminicídio**. Ministério Público do Paraná. 2015.
- MARQUES, Daniel Wollz; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Política criminal: o feminicídio e o direito penal simbólico**. Disponível em: <https://danemarques.jusbrasil.com.br/artigos/240740977/politica-criminal-o-feminicidio-e-o-direito-penal-simbolico>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- MELLO, Adriana Ramos. Feminicídio: Uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.19, n. 72, jan./mar. 2018.
- OLIVEIRA, Amanda Carolina Gondim de A. et al. Feminicídio e Violência de Gênero: Aspectos sociojurídicos. **Revista Tema**, v. 16, n.24-25, p.21-45, 2015.
- PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa. **Feminicídio: invisibilidade mata**. São Paulo: Editora Fundação Rosa Luxemburgo, Instituto Patrícia Galvão, 2017.
- RIBEIRO, Lilia Brum de Cerqueira Leite. **CLAMORIS: O crime de feminicídio no Brasil à luz do Direito Internacional Público**. 2017. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra.
- RODRIGUES, Carla Estela dos Santos; ARAÚJO, Eronides Câmara de. Leis civis e penais machistas do século XX e a obra Homens Traídos. **Revista A Barriguda**, Campina Grande, 2016.
- RODRIGUES, Rafaella; JOFFER, Suzana. **Violência contra a mulher: uma expressão da questão social em evidência**. I Congresso Internacional de Política Social e Serviço Social: Desafios Contemporâneos. 2015.
- ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SANTANA, Brenda Rawany Mendes de. **Violência doméstica como principal precedente ao crime de feminicídio no Brasil**. 2019.
- SANTANA, Gecyclan Rodrigues. Feminicídio no Brasil em 2019: reflexões sobre a notícia 24/19 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos-CIDH. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito. Goiânia**, v. 5, n. 1, p. 43, 2019.
- SILVA, Alexsyanny Luzia de Oliveira Cavalcanti. **Feminicídio no Brasil século XXI a interface entre o machismo e o racismo**. 2019. SOARES, Bárbara M. **Enfrentando a violência contra a mulher**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

CAPÍTULO 30

DELAÇÃO PREMIADA: A FALTA DE ÉTICA DO ESTADO FRENTE À APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA E A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

AWARD-WINNING DELETION: LACK OF CONSTITUTIONAL STATE ETHICS TO THE APPLICATION OF THE AWARD-WINNING INSTITUTE AND THE FRONT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

Matheus de Jesus Alves Braga¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O presente estudo consiste em abordar de forma concisa e crítica o Instituto de Delação Premiada, além de demonstrar a origem e evolução histórica e sua inserção e evolução dentro do ordenamento Jurídico Brasileiro. Também, serão apresentados, conceitos de Delação Premiada, descrito por vários doutrinadores renomados, as leis que tratam da Delação Premiada no ordenamento Jurídico Brasileiro, os tipos de Delação Premiada no Brasil, a forma como este instituto é utilizada pelo Estado, bem como o momento que se pode fazer o acordo com o delator e a sua efetiva formalização. Ainda, serão tragos à baila, os Direitos, benefícios e as garantias do delator. Por fim, será abordado à falta de ética do Estado ao utilizar o instituto da Delação Premiada, e os princípios constitucionais que este ameaça ao utilizar o referido instituto. A metodologia aplicada no presente trabalho pauta-se em pesquisa bibliográfica, através de livros que tratem da matéria, buscando dessa forma consubstanciar o mesmo, com a opinião de ilustres doutrinadores, assim como, em pesquisa de julgados e artigos retirados da internet.

Palavras-chave: Estado, ética, moral, direitos constitucionais, princípios constitucionais.

Abstract

The present study consists of a concise and critical approach to the Awarded Delation Institute, in addition to demonstrating the origin and historical evolution and its insertion and evolution within the Brazilian legal system. Also, concepts of Awarded Delation, described by several renowned scholars, the laws that deal with the Awarded Delation in the Brazilian Legal System, the types of Awarded Delation in Brazil, the way in which this institute is used by the State, as well as the moment that an agreement can be made with the whistleblower and its effective formalization. Also, the rights, benefits and guarantees of the whistleblower will be brought up. Finally, it will be approached the lack of ethics of the State when using the institute of the Awarded Delation, and the constitutional principles that it threatens when using the referred institute. The methodology applied in the present work is based on bibliographic research, through books that deal with the matter, seeking in this way to substantiate the same, with the opinion of distinguished scholars, as well as in research of judgments and articles taken from the internet.

Keywords: State, ethic, moral, constitutional rights and constitutional principles.



1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da análise do instituto da Delação Premiada, visando abordar de forma concisa e crítica tal instituto, estabelecendo uma compreensão em relação sua inaplicabilidade, também será apresentada sua origem e evolução histórica, e sua inserção e evolução dentro do ordenamento Jurídico Brasileiro, além disso, conceitos de Delação Premiada, descrito por vários doutrinadores renomados, as leis que tratam da Delação Premiada no ordenamento Jurídico Brasileiro, os tipos de Delação Premiada no Brasil, a forma como este instituto é utilizada pelo Estado, bem como o momento que se pode fazer o acordo com o delator e a sua efetiva formalização. Ainda, serão tragos à baila, os Direitos, benefícios e as garantias do delator. Por fim, como tema inspirador para elaboração do presente trabalho, será abordado a falta de ética do Estado ao utilizar o instituto da Delação Premiada, e os princípios constitucionais que este ameaça ao utilizar o referido instituto.

Justifica-se o presente estudo, acerca da utilização do instituto da Delação Premiada pelo Estado, pela fragilidade do nosso sistema jurídico, pelos princípios e direitos constitucionais que este instituto infringe, e por sua vertente antiética e imoral. Este instituto vem sofrendo elevadas críticas, quais sejam, quanto a sua função e execução, quanto à visão social da utilização pelo Estado do instituto, e, principalmente quanto à ética e a moral envolvida.

Se tratando de crime Organizado, quais contribuições o Instituto de Delação Premiada traz o Estado Democrático de Direito?

O objetivo primário foi apontar a falta de ética do Estado, frente à aplicação do Instituto da Delação Premiada e violações dos Princípios Constitucionais. Os objetivos específicos ou secundários são: Apresentar posicionamentos dirigidos pelos doutrinadores, referente ao Instituto da Delação Premiada, Discorrer sobre a questão imoral, ilegal e ético da Delação Premiada junto ao meio Jurídico Doutrinário, Demonstrar qual a visão do Estado, em relação ao Instituto de Delação Premiada, frente ao Crime Organizado.

2. CONCEITO DE DELAÇÃO PREMIADA

O termo 'Delação Premiada', em um primeiro momento, não possibilita dar um conceito exato de seu verdadeiro significado, mas é possível sustentar que se trata de uma afirmativa feita por um acusado, coautor ou partícipe de ato passível de Persecução penal, ao ser interrogado em juízo, ou fora dele pela autoridade competente, intencionando algum benefício.

Também, o termo "Delação Premiada", é uma expressão utilizada no âmbito jurídico, que significa uma espécie de 'troca de favores' entre o juiz e o réu. Caso o acusado, além de admitir sua participação no delito, forneça, por exemplo, informações importantes sobre outros criminosos de uma quadrilha, ou dados que ajudem a solucionar um crime, o

juiz poderá reduzir a sua pena quando este for julgado ou até absolvê-lo da imputação que lhe seja feita.

Pela Doutrina, a Delação Premiada é definida como o “ato por meio do qual um acusado imputa a outrem, coautor ou partícipe, a prática de um crime” (ARANHA, 1994, p. 122). Veja-se mais detalhadamente a definição, conforme alguns autores pesquisados.

Segundo Aranha, a delação (pura e simples) pode ser definida da seguinte forma:

A delação, ou chamamento de corréu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribuiu a um terceiro a participação como seu comparsa. Afirmamos que a delação somente ocorre quando o acusado e réu também confessa, porque, se negar a autoria e atribuí-la a um terceiro, estará escusando-se e o valor da afirmativa como prova é nenhum. Portanto, o elemento essencial da delação, sob o prisma de valor como prova, é a confissão do delator, pois com a escusa de modo algum pode atingir o terceiro apontado (ARANHA, 1994.p. 122).

Damásio faz uma distinção entre delação e Delação Premiada:

Delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). Já a delação premiada configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando) (DAMÁSIO, 2006, p. 26).

Pelo o que se extrai dos conceitos acima mencionados, a Delação Premiada surge como uma oportunidade ao criminoso, ou ainda, um benefício que o Estado oferece ao delator, em troca de informações que a justiça possa, por exemplo, utilizar para desconjuntar uma organização criminoso, podendo ter reduzida a sua pena ou até ser absolvido das imputações que lhes sejam feitas.

Do ponto de vista processual, a Delação Premiada consiste em meio de prova; do ponto de vista penal, representa causa de diminuição ou afastamento de pena; e, por fim, do ponto de vista da política criminal, é um instrumento de combate ao crime utilizado pelo Estado, visto que é utilizada com a intenção de auxiliar as investigações criminais (DAMÁSIO, 2006).

3. FALTA DE ÉTICA DO ESTADO NA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

Tem-se aqui, na ética, o tema de maior discussão quanto a Delação Premiada, pois a maioria dos doutrinadores brasileiros considera antiética a utilização, pelo Estado, deste instituto, qualificando-o como uma espécie de traição ratificada pelo Estado, além de considerarem uma medida antipedagógica (GOMES, 2009).

Nesse sentido, entre outros doutrinadores, posicionam-se Luiz Flávio Gomes, Damásio Evangelista de Jesus, Adel el Tasse, Roberto Soares Garcia, Jaques de Camargo Penteado e doutrinadores estrangeiros como Luigi Ferrajoli, e que passo a descrever mais detalhadamente seus posicionamentos.

Nas palavras de Gomes (2009, p. 225) "A lei não é pedagogicamente correta quando ensina que trair traz benefícios. Sendo eticamente reprovável (ou, no mínimo, muito discutível), deve a delação premiada ser restringida o máximo possível".

Em valorosa contribuição doutrinária sobre o tema, Garcia leciona que:

"O Estado não pode, diante do que se expôs, em nenhuma hipótese, numa democracia que pretenda privilegiar um Direito Penal mínimo e garantista, incentivar, premiar condutas que firmam a ética e/ou a moral, ainda que, no final, a sociedade possa se locupletar dessa violação. Exatamente por não se poder aceitar que o Estado pratique ou incentive a prática de atos antiéticos ou imorais, é que não se pode admitir a delação como forma de atenuar ou excluir a pena de quem pratica ou participa da prática de crime" (GARCIA, 2006, p. 2-3).

Penteado corrobora ao afirmar que:

"Primando pela ética que é a antítese do utilitarismo e, portanto, não se flexibiliza a ponto de, para combater o crime organizado, deformar a sociedade, configurando-a como simples reunião de perversos que, estimulando a delação para o combate ao delito num primeiro momento, desvirtuam-se para a cultura em que os fins justificam os meios..." (PENTEADO, 2006, p. 720).

Destarte, a Delação Premiada se consuma através de uma suposta traição, onde incentiva indivíduos que vivem na sociedade à prática de traição, como um meio de se obter para si um benefício, ou seja, uma forma antiética e imoral de comportamento social corroborada pelo Estado.

Alguns doutrinadores salientam que a aplicação da Delação Premiada leva a uma descoberta da verdade real, permitindo assim a persecução penal. Com a intenção de afastar as considerações que a Delação Premiada é antiética, indagam se existe a presença da ética dentro de um crime, o que certamente a resposta iria ser negativa, mas seria um grande erro afirmar que se o Estado estaria acima da ética e da moralidade (PENTEADO, 2006).

Por fim, não é possível adotar a ideia do Estado, de que os fins justificam os meios, pelo fato que estes são imorais ou antiéticos, ou no mínimo discutíveis (GOMES, 2009).

3.1 Princípios constitucionais ameaçados pelo estado ao utilizar o instituto da delação premiada

3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana está disposto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal que aduz:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III- a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Este princípio é tão importante, que a própria Constituição o coloca como um dos fundamentos da República. É o primeiro e mais importante dos princípios (MORAES, 2005).

Ao definir o referido princípio constitucional Alexandre de Moraes descreveu:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2005, p.128).

Ao analisar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana percebem-se os seguintes aspectos: Em primeiro lugar, um direito individual e protetivo, tanto em relação ao próprio Estado, como em relação aos demais indivíduos. Em segundo, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes, esse dever fundamental, tem por fundamento o respeito à dignidade de um indivíduo por seu semelhante (MORAES, 2005).

Destarte, o fundamento balizar do princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a consideração primordial e fundamental de que o homem é sujeito de direito e, nunca, objeto de direito.

Diante do acima exposto, concordando-se com o uso da Delação Premiada pelo Estado, não se reconhece o respeito à dignidade da pessoa humana do delator, em decorrência da negociação por parte do Estado com este, que, ao objetivar de todas as formas, conseguir uma investigação criminal, supostamente eficaz, o transforma em um objeto de troca, igualando-o a uma mercadoria qualquer.

3.1.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa está assegurado pela Constituição Federal Brasileira de 1988 no art. 5º, inciso LV, onde se descreveu que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Da leitura do referido artigo, extraiu o professor Alexandre de Moraes o seguinte entendimento:

A tutela judicial efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa, pois não são mero conjunto de tramites burocrático, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando o asseguramento de justa e imparcial decisão (MORAES, 2005, p. 366).

Observa-se, pelo entendimento de Moraes (2005) sobre o princípio da ampla defesa e do contraditório, que este está intimamente ligado ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), tendo em vista que em respeito ao contraditório ninguém pode ser condenado antes de ser ouvido, e ainda, porque o direito de defender-se amplamente tem por consequência a observância do devido processo legal.

Por fim, pelo entendimento que se retira das posições doutrinárias estudadas, em especial de Moraes (2005), nos casos de Delação Premiada o princípio da ampla defesa e do contraditório não pode ser garantido ao delator, sob pena de total insucesso a utilização do instituto, tão pouco ao delatado, em decorrência desse não figurar no pólo passivo da demanda e, em tese, não ter sido citado e não poder acompanhar a formulação de provas.

Sendo assim, o Estado, ao utilizar o instituto da Delação Premiada, ofende diretamente o princípio constitucional do delator e do delatado à da ampla defesa e do contraditório.

3.1.3 Princípio da não auto-incriminação

O princípio da não auto-incriminação, está previsto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal que dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado à assistência da família e de advogado”.

Este princípio reveste-se de conteúdo abrangente, contemplando uma série de prerrogativas ao acusado, a citar: o direito de permanecer calado, de mentir, de não participar da reconstituição dos fatos, ou da audiência para reconhecimento, de não exhibir documentos e de não fornecer material gráfico ou biológico (MORAES, 2005).

Objetiva proteger o suspeito, o indiciado, o acusado, as testemunhas, etc., contra possíveis abusos na persecução penal por parte dos representantes do Estado, quando, de todas as formas, tenta extrair destes involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente, pois

estes não são obrigados a contribuir para a formação do convencimento do magistrado.

Por fim, por ser constitucional e juridicamente reconhecido o referido princípio, correlacionando este com o instituto da Delação Premiada, é imperioso observar a inconstitucionalidade da utilização do instituto pelo Estado, pois este, ao ofertar o acordo e um 'prêmio' ao investigado, acusado, ou condenado, ao comprometer de qualquer forma o direito destes de não se auto incriminarem, fere diretamente o princípio supracitado.

3.1.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, não está previsto expressamente no texto constitucional, e por essa razão, a doutrina preceitua a sua existência como princípio inserido implicitamente no ordenamento jurídico.

Este princípio, que em inúmeras oportunidades é tratado como princípio contido no âmbito da razoabilidade, tem por objetivo amparar à proteção dos direitos individuais e coletivos em face de eventual arbítrio do Poder do Estado, pois ordena que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deva ser proporcional, ou seja, não excessivo.

Sobre o tema, Interessante opinião de Barros, que diz:

A existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais (BARROS, 2000, p. 91).

Por fim, uma vez que se punirão com penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato e com idêntico grau de culpabilidade, ou seja, delator e delatado, a ofensa ao princípio da proporcionalidade frente à utilização pelo Estado do instituto da Delação Premiada é nítida, pois a punição do delator passa a depender somente da sua conduta processual, e não da sua culpabilidade, ou da gravidade do ato que lhe é imputado.

4. A VISÃO DO ESTADO, EM RELAÇÃO AO INSTITUTO DE DELAÇÃO PREMIADA, FRENTE AO CRIME ORGANIZADO

4.1 Tipos de delação premiada no brasil

No Brasil, na legislação vigorante, existem dois tipos de Delação Premiada, a delação aberta e delação fechada,

Na aberta, o delator aparece, ou seja, se identifica perante a autoridade, e assim se favorece de alguma forma com este seu ato, ou seja, o delator confessa o crime ou imputa condutas criminosas à terceiro, consumando a sua traição (CAPEZ, 2001).



Na fechada, ao contrário da aberta, o delator não aparece, ele se acoberta, e assim se mantém no anonimato, fornecendo um auxílio certamente acomodado, pois não está se submetendo a qualquer perigo. A utilização da Delação Premiada, do tipo fechada, é muito discutida na doutrina por conta do anonimato, pois não se possibilita verificar a procedência dos fatos apresentados, ferindo o direito a presunção de inocência do acusado.

Para evidenciar tal afirmação Capez (2001, pg.77) afirma que “requer cautela redobrada, por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações”.

4.2 A utilização do instituto da delação premiada pelo estado

Delação Premiada, mesmo sob fortes argumentos, como por exemplo, de que sua utilização é de inegável necessidade para, de forma eficiente, combater a criminalidade que a todo o momento está evoluindo, pois objetiva a captura, julgamento e eventual condenação desses criminosos, é alvo de diversas críticas, tanto da doutrina quanto da sociedade, o que inclui magistrados e membros do Ministério Público, em especial no que tange à moralidade e à ética envolvida, uma vez que acaba estimulando a traição.

Trago à baila, o registro de Damásio, onde afirmou que:

A polêmica em torno da “delação premiada”, em razão do absurdo ético, nunca deixará de existir. Se, de um lado, representa importante mecanismo de combate à criminalidade organizada, de outro, traduz-se como um incentivo legal à traição (DAMÁSIO, 1990, p. 36).

Ante a utilização deste instituto pelo Estado, questionáveis são os limites dessa negociação, entre Estado e delator, vez que, nem mesmo a própria sociedade, que é a maior interessada em segurança pública, tolera o avanço no combate à criminalidade ao custo da ética e da moralidade Pública.

Esta rejeição social repousa no fato de que a traição, ato praticado pelo delator, provoca ódio e afasta o grupo social, ao passo que ofende a lealdade entre seus membros, refletindo de forma evidente que o delator não é uma pessoa confiável a quem quer que seja, posto que coloque os interesses da coletividade de lado, em prol dos seus.

Assim, por mais dignas que sejam as ideologias do Estado, ao reconhecer e utilizar o instituto da Delação Premiada ocorre um violar de princípios fundamentais da sociedade, e o desrespeito a nossa Constituição. Um Estado Constitucional e Democrático não pode, esperando atingir tais ideologias, empregar meios imorais e antiéticos, pois são os meios empregados que atribuem legitimidade aos fins obtidos.

Fortalecendo este entendimento, são sábias as palavras de Luiz Flávio Gomes:

Na base da delação premiada está a traição. A lei, quando a concebe, está dizendo: seja um traidor e receba um prêmio! Nem sequer o “código” dos criminosos admite a traição, por isso, é muito paradoxal e antiético que ela

venha a ser valorada positivamente na legislação dos “homens de bem” (GOMES, 1994 - 13 abr. 2016).

Desta forma, pode se apresentar desarmonioso o incentivo e a utilização da Delação Premiada pelo Estado, pois se encontra debilitada a validação social dessa norma jurídica.

A Delação Premiada, pode até ser uma excelente ‘manobra’ do Estado no combate ao crime, e como desfecho, tem-se a punição dos delituosos, mas é fato que esta ‘manobra’ acaba violando princípios e garantias que amparam o nosso ordenamento.

4.3 Momento processual que pode ser feito o acordo de delação premiada com o delator

O momento entendido pelo Estado, como oportuno para a realização do acordo de Delação Premiada pode ser tanto na fase investigatória, como também na fase judicial, divergindo-se tão somente no plano do contraditório.

No entanto, Segundo Juliana Kobren, “a delação premiada, também poderia proceder, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, estando ou não o condenado submetido à execução penal” (KOBREN, 2006).

Sob o tema, assevera Damásio:

Não se pode excluir, todavia, a possibilidade de concessão do prêmio após o trânsito em julgado, mediante revisão criminal. Uma das hipóteses de rescisão de coisa julgada no crime é a descoberta de nova prova de “inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena” (art. 621, III, do CPP). Parece-nos sustentável, portanto, que uma colaboração posterior ao trânsito em julgado seja beneficiada com os prêmios relativos à “delação premiada”. (DAMÁSIO, 1994).

Por fim, e em posição contrária ao entendimento acima mencionado, e defendido pela unanimidade doutrinária, entendendo que os benefícios ao delator não poderiam ser aplicados após o trânsito em julgado da sentença, trago a baila o entendimento de Cordeiro afirmando que:

Não é cabível a aplicação do benefício na fase de execução penal, porque não trariam as informações do então delator qualquer utilidade, a menos que houvesse ainda corréus não julgados ou não denunciados, ou, ainda, na hipótese de possibilidade de recuperação do produto do crime (CORDEIRO, 2010, p. 191).

Seguida as regras da Delação Premiada, partindo da ideia de que os fins justificam os meios, estariam inadequadas as correntes doutrinárias que defendem a possibilidade da concessão do benefício após o trânsito em julgado, pois não distante a realidade do Poder Judiciário no país, ter-se-ia como base para uma construção doutrinária, o elemento óbvio da lentidão para chegarem-se as condenações e, evidentemente, em muitos casos não se

poderia fazer as perseguições pretendidas, pela prescrição dos delitos.

Por fim, a colaboração após o trânsito em julgado não encontra suporte em nossa legislação, pois a possibilidade do uso da Delação Premiada após o trânsito em julgado estaria em discordância com os objetivos do instituto, pois após a condenação, a relação e a cooperação entre os agentes estariam resolutos (CORDEIRO, 2010).

4.4 Garantias protetivas do delator (colaborador)

O art. 5º da Lei 12.850/2013 prevê em seu inciso I o direito do delator/colaborador usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica, Lei nº 9.807/99 de Proteção às Testemunhas (BRASIL, 1999).

Esta importância protetiva, apresentada pela referida lei, apesar de aparentemente dar importância aos colaboradores e as pessoas próximas a ele, na realidade, em muito se encontra desigual ao descrito na legislação mencionada.

Não há sentido em o legislador estimular a colaboração com a justiça por parte dos participantes de organizações criminosas mediante benefícios punitivos e penitenciários, e não garantir a devida proteção para os ameaçados, entendendo, portanto, que o conceito de testemunha deve ser ampliado para incluir o delator e, também, para estar de acordo com o referido texto normativo (BITTAR, 2011b).

É de fácil observância que no Brasil o sistema protetivo é extremamente falho e a importância devida não é dada pelos legisladores. Já no sistema italiano, esse aspecto é bastante observado e, se figurasse como modelo para o sistema brasileiro, uma possível solução seria encontrada para a total eficácia do instituto da Delação Premiada.

Na Itália, o sistema de proteção ficou ainda mais eficiente após a grande reforma que ocorreu em 2001, mesmo com algumas dificuldades, como por exemplo, a inexatidão ocorrida com os órgãos responsáveis ao verificarem os requisitos de admissão, manutenção ou exclusão de colaboradores devido ao crescente aumento de pedidos de proteção.

Bittar (2011b, p. 56) afirma, que “para este problema foi adotado o princípio da gradualidade dos modelos de proteção”.

O sistema protetivo Italiano, buscou uma seleção mais qualitativa dos colaboradores e estabelece que, conforme Bittar (2011a, p. 59) “as especiais medidas de proteção ficam limitadas àqueles que tenham prestado informações de notável importância e assim as demandas são solucionadas”. Deduz-se pelas palavras de Bittar, que quem colaborou com informações relevantes, possui o direito de integrar o sistema protetivo ao colaborador da justiça.

O sistema protetivo italiano também aponta uma diferenciação entre o momento explicativo, onde se tem medidas de proteção concedidas pela Administração, e o momento premial, onde se tem os benefícios concedidos pelo juiz (BITTAR, 2001).

Esta diferenciação seria um problema no próprio sistema italiano, como apontado por Bittar que descreveu:

O fato de que somente o colaborador preso submetido ao programa de proteção pode gozar antecipadamente dos benefícios penitenciários (se condenado) e de um tratamento cautelar de favor (se ainda acusado ou condenado com a sentença não definitiva) (BITTAR, 2011a, p. 62).

Apesar dos problemas ocorridos no sistema italiano trazidos ao presente trabalho, verifica-se que o funcionamento do sistema tutório é muito eficiente e eficaz, estando à frente do Brasil e proporcionando ao sistema da Itália grande sucesso na aplicação da Delação Premiada.

O sistema de normas brasileiro objetiva encontrar na Delação Premiada uma grande aliada na resolução de crimes realizados por organizações criminosas, crimes em curso de pessoas e demais crimes, mas apresenta diversos problemas, alguns pequenos e outros maiores, que poderiam ser facilmente solucionados se o legislador estudasse mais a fundo este instituto e utilizasse como base o Direito estrangeiro, em especial o sistema Italiano, pois, apesar de ter se originado do Direito estrangeiro, muitos aspectos tipicamente brasileiros foram introduzidos ao instituto, fazendo com que não funcione tão bem como o esperado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A delação premiada, por um lado, subsidia a justiça para encontrar mais criminosos que também estão envolvidos nos ilícitos, os quais, sem a delação, dificilmente seriam processados e presos. Por outro lado, O Estado, ao utilizar este instituto, se posiciona na contra mão, afrontando diretamente ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois, delator e delatado não poderão exercer de forma livre os direitos processuais a estes inerentes.

Desse modo, temerária é a utilização pelo Estado do instituto da Delação Premiada, pois, cristalina como a água, é a afronta do Estado aos princípios acima descritos.

A tendência do moderno processo penal, caminha para a consagração do instituto da colaboração premiada, na apuração e combate da criminalidade organizada, através da criação de mecanismos complexos, nos quais a investigação criminal e a coerção processual formam um todo contínuo dirigido a incentivar o investigado, o processado e o condenado a colaborar com a acusação, não há dúvidas de que a colaboração processual pode trazer extraordinários benefícios às investigações criminais, em relação ao crime organizado, desde que observados os princípios constitucionais e os preceitos legais do nosso ordenamento jurídico.

A utilização do instituto da Delação Premiada pelo Estado, não pode ser bem vista pela sociedade, pois surge em conflito com a ética e a moral, pois na observância de sua incompetência, o Estado está utilizando um mecanismo censurável.



A Delação Premiada, pode até ser uma excelente 'manobra' do Estado no combate ao crime, e como desfecho, tem-se a punição dos delituosos, mas é fato que esta 'manobra' acaba violando princípios e garantias que amparam o nosso ordenamento.

Referências

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.
- BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada no Brasil e na Itália. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Vol. 88, p. 04-86, jan-fev/2011a.
- BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 jan. 2022.
- BRASIL. Decreto – Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm. Acesso em: 22 de jan de 2022.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CORDEIRO, Néfi. Delação Premiada na Legislação Brasileira. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, Vol. 37, mar, 2010.
- GARCIA, Roberto Soares. Delação Premiada: ética e moral, às favas! **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, Vol.13, n.159, p. 2-3, 2006.
- GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. In: GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches e TAVARES, Pedro. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: RT. p. 163/164, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. **Seja um traidor e ganhe um prêmio**. Folha de São Paulo, São Paulo, 12 nov. 1994. Disponível em: <http://quexting.di.fc.ul.pt/teste/folha94/FSP.941112.txt>. Acesso em: 26 ago. 2021.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Anotações à Lei 8.072/90. **Fascículos de Ciências Penais**. Vol. 4, Porto Alegre: Forense, 1990.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro. **Revista IOB**. Ano VI, Vol. 36, Porto Alegre, p.50, Fev- mar, 2006.
- KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>. Acesso em: 22 de jan de 2022.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CAPÍTULO 31

PSICOPATIA E SUA IMPUTABILIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL E PENAL BRASILEIRO

*PSYCHOPATHY AND ITS IMPUTABILITY IN THE SCOPE OF BRAZILIAN
PROCEDURAL AND CRIMINAL LAW*

Enzio Magno Pereira Santos¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O presente trabalho, consiste em versar sobre a psicopatia e sua imputabilidade vigente no Brasil, com ênfase na área do Direito Processual e Penal. Para tanto, inicialmente se procurou levantar alguns aspectos do tema: O conceito, a criminologia, a etiologia voltada à psicopatia, entre outros. Este estudo tem por objetivo analisar a responsabilidade de criminosos diagnosticados com psicopatia, tema que revela divergência doutrinária e jurisprudencial à vista das disposições do artigo 26 do Código Penal. A questão que se pretende discutir diz respeito à sanção penal a ser imposta ao psicopata que comete infração penal, abordando-se o conceito de crime e aspectos relacionados à culpabilidade, à imputabilidade, à semi-imputabilidade e à inimputabilidade. Em continuidade desenvolveu-se relações entre a imputabilidade e sua capacidade de compreensão quanto à terceiros, e incapacidade de discernimento em portadores da inimputabilidade na área do Direito Processual e Penal brasileiro. Com base em textos teóricos, procurou-se explicitar certos traços do processo de inconsciência e discernimento para tal conduta, construindo-se um modo de percepção e conseqüente configuração do problema para mais bem combater. O presente desenvolvimento, teve como objetivo analisar tais conflitos a fim de buscar minimizar o índice de aumento dos transtornos que parece progredir na sociedade a cada dia.

Palavras-chave: Psicopatia. Criminologia. Código penal brasileiro. Transtornos de personalidade.

Abstract

The present work consists of dealing with psychopathy and its imputability in force in Brazil, with emphasis on the area of Procedural and Criminal Law. Therefore, initially we tried to raise some aspects of the theme: The concept, criminology, the etiology focused on psychopathy, among others. This study aims to analyze the responsibility of criminals diagnosed with psychopathy, a topic that reveals doctrinal and jurisprudential divergence in view of the provisions of article 26 of the Penal Code. The question to be discussed concerns the criminal sanction to be imposed on the psychopath who commits a criminal offense, addressing the concept of crime and aspects related to culpability, imputability, semi-imputability and non-imputability. In continuity, relationships were developed between imputability and its ability to understand third parties, and inability to discern in bearers of non-imputability and semi-imputability in the area of Brazilian Procedural and Criminal Law. Based on theoretical texts, we tried to explain certain traits of the unconsciousness and discernment process for such conduct, building a way of perception and consequent configuration of the problem, in order to combat it better. The present development aims to analyze such conflicts in order to seek to minimize the rate of increase in disorders that seems to progress in society every day.

Keywords: Psychopathy. Criminology. Brazilian Penal Code. And personality disorders.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo e apreciação a consistência em versar sobre a psicopatia e sua imputabilidade no âmbito do Direito Processual e Penal brasileiro vigente. Polêmica esta voltada na doutrina e na jurisprudência, quando o psicopata fica a frente dos interesses do Código Penal brasileiro. O tema abordado neste trabalho está voltado para o primeiro elemento da culpabilidade, a imputabilidade, que pode ser excluída por doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado. O conceito analítico de delito o define como uma ação típica, ilícita e culpável. Temos então, como um dos elementos constitutivos deste conceito, a culpabilidade que é o elemento foco do atual trabalho, e se conceitua como sendo a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. A culpabilidade por sua vez, também possui seus elementos constitutivos, que uma vez excluídos, excluem a culpabilidade, desconfigurando o delito. Esses elementos da culpabilidade são: Imputabilidade, Potencial Consciência da ilicitude e Exigibilidade de conduta diversa. Se algum dos elementos constitutivos do delito não se configurar na ação ou omissão do sujeito, este não terá praticado o delito.

No presente contexto demonstramos no decorrer da investigação o conceito de psicopata, sua evolução, abordando nele alguns tipos de transtornos mais demonstrados pelos psicopatas em termos de personalidade, levando à origem, (quando e como surgiu) a psicopatia, a criminologia, e o estudo da psicopatia, que hoje é um dos assuntos mais manifestados por portadores do transtorno. Possuem uma perturbação ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que torna o indivíduo parcialmente incapaz de entender seu próprio caráter ilícito do fato pelo qual esta manifestando (agindo).

A grande dificuldade do Direito Penal é classificar os psicopatas como sendo imputáveis, talvez por esta razão, a doutrina ainda não possui um entendimento homogêneo a respeito da culpabilidade do psicopata, não entendendo que tais indivíduos são mentalmente desenvolvidos e possuidores de plena incapacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica, portanto, os psicopatas são vistos frente ao direito penal como semi-imputáveis, e sendo condenado, tem sua pena reduzida. Esse transtorno está relacionado a algumas importantes disfunções cerebrais, não podendo ser considerado um único fator para causar o distúrbio, por esta razão a psicopatia é conhecida como "sociopata", e denominada cientificamente como transtorno de personalidade-antissocial. O portador do distúrbio não tem uma certa ciência das normas e leis que vigoram na sociedade, assim como não portam discernimento das consequências de penas em relação a tal infração penal, esses transtornados almejam apenas satisfazer seus desejos de cometer um delito.

O psicopata sofre diariamente de problemas que afetam a sua capacidade de compreensão e discernimento, e isto lhe torna cego ao seu ato e bom senso, essa doença mental é suficiente para afastar a capacidade do retardado de compreender o querer no momento dos fatos delituosos, manifesta-se nessa situação a inimputabilidade apresentada não pela psicopatia, mas em decorrência da doença mental.

A mídia já exportou casos passados de pessoas com esse transtorno mental falho, possuindo uma disposição, uma vontade a mais para assassinar, cometer delitos bárba-



ros, enfim, um comportamento tendente e eminente para cometer um crime brutal. Frisando que infrações penais cometidos por pessoas portadoras da deficiência, apresenta cada vez mais um alto nível de violência a cada crime, despertando não só o interesse dos estudiosos ao comportamento do ser humano, como psicólogos dentre outros em aprofundar sobre essa questão que ainda se mostra obscura, por se tratar de um quadro emocional, interpessoal, e subjetivo comportamental que os retardados apresentam, cometem delitos reprováveis ao ver da sociedade que julgam o criminoso com fundamento de ter uma pena a altura do delito cometido, por achar que os mesmos agiram completamente consciente da astúcia criminosa, entendendo ser instaurado uma reclusão severa ao infrator do ato criminoso.

Muitas vezes dependendo do grau de transtorno em psicopatas que tem dificuldade de sentir emoção pelos atos cometidos, essas pessoas cometem crimes que o faz experimentar sentimento que sejam realmente fortes, eles não assimilam os efeitos da punição por ter uma irregularidade, um defeito em partes do cérebro que vão contra suas convicções e os forçam a não ter noção do castigo. Estes transtornados não possuem compaixão, culpa, ou remorso, são pessoas frias que tem um único objetivo, o benefício próprio e se satisfazer quando põem em prática seus desejos, são capazes de tudo para findar suas execuções e chegam até a ser muito inteligentes na hora de pôr em prática, não possuem sentimento, podem até demonstrar por ter aprendido com suas vítimas, mas sem realmente sentir, e em casos extremos, os psicopatas matam a sangue frio, com requintes de crueldade, sem medo e sem arrependimento, pessoas com esse transtorno desrespeitam desejos, direitos e sentimentos alheios. Frequentemente enganam ou manipulam pessoas apenas com a finalidade de obter dinheiro, sexo, poder, e em outros casos, a aniquilação de algumas de suas vítimas.

Tem-se como objetivo específico do presente estudo, analisar o crime e seus elementos, em especial a culpabilidade, a responsabilidade do indivíduo psicopata, de acordo com o ordenamento jurídico-pátrio. Averiguando a visibilidade de um psicopata frente ao direito penal versus sociedade, levando este a analisar as leis aplicadas e se estas são eficientes, e identificar a melhor forma de punir um psicopata. Nos capítulos seguintes, foram desenvolvidos apontamentos doutrinários e jurisprudenciais com a finalidade de esclarecer como o Estado deve proceder quanto a ocorrência da ilícitude. A personalidade psicopática tem sido caracterizada principalmente por ausência de sentimentos afetuosos, falta de adaptação social e incorregibilidade. Entendendo-se a priori que a Psicopatia é creditada como um transtorno de personalidade, sendo considerada perturbação da saúde mental. Esse transtorno revela desarmonia da afetividade com integração deficitária dos impulsos, das atitudes e das condutas, manifestando-se no relacionamento interpessoal, que assume ou pode assumir, um comportamento delituoso recorrente.

2. O COMPORTAMENTO E AS ESTATÍSTICAS DO INDIVÍDUO PSICOPATA DENTRO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E NO SISTEMA CARCERÁRIO

É possível detectar características da psicopatia desde a infância, esta é um transtorno de personalidade que envolve muitos fatores, como traumas de infância e outros problemas que levam o indivíduo a não compreender a razão da pena, e com isso, muitos voltam a reincidir no crime. Não existe no Brasil uma normalização específica que torne tal

problema menos preocupante, sendo única solução serem julgado pelo sistema judiciário por suas abominações.

Os indivíduos antissociais tendem a ser irritados e/ou agressivos demais, e podem repetidamente entrar em lutas corporais ou cometer atos de agressão física de maneira impensada e sem considerar as consequências para si mesmo. Uma das características negativas ao ver jurídico que um retardado porta consigo é o desprezo pelas obrigações sociais e falta de consideração com os sentimentos dos outros. Há um índice de baixa tolerância demonstrados por pessoas que os tornam invulneráveis e incapazes de manter essa relação com alguém, são incapazes de formar qualquer vínculo emocional. Pessoas portadoras do transtorno não toleram ser contrariados e tem uma dificuldade exagerada em lidar com a presença de rejeição, muitas pessoas acreditam que seja impossível tratar ou curar um paciente com seu diagnostico positivo ao transtorno mental.

Esses indivíduos não são loucos nem aparentam qualquer tipo de desorientação, eles não sofrem delírios ou alucinações, e tampouco apresentam problemas como por exemplo depressão ou pânico. Tal problema ora mencionado, trata-se de pessoas que sem levantar qualquer suspeita, utilizam da facilidade que possuem de não controlar seus sentimentos, aproximam-se de pessoas e transformam a vida destas num estado lamentável. No Brasil, o índice de reincidência entre criminosos que portam esse transtorno de personalidade é muito grande. Levando em consideração o sistema prisional falho, os reclusos e detentos ficam em sala superlotadas, e lá a disseminação de doenças é comum, vez que vivem ociosos. Os psicopatas que são condenados e pegam seu regime em reclusão estando nele outros reclusos, vivem como animais, esses transtornados podem facilmente manipular os presos comuns dentro do sistema penitenciário e corromper agentes carcerários tornando-se grandes líderes dentro da prisão, por mais que sua pena tenha sido severa não influencia na conduta do indivíduo como uma melhora pra sair do seu regime agindo de modo adequado, pelo contrário, continuam agindo como sua natureza permite, por esta razão, são facilmente reincidido no crime ao invés de ir contra suas convicções e almejar a liberdade, vez que a convivência em prisão com detentos comum é estável podendo facilmente um psicopata ceifar a vida de algum recluso dentro da cela.

A psicopatia não tem um rol de cura, é um jeito de ser, há levantamento de cura e tratamento de um indivíduo que apresenta transtorno de psicopatia, mas é algo difícil de tratar, eles não tem tendência em melhorar pelo tratamento e nem colaborar com sua própria terapia, pessoas com esse transtorno fingem e mentem muito bem, e até forgam o afeto, por sentirem prazer em fazer mal, eles usam esse artifício para concretizar o que almejam, e quando findam suas metas não demonstram nenhum sentimento de arrependimento ou remorso pelo que fez de ilícito. O cérebro de um psicopata trabalha de maneira diferente, fazendo este agir de maneira movido pela razão e deixando de lado a emoção (se é que eles tem alguma emoção), para essas pessoas os seres humanos são apenas objetos que devem ser utilizados para que seja possível atingir seus objetivos.

Estes portadores do retardo são desprovidos de um senso interno, isso lhes impede de sentir e compreender remorso ou empatia pela dor alheia, quando esta mesma dor provém de atos por ele cometido, pois, portam um distúrbio mental que atenua a capacidade de discernir e ter auto-controle sobre seus atos ilícitos que parece não findar, por serem portadores da psicopatia e incompreensão a respeito da deformidade de sua conduta, eles não são apenas perigosos, mas absolutamente responsáveis e acima de tudo culpáveis pelos seus atos delituosos, mesmo agindo inconsciente.



A questão de a psicopatia estar ou não no âmbito das perturbações mentais acarreta algumas divergências entre juristas, doutrinadores e médicos psiquiatras. Porém, parte majoritária não trata a psicopatia como sendo uma perturbação mental. Entre os inúmeros temas que norteiam a psicopatia, temos como certo o fato de ela tratar-se de um transtorno da personalidade e não de uma doença mental.

Por outro lado, parte minoritária defende que o psicopata não deve ter sua imputabilidade reduzida, ou seja, não pode se enquadrar na semi-imputabilidade, pois não pode ser considerado portador de uma perturbação da saúde mental. Como já mencionamos anteriormente, a psicopatia é considerada pela maioria, como um transtorno de personalidade e não provoca qualquer alteração na saúde mental do seu portador. O fato de o agente exteriorizar comportamento antissocial não implica o necessário comprometimento da sua saúde mental.

3 A PSICOPATIA E O SEU ENQUADRAMENTO NO ÂMBITO DAS PERTURBAÇÕES MENTAIS, E A POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE OU DIMINUIÇÃO DA PENA

A psicologia é vista como uma ciência metódica e sistemática que busca estudar os processos mentais e o comportamento do ser humano. O que lhe interessa é entender a razão pela qual cada organismo vivo se comporta de determinada maneira e não de outra. Em suma, é predominante a tese de que o psicopata deve ser considerado semi-imputável, pois entende o que é o crime e possui sua capacidade cognitiva conservada, entretanto poderá não ser capaz de controlar seus estímulos à prática criminosa, o que compromete a sua liberdade de opção no momento de ocorrência do fato, por ter sua vontade diminuída em razão da perturbação de comportamento anteriormente presente.

3.1 O estudo da psicopatologia e possível tratamento do psicopata

A psicopatia em nenhum momento se manifesta no mundo por meio de sintomas, mas de comportamentos antissociais. Destacam-se algumas características que definem os psicopatas: falta de empatia, falta de valores sociais, ausência de sentimentos genuínos como arrependimento e gratidão, presença constante de frieza e uma total insensibilidade com sentimentos alheios, personalidade forte, impulsividade, irresponsabilidade, facilidade de não sentir culpa por atos executados, além de lidar com a mentira muito bem.

Na verdade, os transtornados podem desenvolver empatia em certas circunstâncias e com certos indivíduos. No entanto, é lúcido que nem todas as pessoas que sofreram traumas e abusos na infância são retardadas. Ainda haveria certos traços temperamentais básicos que interagiriam com as experiências vividas, dando origem ao transtorno, isso pode explicar as diferenças na capacidade de reabilitação de um e do outro. Os psicopatas, uma vez que entram na prisão, geralmente não são reabilitados e, se forem soltos, na maioria dos casos, eles reincidem novamente no crime. Há que se levar em consideração que em parte, nem todos os psicopatas são criminosos, o transtorno de personalidade an-

ti-social não é sinônimo de crime. Isso os torna mais propensos, mas não determina esse comportamento criminoso. Muitos psicopatas estão perfeitamente integrados à sociedade e, embora possam ser conflitantes, nem todos são assassinos.

3.2 A teoria significativa da ação e culpabilidade como pretensão de reprovação

Para a própria afirmação da existência do crime é necessário que o agente da conduta considerada ilícita, seja passível de reprovação pelo sistema penal. De acordo com a Teoria Significativa da Ação, tem-se a culpabilidade como pretensão de reprovação, em poucas palavras, trata-se de reprovar juridicamente o autor do fato que, tendo a possibilidade de agir conforme o direito, opta por agir de maneira contrária a este. A culpabilidade que atrai a imputabilidade, é o que interessa neste momento, pois é esta que torna o indivíduo responsável por um ato criminoso à alguém, ou seja, sendo uma pessoa imputável que já pode responder por seus atos e ser condenada a alguma pena por causa deles.

A ausência de uma definição no Direito Penal quanto à culpabilidade dos autores psicopatas, é uma problemática que atinge tanto esses próprios indivíduos, que não possuem um lugar definido dentro do sistema criminal, quanto à sociedade que sofre com a violência causada por um sistema carcerário que não cumpre a real função da pena.

3.3 Ausência de sentimentos em psicopatas

Psicopatas são postos como indivíduos desprovidos de empatia, ou seja, incapazes de se colocar no lugar do outro. Grandes estudiosos da psicologia acreditam que a falta desse sentimento é um dos principais pilares da crueldade nestes indivíduos. Essa é a característica mais popular dos psicopatas, a falta de empatia. Mas e os seres humanos mentalmente saudáveis, a que ponto chegam para entender a psicopatia? São capazes de se colocar no lugar de um psicopata? Colocar-se no lugar do psicopata como a outra via mais complexa, em parte é necessária para compreender o assunto e até mesmo solucionar crimes.

Os psicopatas não são “doidos”, eles têm plena consciência do que fazem e das consequências de seus atos. São verdadeiros predadores sociais, capazes de atropelar tudo e todos com total egocentrismo, visando apenas o próprio benefício. Muitos passam algum tempo na prisão, porém, a grande maioria deles sequer esteve em uma delegacia. Alguns são capazes de cortar a garganta de alguém só para ver se a faca está afiada.



4. CRIMINOLOGIA E O ESTUDO DA PSICOPATIA – ORIGEM

A existência do crime se deu desde o início da evolução humana, percebe-se os registros de um dos primeiros homicídios a ser consumado na terra, onde o veemente caso está exposto na Bíblia, conhecido como um dos livros mais antigos já escritos. O caso fica registrado no primeiro capítulo “Gênesis”, quando um dos filhos de Adão e Eva assassina seu próprio irmão, sem apresentar sentimento algum a não ser a revolta, ódio e ciúme, que o levou à aniquilar a vida de seu irmão, tornando-se responsável pelo “crime original”, assim afirma doutrinadores sobre o tema, sendo tal conduta abominável.

Pode-se conceituar criminologia como sendo uma ciência empírica, e a mesma está voltada na observação e experiência, ela busca estudar o crime e sua origem, de como e porque o agente realizou e consumou tal infração penal, ou seja, ela conclui a análise do crime, a personalidade daquele autor e seu comportamento volutivo delitivo.

Essa ciência, conhecida como “dever-ser”, além de ser uma ciência independente, ela trás a ideia de como o cidadão deve se comportar perante a sociedade, e porta a ideia de atingir um baixo índice de criminologia, instaurando um conjunto de regras, um modelo de conduta, um padrão ideal para tal delito. Quando o legislador expõe o crime de homicídio, está sendo criado um modelo de conduta, para se guiar por aquela norma, essa ciência coloca-se um modelo de conduta ideal para o cidadão, ela ocupa-se do crime enquanto norma, o espírito daquela conduta tem finalidade de alegar “não mate” e ocultando-se e infringindo essa norma, esse modelo de conduta, a pena daquele infrator cairá na ciência do dever-ser, logo, terá sua reclusão na esfera penal.

Para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido, é preciso que seja imputável, em outras palavras, significa a possibilidade de atribuir a esse infrator a autoria e responsabilidade do seu ato criminoso, alguém que, sendo imputável, já pode responder por sua conduta. O psicopata olha para o humano de forma desfigurada, como algo que pode beneficiá-lo, proporcionar-lhe prazer ou não. Essa seria a frieza dele, o não reconhecimento da humanidade no outro e até mesmo o não reconhecimento de sua própria humanidade, por ser um tema de grande relevância pro Direito Penal, continua sendo um dos maiores questionamentos por professores da área psiquiatria, isso se deve as consequências decorrentes de sua adoção. Deste modo, a psicopatia é descrita como transtorno de personalidade antissocial, encontrando-se no rol internacional das doenças mentais, por essa razão, alguns doutrinadores e juristas defendem o tema abordado como sendo uma doença mental, a expressão da psicopatia no decorrer do tempo e pelo lidamento desse caso por ser um dos mais vistos, vem sendo sinônimo de doença mental.

A taxa de reincidência é três vezes maior para psicopatas do que para criminosos comuns. Em relação a crimes violentos, essa taxa é quatro vezes maior em psicopatas quando comparados a não psicopatas. o ideal seria, após o julgamento do qual fosse determinado a semi-imputabilidade, o individuo diagnosticado com esse transtorno de personalidade fosse posto em uma prisão especial, onde seria acompanhado por profissionais especializados que determinariam se o mesmo tem ou não possibilidade de voltar ao convívio social.

Conclui-se que a psicopatia, é lançado como sendo um transtorno de personalidade,

a pessoa fica imprevisível e invulnerável, muitas vezes, a todo custo, almejando ceifar a vida de terceiros. Tecnicamente, não é uma doença, sendo considerada uma perturbação de saúde mental por apresentar uma fragilidade do seu próprio desenvolvimento psíquico. Esse transtorno revela desarmonia da afetividade e desimpatia com integração deficitária dos impulsos, das atividades e das condutas, manifestando-se no relacionamento interpessoal, que, a qualquer hora, assume ou pode assumir um comportamento delituoso recorrente de sua psicopatia e fragilidade mental que é manifesto/efetivo demais.

4.1 A punibilidade dos psicopatas sob a análise da ciência criminológica

A ciência criminológica trata do estudo do crime, mas não se confunde com o Direito Penal. Este último, como uma ciência normativa, enxerga o crime como uma desobediência a uma conduta prevista em lei, estabelecendo um gravame como consequência. A criminologia, por ser uma ciência causal-explicativa, atua sob uma perspectiva não somente do criminoso, mas também da vítima, procurando entender melhor a gênese do crime para criar formas de prevenção e técnicas de intervenção no sistema penal.

No caso em tela, estuda-se a punibilidade dos psicopatas através de uma perspectiva criminológica, analisando-se assim, a gravidade dos crimes cometidos por esses indivíduos e as sanções penais a eles aplicadas. É irrecusável a relevância da análise do comportamento psicopático para o Direito Penal e a Criminologia, pois, os psicopatas vêm contribuindo bastante para o crescimento da criminalidade, dada a dificuldade em serem reintegrados à sociedade sem representarem um perigo constante. A psicopatia é um transtorno de personalidade que muito preocupa a sociedade. Os sujeitos acometidos por esse transtorno são pessoas frias, indiferentes ao outro e desprovidas de afeto, de modo que são responsáveis pelo cometimento de crimes diversos, não apenas contra a vida, como também contra o patrimônio. Desta forma, a Criminologia faz-se essencial para uma análise mais profunda da psicopatia e dos crimes cometidos pelos indivíduos acometidos pelo referido transtorno de personalidade.

4.2 O comportamento do indivíduo psicopata dentro das relações sociais

O indivíduo psicopata possui 100% (cem por cento) de razão, nos níveis maiores de psicopatia, eles chegam a cometer crimes com extrema crueldade, sem sentir remorso algum. Eles possuem um alto poder de atração; são inteligentes, autoconfiantes, amam adrenalina, sabem se expressar, o medo de falar em público que atinge a maioria das pessoas normais, para eles é algo tranquilo, mesmo quando são pegos mentindo, eles não apresentam constrangimento algum, são superficiais, incapazes de sentir emoções e em qualquer início de relacionamentos, eles se mostram extremamente apaixonantes e dizem o que as pessoas querem ouvir, visando uma forma de manipular suas vítimas para conseguirem seus objetivos.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como finalidade principal a responsabilidade jurídico-penal do psicopata, com o objetivo de demonstrar como tem se pronunciado a doutrina, psiquiatria forense, e principalmente, a jurisprudência pátria, diante da temática apresentada. Para chegar ao objetivo do presente estudo, foi necessário apresentar as definições trazidas pela lei, para os casos de inimputabilidade, semi-imputabilidade e imputabilidade penal, para que fosse possível compreender a real responsabilidade do psicopata frente ao ordenamento jurídico-penal pátrio.

Entende-se que o estudo da psicopatia deve ser analisado sob um viés criminológico, com o fulcro de proporcionar justiça às vítimas de crimes tão horrendos como os cometidos pelos psicopatas, e de alcançar a redução da criminalidade. Infelizmente, não é um problema da atualidade a violência enfrentada pela sociedade, todavia, tal fenômeno tem se agravado constantemente. Diariamente é veiculado pela mídia inúmeros casos de crimes assustadores, cheio de violência, brutalidade, sem o menor respeito pela vida humana.

Por serem indivíduos instáveis e pelo fato de não sentirem medo, frustração, culpa ou remorso, são propensos a reincidirem em atos criminosos, fatores que devem ser considerados no momento de conceder liberdade condicional ou redução de pena a um indivíduo portador do transtorno. A psicopatia é um transtorno de personalidade bastante grave que atinge parcela da população brasileira. Os indivíduos que sofrem desse transtorno são extremamente insensíveis, de modo que não mostram arrependimento após o cometimento de crimes, representando sempre um perigo constante à sociedade. Tendo em vista o caráter nocivo da psicopatia que os estudiosos da criminologia se propõem a estudar, oferecendo ideias e alternativas ao sistema penal com o objetivo de evitar que esses sujeitos retornem à sociedade novamente e reincidam em crimes.

É claro o quanto o ordenamento jurídico não acompanha esses avanços da ciência, pois, este se omite quanto à imputabilidade do psicopata, e deixa assim para os juízes decidirem o caso concreto de acordo com o livre convencimento motivado. Deste modo, o estado deixa de ser atuante e acaba por deixar a sociedade vulnerável por falta de interesse em sistematizar normas que disponham sobre como proceder com um criminoso psicopata, bem como deixa de investir em pesquisas e equipamentos que possam identificar a psicopatia e manter sob controle os criminosos psicopatas. Em razão disso, percebe-se uma insegurança jurídica no tocante a punição específica do psicopata criminoso, que após cumprir pena, continuará reincidindo nos crimes, visto que a psicopatia não tem cura, pois a mesma não é doença e sim uma desordem na personalidade, como dito anteriormente.

Espera-se ter despertado com o presente artigo, o interesse pelo raciocínio crítico, levando o leitor a indagar se a política criminal do sistema penal contemporâneo trata os psicopatas com a atenção com que devem ser tratados. Daí a necessidade de se dispensar um tratamento específico a esses indivíduos. Afinal, é função do Estado proteger a sociedade de criminosos como eles, dissimulados e desprovidos de afeto.

Defende-se então que o Estado pacifique esse problema, aderindo os avanços da ciência para a melhoria desses transtornados e garantindo a ordem em sociedade, levando

em consideração os posicionamentos dos especialistas na área da psiquiatria forense, é inegável que a função punitiva cabe ao Estado, portanto, este deve resguardar o direito da dignidade da pessoa humana para os crimes cometidos pelos retardados e tratar os psicopatas criminosos como imputáveis, visto que o Direito precisa acompanhar os avanços da neurociência a fim de tratar essa omissão não mais harmônica com a atualidade em que a sociedade vive, se faz necessário que diante de tal problemática, o Estado crie um Sistema Único de normas voltadas para o transtorno da psicopatia.

Diante de tais considerações, foi possível concluir que, via de regra, o psicopata não é inimputável. Contudo, a conclusão quanto à sua imputabilidade ou semi-imputabilidade depende da análise do caso concreto e, sobretudo, de um embasamento em laudo psiquiátrico comprovado.

Referências

- ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023:2000**: Psicopatia e o código penal: uma análise acerca da responsabilidade penal do psicopata no âmbito da legislação brasileira.
- ALMEIDA, Gilson de C. Da inimputabilidade por doença mental - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito (Curso de Direito). Fortaleza. 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. 17. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em 25 de outubro de 2019.
- BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 de setembro de 2019.
- BRASIL. Lei de Execuções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 12 de outubro de 2019.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts 1º ao 120). 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CID10, Classificação Internacional de Doenças. F60 – F69 Transtornos da personalidade e do comportamento adulto. Disponível em: http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm. Acesso em: 23 de novembro de 2019.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado** – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2017.
- DUARTE, T. L. da C. **Psicopatia e Direito Penal**: Uma interrelação. Curso de Direito - UniEvangélica. 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/762/1/Monografia%20-%20Thallyta%20Lorraine.pdf>. Acesso em: 10 out de 2021.
- HARE, Robert. Teste de psicopatia Robert Hare (PCL - R). 2013. Disponível em: <https://bomprasaude.com.br/teste-de-psicopatia-robert-hare-pcl-r/>.. Acesso em: 18 de outubro de 2021
- NUCCI, Guilherme. de S. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CAPÍTULO 32

MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

EMERGENCY PROTECTIVE MEASURES

Gláucia Barros Cardoso¹

¹ Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

O presente trabalho trata sobre como os recursos disponíveis nas medidas protetivas de urgência podem coibir a violência doméstica contra a mulher em âmbito familiar, apresentando a lei de nº 11.340/2006 conhecida como lei maria da penha, que proporcionou ao país uma grande conquista democrática no que tange o combate à violência e esta lei apresenta mecanismos para coibir a violência e proteger a vítima asseguradas pela norma, sendo um desses mecanismos a garantia de medidas protetivas, as medidas protetivas de urgência foram criadas com o intuito de combater a violência e proteger a vítima asseguradas pela lei maria da penha, e visam afastar o agressor da vítima e assim fazer com que todas as mulheres tenham a oportunidade de viver em um ambiente sem violência e se sintam seguras com todos seus direitos assegurados pela lei, e no decorrer do trabalho iremos nos aprofundar mais sobre o assunto, mostrando os procedimentos a serem feitos, a aplicabilidade das medidas previstas em lei, medidas cabíveis a serem tomadas em face do agressor e entre outras inquietações sobre o tema.

Palavras-chave: Lei maria da penha, Violência doméstica, Medidas protetivas de urgência, Combater, Procedimento.

Abstract

The present work deals with how the resources available in emergency protective measures can curb domestic violence against women in the family environment, presenting the lei of no. 11.340/2006 known as maria da penha law, which provided the parents with a great democratic achievement with regard to combating violence and this law presents mechanisms to curb violence and protect the victim assured by the norm, one of these mechanisms being the guarantee of protective measures, urgent protective measures were created in order to combat violence and protect the victim ensured by the maria da penha law, and aim to remove the aggressor from the victim and thus make all women have the opportunity to live in an environment without violence and feel with all their rights to be insured by law. and in the course of the work we will go deeper on the subject, showing the procedures to be done, the applicability of the measures provided for by law, appropriate measures to be taken in the face of the aggressor and among other concerns on the subject.

Keywords: Maria da penha law, Domestic violence, Emergency protective measures, Combat, Procedure.



1. INTRODUÇÃO

Os últimos tempos foi necessário que o direito brasileiro fizesse o reconhecimento dos direitos das mulheres, pois o Brasil é o país com maiores taxas de feminicídio no mundo, que refletem em muitos casos de agressões domésticas entre outros tipos de violência, com isso, algumas leis foram criadas considerando exclusivamente os direitos das mulheres como a lei Maria da Penha e medidas protetivas, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, a violência doméstica e familiar contra a mulher é configurada como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Assim, é perceptível que, as medidas protetivas podem ser concedidas de forma imediata, independentemente de audiência das partes.

A lei nº 11.340/2006, conhecida como lei Maria da Penha, proporcionou ao país uma grande conquista democrática no que tange ao combate à violência contra a mulher. Assim esta lei apresenta mecanismo para coibir a violência e proteger a vítima asseguradas pela norma, sendo um desses mecanismos a garantia de medidas protetivas, as medidas protetivas de urgência foram criadas com o intuito de combater a violência e proteger a vítima asseguradas pela lei Maria da Penha, e visam afastar o agressor da vítima e assim fazer com que todas as mulheres tenham a oportunidade de viver em um ambiente sem violência e se sintam seguras com todos seus direitos a serem garantidos pela lei.

Como os recursos disponíveis nas medidas protetivas de urgência podem combater e evitar a violência doméstica contra a mulher? Este trabalho é classificado como revisão bibliográfica e sendo descritiva e qualitativa, foi usado material já publicado, por exemplo: artigos científicos, monografias, dissertações, leis.

2. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E AS MEDIDAS DE OBRIGAM O AGRESSOR

As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor estão dispostas no artigo 22 da Lei nº 11.340/2006 que é de chamada de Lei Maria da Penha, estão desse modo verifica-se que são as medidas protetivas voltadas a quem comete o ato da violência doméstica no caso o agressor, ficando em face dele as obrigações e restrições.

O legislador mostra muita preocupação em tirar posse de quem está fazendo uso de arma de fogo na prática de violência no âmbito familiar, e sendo afirmado que o juiz faça a suspensão da posse ou a restrição do porte de arma e que seja feita a liberação do uso e da posse é necessário o cadastro ou registro na Polícia Federal.

No caso do agressor tenha a posse devidamente registrada na Polícia Federal, só acontece o desarmamento, se caso foi pedido essa medida protetiva por parte da vítima, mais se houver uso ou a posse não sejam de forma regular e haja violação dos dispostos legais, a autoridade policial é responsável a tomar as devidas providências.

Ja no caso da medida protetiva que esta disposta no inciso II , no mesmo artigo que expressa que no caso do agressor ele pode ser retirado ou afastado do lugar onde residia e convivia com a vítima, neste caso a vítima, não tendo importancia que seja uma casa, pode ser em qualquer outro lugar, caso venha haver pratica ou ate um risco de algum crime que possa acontecer, e este disposto não pode ser utilizado apenas por uma vontade da parte da vítima.

Se houver algum historico de violência, uma das medidas que é mais eficaz para evitar a violência doméstica, no caso do agressor nao aceitar a medida de afastamento, será submetido ao art. 359 do Código Penal, ou seja: "Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito Art. 359 - Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial: Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa" (grifamos).

E em casos em que o vínculo familiar já foi cessado, a medida será a do artigo 150 do Código Penal, ou seja, invasão de domicílio, tratando-se de crime de menor potencial ofensivo, conforme determina o art. 69, parágrafo único, primeira parte, da Lei 9.099/95, não se imporá prisão em flagrante, ao autor do fato que assumir o compromisso de comparecer em juízo. Todavia, tal regramento não pode ser aplicado quando a desobediência recair sobre uma medida de proteção à mulher, vítima da violência doméstica ou familiar contra a mulher. Frise-se que esta desobediência a uma imposição judicial de medida protetiva, sempre, de um modo ou outro, caracterizará uma das formas de violência contra a mulher de que trata o art. 7º da Lei Maria da Penha (PORTO, 2007).

E assim, lhe cabe a prisão em flagrante do agressor que tenha violado a lei desobedeceu e cometeu uma desobediência de ordem judicial, sempre que a ação ou omissão se depare com um dos dispositivos contidos nas medidas protetivas contidas na Lei nº 11.340/06.

Por parte das medidas protetivas de urgência, há uma possibilidade de proibição do sujeito ativo, em condutas praticadas, nesse caso esse medida pode prevenir e coibir crimes e fazer a proteção de reais vitimas de violência, essas medidas protetivas podem ser bem dificeis de fiscalizar, elas podem ser deferidas, porém a imposição das mesmas deve ser bem refletida.

Por exemplo, a fixação de distância entre agressor e agredida é uma dessas medidas de escassa praticidade e difícil fiscalização. Já se viu pedidos em que, a deferir-se a distância de afastamento pleiteada pela ofendida, o suposto agressor teria que se mudar para o meio rural, pois o perímetro urbano da pequena cidade onde ambos moravam, não lhe permitiria continuar habitando a sede do município. Esta medida parece, todavia, ter sentido naquelas hipóteses em que o agressor, obstinado em acercar-se da vítima, segue-a teimosamente por todos os lugares, especialmente, para o trabalho, causando apreensão e risco. Mas nesse caso em que o agressor insiste em aproximar-se ou mesmo adentrar o local de trabalho da vítima, é possível aplicar-lhe a proibição de frequência nesse local, conforme letra 'c' (PORTO, 2007).

Em casos de ameaça e quando a um estresse e tira o sossego é necessario e cabível principalmente ente agressor e vítima e também incluindo os seus familiares e testemunhas, a pribação de comunicação, seja ele por qualquer meio de comunicação, mais a um

grande avanço na tecnologia e um fluxo muito grande de aparelhos telefônicos, assim tornando a vida da sociedade por um lado pratico e por outro lado mais conturbado, sendo notavel o aumento de criminalidade via telefone, as chaces de extorsões, golpes, ligações de dentro dos presídios, e também as ameaças, crimes contra a honra e perturbação do sossego, essas muito comuns na violência doméstica.

Com efeito, na maioria das vezes a ocorrência ou não de crimes, bem como se foi extrapolado o limite entre uma acalorada discussão recíproca e a pratica de ameaça ou ofensas refletidas e sérias é um tema de árdua elucidação. Em primeiro lugar, em razão de à maioria desses delitos – ameaça, crimes contra a honra, perturbação do sossego – ser aplicada penas de detenção ou prisão simples, já não se admite a interceptação das comunicações telefônicas ou telemáticas (art. 2º, III, da Lei 9.296/96). Tem-se, contudo, possam ser requisitados os dados cadastrais dos titulares de telefones utilizados para a pratica de tais infrações, quando a vítima, através de recurso disponível em seu aparelho receptor, tiver identificado a origem das chamadas. Assim, será possível conhecer o autor da ligação, embora não se tenha acesso ao seu conteúdo. Porém, quanto a este, é possível que a vítima grave a conversa por conta própria, utilizando a gravação como prova do delito contra si praticado – ameaça, constrangimento ilegal, ofensas – pois tal proceder não constitui interceptação telefônica de uma conversa entre terceiros, mas simples, meio de prova de uma dada comunicação efetuada por um dos interlocutores (PORTO, 2007).

Podemos destacar que ter um contato diretamente com a vítima pode ser constituido o direito de ameaça, entre outros crimes e existindo uma chance de fazer uma averriguação por interceptação telefônica, além do delito de coação, quando o sujeito ativo, entra em contato com vítima, seus familiares ou até mesmo testemunhas, acontecendo um constrangimento mediante ameaças e talvez haja mudanças em seus depoimentos ou aconteca a renuncia da representação.

E a vítima e seus filhos forem retirados para abrigo ou até mesmo para casa de seus familiares, e esta restrição é mais rigida, este lugar tem que ficar e sigilo total, e também não deve ser citado no processo, justamente para que o sujeito ativo não tome conhecimento. sobre as visitas aos filhos no caso os dependentes, não ficaram negadas, mais para que isto ocorra deverá ter um local de inicio colocado ou indicado pela autoridade.

Outra medida protetiva de urgência é a prestação de alimentos provisionais ou provisórios, na lei está proposto que os alimentos provisionais ou provisórios deve ser afirmados quando os alimentos provisionais ou provisórios, pelo Juiz criminal ou pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar.

O legislador usou as duas expressões para eliminar as discussões semânticas sobre a suposta diferenciação entre alimentos provisionais ou provisórios, visto que ambas significam, em linhas gerais, a fixação de alimentos antes de uma decisão faz coisa julgada, de modo que, demonstrada alteração no célere binômio necessidade- possibilidade pode o quantum ser revisto a qualquer momento. [...] Como regra, entende-se que alimentos provisórios são aqueles fixados imediatamente pelo juiz, a título precário, ao receber a inicial, na ação de alimentos do rito especial disciplinada pela Lei 5.478/68, ao passo que, provisionais, são aqueles reclamados pela mulher ao propor, ou antes de propor, a ação de separação judicial ou de nulidade de casamento, ou de divórcio direto, para fazer face ao seu sustento durante a demanda. Chamam-se também provisionais os alimentos fixados na sentença de primeira instancia, na ação de investigação de paternidade, de acordo

com o artigo 5º da Lei nº 883/49 (PORTO, 2007).

A questão dos alimentos se torna imprescindível, pois nesse caso a vida não pode esperar, desse modo, é visível que a dependência econômica é o ponto que determina a submissão da própria vítima e de seus filhos, ao agressivo.

Se a vítima estiver com suas condições próprias de sobreviver essa medida não se torna uma medida necessária para essa vítima, mais é indispensável se tornando algo fundamental para os filhos em questão os dependentes, por ser um direito indisponível, essa medida cautelar se baseia na necessidade dos requerentes e também na possibilidade que o requerido possui, assim o Juiz deverá colher informações a respeito de ambos, e também dos filhos, buscando obter as respostas sobre as necessidades básicas da vítima e dos dependentes, ou seja, deve buscar notícias como, saber se eles ficaram em um abrigo ou na sua própria residência.

3. DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGENCIA À OFEDINDA E A SUA APLICABILIDADE

Essas medidas que foram criadas pela lei para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar, independente de classe e assegurando e fazendo proteção de todas as mulheres. existem essas medidas protetivas que previstas na Lei Maria da Penha que são aplicadas diretamente as vítimas, para laborar na proteção física e para sua proteção patrimonial. nos artigos 23 e 24 da Lei nº 11.340/2006 - Maria da Penha, desse modo, o legislador estabeleceu que o artigo 23 está ligado a proteção à vítima, e o artigo 24 trata do patrimônio do casal bem como dos outros bens particulares da vítima.

É medida tem a sua natureza cível, podendo ser requerida pela vítima por ocasião do registro de ocorrência, ou determinada pelo Juiz de ofício, ou em razão de pedido do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Para o efeito positivo destas medida protetiva, é necessário que haja esses Programas de Proteção esteja funcionando, estes Programas não precisam ser específicos para as vítimas de violência doméstica, e podem ser criados não somente através de projetos em grupos criados para dar apoio á vítima ou organização não governamentais, mas pode ser criado pelo estado, nos grupos de proteção e atendimento deve haver uma estrutura para atendimento multidisciplinar, além da devida segurança, já que as vítimas encontram-se em situação de risco.

A recondução da vítima e de seus dependentes ao domicílio é do inciso II do artigo 22 da mesma Lei, assim pressupõe que houve o afastamento do lar decorrente do medo, em relação à violência sofrida ou que a vítima poderia vir a sofrer, a recondução é possível e em principal quando não tem o recolhimento da vitima em Comunitário de Proteção e em Programa Oficial.

Há alguns casos, em que se faz necessario por conta do risco, transportar a vítima e seus dependentes do domicilio para um local com uma segurança maior um ambiente



mais seguro, esta movimentação deve ser providenciada de ofício pela polícia, e depois, requerer judicialmente a pedido da própria vítima ou do Ministério Público, o afastamento do agressor. E no caso seja deferido este pedido, a vítima poderá retornar.

A vítima pode ser requerida direto no momento do registro no caso a ocorrência junto à autoridade policial, e sendo direcionada pela Delegacia de Polícia à Vara Criminal, dentro do prazo de 48 horas disposto no art. III.

No novo Código de Processo Civil Lei n. 13.105/2015 não mais faz alusão expressa à separação de corpos cautelar deixou de existir de forma autônoma, mas a medida pode ser pleiteada como tutela de urgência com base nos artigos 300 e 301.

Mesmo após a separação dos corpos a ação principal de separação judicial, dissolução de união estável e até mesmo anulação do casamento deve ser proposta com o prazo de 30 dias, contados a partir da efetivação da medida, o Código Civil disposto em seu art. 1.562, a medida protetiva, entretanto, pode ser iniciada pela vítima já no momento de seu contato com a autoridade policial, quando da formalização da ocorrência.

A separação de corpos poderá ser feita tanto nos casos em que agressor e vítima ainda casados, quanto na possibilidade de viverem em união estável, a vítima que pretenda tornar efetiva essa medida protetiva, deverá buscar autorização judicial para ser afastada do agressor, com essa separação, os deveres de conviver, todos ficaram suspensos.

A Lei dispõe também que existe uma possibilidade de ser aplicado as medidas protetivas no âmbito patrimonial, no caso a proteção dos bens do casal ou também dos bens particulares da vítima, determináveis com base no código civil.

A primeira dessas medidas impõe ao suposto agressor, que restitua os bens que tenha subtraído do patrimônio da ofendida, essa situação configura o furto, e será considerada violência patrimonial pela Lei Maria da Penha. Já que, é a vítima, e o que comete o delito de furto, é a pessoa com quem possuiu um vínculo de natureza familiar, os artigos 181 e 182 do Código Penal não serão aplicados.

Essa transferência de bens pode ocorrer de maneira bem simples, em curto espaço de tempo. Porém, esse dispositivo pode ter a sua interpretação ampliada, pois o juiz pode até mesmo autorizar a reintegração de posse no imóvel pertencente a vítima, e que o agressor esbulhou, quando a expulsou do lar.

Caso haja discussão quanto a propriedade ou posse dos imóveis, deve ser ajuizada ação principal de caráter possessório ou dominial, no juízo cível, em 30 dias após a efetiva reintegração de posse, à medida que visa a proibição de celebrar negócios jurídicos encontra-se no inciso II do artigo 24 da Lei Maria da Penha, para a sua real eficácia é necessário que a vítima de violência doméstica indique os bens que pretende, que fiquem interditados da alienação por parte do agressor.

Em alguns casos tem a necessidade de uma publicação de tais medidas, que sejam feitas pela imprensa, assim, isso só acontece quando não há um jeito mais discreto para a exposição dos envolvidos nos casos.

Em situações de união estável, por mais que a compra dos bens, seja durante o estado de comunhão, não tem o domínio do patrimônio comum se não estiver no nome do casal. Caso um imóvel seja adquirido em nome de apenas um dos companheiros durante a união, e seja usado pelos dois, não há como saber que o bem é dividido, pois, quem o adquiriu, é tratado como dono do imóvel e proprietário, assim podendo usar normalmente.

Não vendo o magistrado justificativa suficiente para conceder a restituição reclamada pela vítima, o juiz tem faculdade (art. 22, § 1º) de determinar tão só o arrolamento dos bens ou o protesto contra alienação de bens, como forma de assegurar a higidez do patrimônio. Desta forma evita a probabilidade de dano irreparável (DIAS, 2010).

Por sua vez, a venda de bens imóveis é necessário o aceite do cônjuge, então não há a chance do agressor se desfazer do bem em questão o patrimônio sem que a vítima assine a escritura e a vítima, além de ter a chance de embargar a venda, poderá também se manifestar contra a adquirir os bens. Mesmo que o bem seja adquirido por um dos cônjuges ou companheiros, seja comum no bem do casal, esse negócio pode ser prejudicial aos interesses da vítima ou da própria família.

E quando nesse meio ocorre violência, pode surgir o sentimento de vingança do homem, e assim é possível que aconteça de serem usadas as procurações, para o desvio de patrimônio. Nesse sentido, Ainda que a Lei fale em suspensão, a hipótese é de revogação do mandato, até porque 'suspensão da procuração' é figura estranha no ordenamento jurídico. De qualquer modo, seja suspensão, seja revogação, o fato é que o agressor não mais poderá representar a vítima (DIAS, 2010).

Poderá o juiz fazer a suspensão das procurações outorgadas por parte da vítima sob o agressor, em sede liminar, depois de ser feita a denúncia na delegacia, e assim sendo podendo ocorrer a suspensão das procurações dentro do prazo de 48 horas e a com possibilidades de ocorrer a suspensão de procuração que inclusive no mandado judicial conferido ao agressor quando ele for advogado, porém quando a procuração esteja outorgada a figura de advogado que tenha algum tipo de comunicação com o agressor, não podendo assim a mesma ser revogada.

A mulher que sofreu a violência doméstica, deve e pode buscar pelo ajuda da Delegacia da Mulher, pode ser também em qualquer outro departamento policial para fazer a denúncia e relatar os fatos e contar o que aconteceu em questão a violência sofrida e e registrar em boletim de ocorrência, é indicado que seja procurada a Delegacia da Mulher pois é um ambiente que tem dominação nos casos e sendo mais confortável para essas vítimas, tendo a possibilidade de não ter acesso ao local especializado, ficando aberto para as vítimas está indo em qualquer delegacia mais próximo de sua residência que tem a obrigação de atender as vítimas.

Não é obrigatório um advogado para que seja feito o pedido da medida protetiva de urgência, pois é um instrumento autônomo que e pode ser aplicado sem que haja um inquérito ou ação penal instaurada e se possível, se recomenda, assim a medida ainda será feita pela autoridade policial, e se houver alguma ameaça a vítima e causar algum tipo de risco a integridade física, deve ser ordenado que o agressor seja afastado.

A medida protetiva de urgência ainda pode ser expedida por autoridade policial que, em caso de haver ameaça atual a integridade física da vítima, deve ser determinado o afastamento do agressor da residência.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levantou-se doutrinariamente no decorrer do artigo que a violência contra a mulher que ocorre em âmbito familiar ou qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, leva a ter como foco as medidas em face ao agressor, em face a vítima e com relação à aplicabilidade das medidas protetivas de urgência em relação a vítima.

No Brasil, a Lei 11.340/2006, chamada Lei Maria da Penha, é a que regula as situações de violência doméstica e familiar, tendo introduzido em nosso sistema legal as chamadas medidas protetivas de urgência, instrumento utilizados para acessar o Poder Judiciário na busca por equalização de direitos e proteção a mulher, através das reflexões aqui abordadas, percebeu-se que a Lei Maria Penha é considerada uma legislação completa, uma vez que elenca em seus dispositivos os tipos de violências passíveis de serem consideradas para efeito de incidência da lei, bem como elenca as medidas protetivas.

É primordial refletir sobre a aplicabilidade das medidas protetivas de urgências trazidas pela Lei Maria da Penha, como as medidas protetivas de urgência estão resguardando os direitos de todas as mulheres em todo o âmbito mais principalmente no âmbito familiar, onde seria para a mulher se sentir protegida, e com essas medidas vem sendo possível, a principal reflexão que se deve fazer, que sim as mulheres devem denunciar e procurar os seus direitos.

Desta forma, cabe aos órgãos competentes executar adequadamente a Lei que ampara a mulher que é vítima da violência doméstica essa é a mensagem que este artigo pretendeu passar.

Referências

BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2.ed. rev., anual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade:**

abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Femicídio). São Paulo: Atlas, 2015.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**: análise crítica e sistêmica. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



CAPÍTULO 33

A EFICÁCIA DA LEI PENAL BRASILEIRA NO COMBATE OS CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET

*THE EFFECTIVENESS OF THE BRAZILIAN PENAL LAW IN THE FIGHT
AGAINST CRIMES AGAINST HONOR ON THE INTERNET*

Lucas Ittanan Silva Chagas¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

A internet tem se tornado cada vez mais presente na vida do ser humano de forma geral, de modo que há a possibilidade de se fazer quase tudo por meio dela, inclusive a prática de crimes, e nesse contexto, o presente artigo se volta para a análise da eficácia da aplicação dos diplomas legais que tutelem a honra e disponham da punibilidade dos crimes cometidos contra esta garantia constitucional. Além disso, para que se chegue a esse resultado, percorre-se ao longo dos capítulos que compõem este trabalho a disposição da conceituação da hora, bem como a constitucionalidade e sua tipificação, além da apresentação no contexto cibernético verificando como as redes sociais podem afetá-la e como o sistema judiciário brasileiro tem se comportado na defesa da tutela desse bem, além de verificar se existe ou não a dificuldade na aplicação da lei penal nesses casos. Nesse contexto, fora realizada uma pesquisa bibliográfica, tanto na doutrina, jurisprudência quanto no Código Penal brasileiro e sua atualização através do pacote anticrime (Lei 13.964/2019) a fim de que a análise se respalde nos tempos atuais, visto que a convivência nas redes sociais na realidade brasileira tem se tornado cada vez mais comum.

Palavras-chave: Crimes contra a honra, Pacote anticrime, Redes sociais, Internet.

Abstract

The internet has become increasingly present in the life of the human being in general, so that there is the possibility of doing almost everything through it, including the practice of crimes, in this context, the present article turns to the analysis of the effectiveness of the application of laws that protect honor and provide for the punishment of crimes committed against this constitutional guarantee. In addition, in order to reach this result, goes throughout the chapters that make up this work, the disposition of the conceptualization of the hour, as well as the constitutionality and its typification, in addition to the presentation in the cybernetic context, verifying how social networks can affect it and how the Brazilian judicial system has behaved in the defense of the protection of this good, in addition to verifying whether or not there is difficulty in applying the criminal law in these cases. In this context, a bibliographical research was carried out, both in doctrine and jurisprudence and in the Penal Code and its update through the anti-crime package (Law 13.964/2019) so that the analysis is supported in the current times, since the coexistence in social networks in the Brazilian reality has become increasingly common.

Keywords: Crime against honor. Anti-Crime Pack. Social media. Internet.



1. INTRODUÇÃO

Quando se fala em internet, ou redes sociais, não restam dúvidas de como a era tecnológica interferiu de forma positiva na vida em sociedade. Por meio desses instrumentos é possível que se amplie o conhecimento acerca de qualquer tema, bem como é possível facilitar a comunicação entre as mais diversas culturas sem sequer precisar sair de casa. Entretanto, em contrapartida aos mais diversos benefícios trazidos por esses meios, é possível que se destaquem malefícios ao convívio social, como por exemplo, os crimes contra a honra que são cometidos em veículos de mídia sociais, objeto de análise deste artigo.

À vista disso, o presente artigo tem como objetivo principal fazer análise da aplicação da lei penal brasileira nos casos que consubstanciam crimes contra a honra na internet e a eficácia de tal aplicação, bem como, além disso, explana o conceito e as classificações de honra conforme a doutrina, a divisão dos crimes que lhe atingem, verifica no sistema jurídico brasileiro as leis que dispõem sobre o tema, em especial, aqueles que implicam exposição pessoal de indivíduos na internet. Trata também de entender como a expansão dos meios sociais tecnológicos têm contribuído para o cometimento desses delitos e para sua impunidade.

A pesquisa científica juntamente ao artigo científico, são meios facilitadores para o ambiente acadêmico que propõe ao pesquisador e estudante uma conexão direta com o conteúdo discutido, e da mesma forma amplia essa conexão com o conhecimento para as demais pessoas que passem a ter contato com tal documento, e nesse sentido, a motivação principal para a sustentação deste tema surgiu da observação diária e do uso das redes sociais, que apesar de beneficiar a sociedade, facilitando a comunicação e o entretenimento, também pode desestruturar indivíduos de diversas formas, levar à depressão ou até mesmo a consequências mais graves, seja através de calúnias, difamações, ou dentre outros meios que incitem a exposição pessoal com fatos ou acusações desabonadoras daquilo que consideramos como honra.

Acredita-se que a desinformação da sociedade seja um forte contribuinte para que muitas pessoas sejam vítimas dos crimes abordados neste artigo, e, conseqüentemente, acabem deixando de lado o sem buscar o devido amparo legal. É nesse sentido que o presente trabalho buscou também fazer análise sobre a divulgação defeituosa dos direitos e deveres dos usuários quanto ao cometimento desses crimes dentro das próprias redes sociais, por meio das políticas de privacidade, e como isso afeta a aplicação da lei penal nesses casos.

Doutro modo, mediante os objetivos, qualificam-se como meios recorridos para a elaboração deste tema, ou seja, a técnica de pesquisa utilizada fora a revisão de literatura, onde se buscou a análise de material bibliográfico e documental, os quais predispõem estudo da lei seca, bem como da doutrina majoritária, além de materiais recentes acerca do tema, visto que trata-se de assunto relativamente novo, desse modo, em contraponto, não dispõe de tanto material que se possa recorrer para fins de referencial teórico, no entanto, sendo suficientes os que foram utilizados.

Por fim, ao longo deste artigo científico, percebe-se os objetivos através da distribuição do conteúdo em três títulos principais, que abrangem conceito e a constitucionalidade da honra, em seguinte a divisão e a tipificação penal da calúnia, difamação e injúria bem como a atualização de dispositivos que tratam desses crimes na internet, e por fim, a análise do contexto da consumação delitiva nas redes sociais e como a legislação penal brasileira tem tratado essas condutas delitivas verificando assim a sua eficácia.

2. A HONRA CONFORME A DOCTRINA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1 Conceito de honra

A conceituação de honra muitas vezes pode depender de um fator subjetivo, posto que a sociedade não apresenta linearidade de “valores” em sua evolução visto que sua diversidade se apresenta cada vez mais aparente, entretanto, tal subjetividade não extingue o fator objetivo também aplicado à honra, que possibilita a elaboração de um conceito a partir de um senso coletivo geral, onde independe cada experiência individual, importando somente a sensação compartilhada de ter um direito violado. É na esteira Penal que se encontra a tutela desse bem, e desse modo, autores e doutrinadores que entendem sobre o tema têm atribuído conceitos à honra.

Nas palavras de Rogério Greco:

A honra é um conceito que se constrói durante toda uma vida e que pode, em virtude de apenas uma única acusação leviana, ruir imediatamente. Por essa razão, embora a menção constitucional diga respeito tão somente à necessidade de reparação dos danos de natureza civil, tradicionalmente os Códigos Penais têm evidenciado a importância que esse bem merece, criando figuras típicas correspondentes aos crimes contra a honra (GRECO, 2005, p.447).

De acordo com os ensinamentos de Greco, entende-se que a conceituação de honra se dá do decorrer da moldação da vida de cada um, onde o fator subjetivo conforma-se como o principal para a caracterização da mesma, posto que para certo indivíduo tenha sua honra violada, dependerá de uma ação de outrem que atribua ao primeiro uma ofensa que agrida os valores deste. Obtém-se ainda desse entendimento que esse fator subjetivo consubstancia a tutela criminal, vez que, a honra é algo que se constrói individualmente ao longo da vida e a atitude de indivíduo alheio que venha a tentar “manchá-la”, afetando, seja moral ou materialmente, àquele que se sentir lesado, torna-se passível de punibilidade penal.

Ainda nesse rumo, pode haver a possibilidade de que a mesma ação cometida contra duas pessoas distintas gere ofensa apenas para uma delas, ou seja, vê-se mais uma vez a forma subjetiva se sobrepondo, ou seja, se apenas um dos dois a qual fora atribuída a ofensa se sentir ofendido, diz-se que fora afetada sua honra subjetiva.



2.2 Tipificações de honra

Tendo em vista que para a conceituação da honra necessitamos de fatores objetivos e subjetivos, a doutrina a divide e caracteriza entre esses dois principais fatores, sendo a honra subjetiva uma atribuição de certo “juízo de valor” que fazemos em função de nós mesmos de acordo com os valores auto atribuídos. Por consequência, a honra objetiva diz respeito à atribuição de valores e ao sentimento que os indivíduos têm sobre os demais, sendo um “juízo de valor” que fazemos em relação aos outros.

Nesse sentido, de acordo com GRECO (2005, p. 477) “A chamada honra objetiva refere-se ao conceito que o sujeito acredita que goza no seu meio social. Já a honra subjetiva refere-se ao conceito que a pessoa tem de si mesma, dos valores que ela atribui a si mesma e que são maculados com o comportamento levado a efeito pelo agente”, assim, embora distintos, são conceitos que conversam entre si e levam à mesma noção, qual seja a formação do conceito de honra somado aos aspectos implícitos para a determinação de sua tutela.

No mesmo contexto, Fernando Capez completa sobre a honra objetiva:

Diz respeito à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém. Quando falamos que determinada pessoa tem boa ou má reputação no seio social, estamos nos referindo à honra objetiva, que é aquela que se refere à conceituação do indivíduo perante a sociedade. É o respeito que o indivíduo goza no meio social (CAPEZ, 2020, p.413).

Dando continuidade, sobre a honra subjetiva Capez dispõe que:

Refere-se à opinião do sujeito a respeito de si mesmo, ou seja, de seus atributos físicos, intelectuais e morais; em suma, diz com o seu amor-próprio. Aqui não importa a opinião de terceiros. [...]. Dessa forma, para a sua consumação, basta que o indivíduo se sinta ultrajado, sendo prescindível que terceiros tomem conhecimento da ofensa (CAPEZ, 2020, p.413).

Logo, tem se aspectos importantes, enquanto a primeira diz respeito ao prestígio que se tem perante a sociedade e caso este seja violado, a sociedade terá uma má impressão sobre tal indivíduo que assim terá sua honra objetiva atingida, a segunda se expressa no sentimento interno, na valoração do indivíduo sobre si mesmo, e a violação independe de ciência da sociedade, bastando que este tenha se sentido ofendido.

Conforme disposto neste capítulo, a doutrina faz questão de apartar a honra nessas duas classificações, sem, no entanto, apartar um do outro, isso por que ambos servem para o mesmo propósito, qual seja determinar o que é a honra de forma geral, assim, separa-se as classificações apenas para que se torne mais clara a percepção do momento e do objeto atingido pela infração, ou seja, a consumação do crime. Greco assim versa:

A distinção tem repercussão prática, uma vez que, por intermédio dela, se poderá visualizar o momento consumativo de cada infração penal prevista pela lei, que atinge a honra da vítima[...] embora sirva a distinção, como afirmamos, para melhor visualizarmos o momento de consumação de cada crime contra a honra previsto no Código Penal, não podemos com ela radicalizar.

Isso porque honra subjetiva e honra objetiva são conceitos que se interligam, gerando, na verdade, um conceito único (GRECO, 2017, p.525).

A Doutrina subdivide ainda a honra subjetiva em outros quatro tipos, sendo eles honra-dignidade e honra-decoro, que de acordo com JESUS (2020, p.289) "Honra-dignidade é o conjunto de atributos morais do cidadão. Honra decoro é o conjunto de atributos físicos e intelectuais da pessoa. Se chamo alguém de cafajeste, estou ofendendo a sua honra-dignidade; se o chamo de analfabeto, ofendo-lhe a honra-decoro". Desse modo, têm-se que a honra dignidade abrange o senso moral como um todo, englobando tanto a lealdade, como a dignidade, dentre outros aspectos. Enquanto a honra-decoro engloba aspectos subjetivos desvinculados da moral, como a inteligência de determinado indivíduo ou sua dedicação ao seu trabalho, dentre outros aspectos materiais.

Os outros dois tipos de honra correspondem à honra comum e honra especial, e nas palavras de JESUS (2020, p.289) "Honra comum é a que diz respeito ao cidadão como pessoa humana, independentemente da qualidade de suas atividades. Honra especial ou profissional é aquela que se relaciona com a atividade particular de cada um. Assim, se digo que alguém é ladrão, ofendo-lhe a honra comum. Se, entretanto, digo que é mau comerciante, estou lhe ofendendo a honra profissional". Ora, entende-se que a honra comum, por óbvio, é inerente a toda e qualquer pessoa física e assim pode se convergir tanto com a honra objetiva quanto com a honra subjetiva, com a honra dignidade e decoro, enquanto que a honra especial diz respeito a qualidade profissional do indivíduo e atinge em especial, além dela própria, a honra decoro.

Tendo a ampla classificação da honra, antes de se analisar a tipificação de cada crime, é necessário entender a disposição desse bem na Constituição Federal de 1988 enquanto garantia constitucional.

2.3 A HONRA NOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

A honra, em termos legais, encontra tutela constitucional, no título e capítulo que dispõe das garantias e direitos constitucionais. A sua violação gera o dever de indenizar para o violador, e para a vítima o direito de ter sua honra reparada, na medida do que for legalmente admitido, nesse sentido, vê-se no texto constitucional que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Ao definir tal bem jurídico como um direito individual e coletivo e na garantia de tutelar esse bem, a CF/1988 atribuiu, por lógico, o caráter imaterial a ele, tornando assim, a honra, um bem jurídico imaterial com forma tanto subjetiva quanto objetiva. O artigo 5º da Carta Magna tem um peso muito forte na manutenção social, ou melhor, na disposição



de direitos à sociedade, bem como de manter a sua organização, admitindo a punibilidade como meio de reação à violação dos bens juridicamente tutelados. Não sendo o único diploma que dispõe sobre o direito a honra, considera-se a Constituição Federal o principal, visto sua hierarquia normativa e sua imperativa relevância para o Direito Brasileiro.

No âmbito cronológico, têm-se que o Pacto de São José da Costa Rica (1969), o qual fora aderido pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH -1992) dispunha desse bem como um direito inviolável antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, dispondo que:

Artigo 11 Proteção da Honra e da Dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas (BRASIL, 1992).

Percebe-se a partir disso, que o Pacto de São José da Costa Rica teve forte influência na elaboração da Constituição de 1988, principalmente em relação ao artigo 5º, visto que a Constituição Federal anterior (1967) não dispunha de títulos a respeito da tutela deste bem, sendo a Constituição atual a que a consagrou no âmbito dos direitos coletivos e individuais em relação à personalidade da pessoa humana.

Doutro modo, diferentemente da Constituição Federal, no âmbito do Direito Penal, o tema encontra lastros de disposição – ainda que rasos – desde a promulgação do Primeiro Código Penal Brasileiro (1830), e conforme a evolução histórico-social da sociedade, com a promulgação do Código Penal de 1940, teve-se o primeiro capítulo dedicado exclusivamente à honra a qual conceituamos.

Assim, tendo cristalina a conceituação de honra e distinção entre honra objetiva e subjetiva, sabendo também o objetivo de tal separação, além do tratamento constitucional dado a esse bem, parte-se para a identificação dos dispositivos legais que compreendem esta tipificação penal, de modo que se verifique a aplicação dos conceitos ora abordados em cada um dos crimes.

3. OS CRIMES CONTRA A HONRA E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O Código Penal Brasileiro de 1940, precursor das disposições sobre a honra, como fora mencionado, em seu Título I, Capítulo V, da parte especial, trouxe os crimes contra a honra divididos em três tipificações, sendo elas Calúnia, Difamação e Injúria.

3.1 Sobre a calúnia

Nos termos do artigo 138 do Código em destaque, pode-se definir calúnia como uma imputação a outrem de fato classificado como crime, cuja infração prevê punibilidade também em casos de ser cometido contra pessoas falecidas, para tanto, para que se caracterize a calúnia, precisa ser verificado o dolo do acusador ao imputar falsamente o cometimento de crime pela vítima da calúnia, e para isso não se requer que necessariamente a vítima chegue a sofrer os danos advindos da conduta delitiva.

Art. 138 – Caluniar alguém, imputando-lhe fato definido como crime:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º É punível a calúnia contra os mortos (BRASIL, 1940).

Conforme depreende-se da literalidade do Código Penal, deverá existir a imputação de fato definido como crime, limitando-se taxativamente ao conceito de crime, não podendo a falsa acusação abranger fatos que não os consubstanciem, como por exemplo os fatos constituídos por contravenção penal.

Nesse sentido, conforme destaca Damásio de Jesus (2007, p. 219) “Constitui crime formal, porque a definição legal descreve o comportamento e o resultado visado pelo sujeito, mas não exige sua produção para que exista crime, não é necessário que o sujeito consiga obter o resultado visado, que é o dano a honra objetiva do agente”. Desse modo, não necessariamente deve haver o resultado para que haja o crime, mas somente a conduta, diferente por exemplo do crime de homicídio, onde é o resultado que caracteriza o crime.

Ainda sobre a calúnia, nas palavras de Fernando Capez:

O fato criminoso deve ser determinado, ou seja, um caso concreto, não sendo necessário, contudo, descrevê-lo de forma pormenorizada, detalhada, como, por exemplo, apontar dia, hora, local. Não pode, por outro lado, a imputação ser vaga, por exemplo, afirmar simplesmente que José é um ladrão. Basta que se apontem circunstâncias capazes de identificar o fato criminoso (p. ex., constitui crime de calúnia afirmar falsamente que Pedro matou Paulo porque este não lhe pagou uma dívida de grande vulto) (CAPEZ. 2020, p.421).

Contribuindo com essa lógica, Rogério Greco (2017, p. 534) determina três elementos principais de caracterização da calúnia, que são a imputação de um fato à vítima, onde esse fato deverá obrigatoriamente ser falso, e além de falso deverá principalmente ser definido como crime, repare-se que não se é falado sobre o dano experimentado por quem sofre a calúnia, indo em total convergência com o pensamento de Damásio de Jesus acerca da formalidade do crime. Entende-se ainda que para que haja a calúnia é importante que o agente delitivo saiba que a imputação do fato seja falsa, vez que se tal imputação, em razão das circunstâncias seja verdadeira, ocorrerá o erro de tipo, escusando quem imputa do dolo.

Greco (2017, p 535) conclui ainda que incorrerá sob o crime de calúnia aquele que

imputar falsamente um crime a outrem ainda que a acusação do fato seja verdadeira, ou seja, quando o acusador conhecer do fato criminoso e imputar falsamente ao outro, incorrerá sob a calúnia pelo dolo da falsa acusação. Compreende-se então, que a configuração da calúnia independe do resultado, porém depende do dolo e das circunstâncias que caracterizam o fato criminoso, não podendo ser, meramente uma acusação rasa.

É necessário apontar que além da calúnia, porém em outra modalidade, existe a denunciação caluniosa que se veste no interesse de prejudicar judicialmente a vítima, e neste crime previsto no artigo 339, CP, o bem jurídico difere do da calúnia que é a honra objetiva, sendo o deste a correta aplicação da justiça que pode causar lesão equivocada à liberdade do ofendido. Embora não se relacione diretamente com a honra, é necessário que se tenha conhecimento de sua existência para que não haja confusão do tipo. Recentemente muito se tem tido a aplicação da denunciação caluniosa no meio dos famosos e influenciadores digitais, que por divergências de opiniões sejam sociológicas ou políticas acabam incorrendo sob esse delito. Nesse rumo, é muito comum haver a cumulação dos dois tipos, um quando o agente imputa o crime ao indivíduo, e o outro quando é ofertada a queixa crime munida na falsa acusação.

3.2 Sobre a difamação

A Difamação, por sua vez, está averbada no artigo 139 do CP/1940 como a imputação de um fato ofensivo à reputação de outrem, onde o bem tutelado, assim como na calúnia, é a honra objetiva.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa (BRASIL, 1940).

Nesse sentido (DE JESUS. 2007, p. 225) afirma que a difamação conforma-se como mera ofensa à reputação do indivíduo, e nesse viés torna-se irrelevante a verificação de que o fato imputado seja verdadeiro ou não, sendo necessário apenas que se verifique o fato ofensivo atribuído ao ofendido.

Embora no mesmo sentido, porém em outras palavras, CAPEZ (2020) destaca que:

Interessa, sobretudo, à coletividade preservar a paz social, evitando que todos se arvorem no direito de levar ao conhecimento de terceiros fatos desabonadores de que tenham ciência acerca de determinado indivíduo, ainda que tais fatos sejam verdadeiros (CAPEZ. 2020, p.444).

Nas palavras de Capez, entende-se como um fator sobrepunjante a preservação da paz coletiva, o que se traduz na expressão do senso comum "cada um toma conta da sua vida", posto que a difamação decorre do inverso, ou seja, decorre da ação de pessoas alheias à vida do indivíduo lhe imputando fato desabonador, sendo punível, desse modo, aquilo que comumente conhecemos como fofoca, bastando que leve a terceiro conhecimento de fato desabonador da moral do ofendido ainda que verídico.

Neste tipo, diferente da calúnia, o crime se configurará independentemente da ve-

racidade do fato imputado, uma vez que fere o valor social do indivíduo maculando sua reputação. E, ressaltando que a calúnia não admite imputação de fato caracterizado como contravenção penal para a sua existência, a difamação por subsídio admite.

Cabe destaque para a possibilidade de pessoas jurídicas serem vítimas deste tipo, Greco assim versa:

Pode, portanto, ser perfeitamente possível que uma pessoa jurídica se veja atingida em sua reputação com fatos divulgados pelo agente que denigrem a sua imagem perante a população, fazendo, inclusive, com que, em virtude disso, sofra prejuízos materiais. O crime de difamação, no que diz respeito às pessoas jurídicas, serve, também, como “vala comum” com relação àqueles fatos que lhe são imputados, definidos como crime, mas que não se encontram no rol das infrações ambientais, previstas pela Lei nº 9.605/98 (GRECO. 2017, p.571).

Desse modo, pode determinada empresa ser vítima do crime de difamação, vez que a personalidade jurídica não exclui a sua reputação, vê-se então que parecido com o que acontece com as pessoas físicas, onde a falsa imputação de fato considerado contravenção penal caracteriza difamação e não calúnia em decorrência da interpretação literal da norma, no caso deste tipo penal em destaque, os casos de falsa acusação de crime que não se enquadrarem na lei de crimes ambientais serão determinados pela difamação, e por lógica, incorrendo a acusação e, sendo falsa, sob crime ambiental definido pela Lei nº 9.605/98, determinar-se-á pela calúnia.

Uma vez entendido qual o objeto jurídico tutelado pelo artigo 139 do Código Penal, qual seja a honra objetiva da vítima, ressalva-se que para que se configure a difamação é necessário que o agente leve o fato ao conhecimento de terceiro, seja por qualquer via, e, no caso de a ofensa ser proferida somente em presença da vítima, sem que haja terceiro para presenciar, considera-se que sua honra objetiva não fora de fato violada, portando, não sendo cabível a aplicação do art. 139 CP para caracterizar a difamação, o que, de outro modo, não significa a presunção de inocência do agente, vez que este poderá ser submetido a acusação do crime de injúria.

3.3 Sobre a injúria

O Crime de Injúria encontra disposição no artigo 140 do Código Penal, e o seu conceito está atrelado a ofensa da dignidade ou decoro de um indivíduo. Dispõe o diploma legal:

140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria;

§ 2º – Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natu-



reza ou pelo meio empregado, se considerem alvitantes:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Pena – reclusão de um a três anos e multa (BRASIL, 1940).

Nas palavras de Cleber Rogério Masson (2020) “A injúria ofende a honra subjetiva. Portanto, ao contrário da difamação e da calúnia, o tipo incrimina a atribuição de qualidade negativa. A dignidade é ofendida quando são depreciadas qualidades morais. Já o decoro é atacado quando são desabonadas qualidades físicas”. Das palavras de Masson, extrai-se que a injúria conforma-se como o ato depreciativo das qualidades de outrem, sejam físicas ou imateriais, como exemplo pode-se citar o capacitismo cometido contra pessoas com deficiência e neurodivergentes, que pode-se equiparar ao crime de injúria racial, qualificado no mesmo artigo em disposição.

Em sentido doutrinário, Rogério Greco versa sobre a chamada injúria preconceituosa:

Por mais paradoxal que possa parecer, a injúria se transforma na mais grave infração penal contra a honra quando consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, sendo denominada, aqui, de injúria preconceituosa, cuja pena a ela cominada se compara àquela prevista para o delito de homicídio culposo, sendo, inclusive, mais severa, pois ao homicídio culposo se comina uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e na injúria preconceituosa uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa, sendo discutida sua proporcionalidade comparativamente às demais infrações penais (GRECO. 2017, p.586).

Conforme Greco, por mais que a injúria, em primeiro momento, comporte a menor ofensibilidade perante os crimes contra a honra, em momento oportuno pode se tornar a mais grave das tipificações quando cometida de forma preconceituosa (art. 140, § 3º, CP), desse modo, é correto o raciocínio de que na maioria dos casos que envolvam o crime de injúria preconceituosa vêm cumulado de outra tipificação específica, como por exemplo nos casos de racismo, intolerância religiosa ou homofobia, ambos tutelados pela Lei n. 7.716/89 c/c o artigo 20 da Lei nº 9.459/97. Então, aduz-se que mera ofensa poderá configurar o crime de injúria na forma simples, constante do § 1º do artigo 140 do Código Penal, entretanto, quando este for cometido de forma discriminatória, preconceituosa, será mais grave e, eventualmente, poderá incorrer em mais de uma tipificação penal. Além dessas modalidades, apresenta-se no mesmo artigo, em seu § 2º, a injúria real, que acontece quando há emprego de violência ou vias de fato, como por exemplo, quando um indivíduo intencionalmente cospe no rosto de alguém, ou desfere um tapa na face do outro, gerando assim, a ofensa.

Dispõe Fernando Capez (2020) que referente à injúria real, prevista no art. 140, § 2º, do Código Penal, por se tratar de um crime complexo, tutela-se também a integridade ou incolumidade física do indivíduo. No caso, contudo, a real intenção do agente é atingir a honra subjetiva do indivíduo, sendo a violência ou vias de fato apenas um meio de se concretizar tal desiderato. Quando ocorre a injúria real por meio de violência física, o

agressor estará sujeito ao cometimento de ambos os delitos, tanto o de injúria quanto o de lesão corporal. Portanto, as condutas que possam lhe caracterizar em sua maioria, são praticadas de forma física, em outro caso, há possibilidade de se verificar a injúria real na internet, que ocorrerá quando a conduta for realizada e esta seja divulgada em redes sociais com a intenção de humilhar a vítima.

O objeto jurídico tutelado neste tipo é a honra subjetiva, diferente da calúnia e da difamação, razão pela qual não admite a exceção da verdade, vez que, é irrelevante a atribuição de um fato à vítima, mas sim a atribuição de qualidades negativas, depreciativas que gerem uma ofensa e, mesmo que se tenha a veracidade da alegação, a honra subjetiva da vítima será atingida, constituindo assim o crime de injúria.

3.4 A alteração da legislação penal: pacote anticrime

Em que pese o Código Penal Brasileiro datar de 1940, e com o avanço da sociedade e da informática, muitos dispositivos amalgamados não se adequem à realidade atual, estando obsoletos ou carentes de adaptação, no ano de 2019 teve-se a promulgação da Lei nº 13.964 que dispôs sobre o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, para fins de correção dos dispositivos para deterem maior eficácia em relação a atual vivência da sociedade brasileira.

No que se refere ao objeto tema deste artigo, tópico mais relevante que fora incluído pela lei em disposição encontra-se no § 2º do Art. 141, CP. Tal artigo dispõe que:

Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: [...]

III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria. [...]

§ 2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena (BRASIL, 2019).

Depreende-se do dispositivo em amostra que todos os crimes contra a honra, sejam eles, calúnia, difamação ou injúria, serão passíveis de triplicação da pena quando cometido nos meios de comunicação da internet, ou seja, é causa de majoração da pena o cometimento dos ilícitos nas redes sociais. Portanto, vê-se que o legislador, pautado na “evolução” histórica da sociedade, bem como tendo a vista a disseminação do ódio nos meios de comunicação social, determinou por crescer a pena para o cometimento dos crimes contra a honra, em vias de ter um controle dessas condutas delitivas. Aqui tem-se um elemento necessário para a verificação da eficácia da aplicação da lei penal brasileira nesses casos, que se mostra presente ao final deste artigo nas considerações finais. Mas, no momento, limita-se a verificação da posição tomada pelo legislador na necessidade de caminhar junto com a progressão da sociedade, de modo que possa haver o devido controle em relação às novas modalidades de cometimento de crimes que venham a surgir, sejam estes novos ou pré-existentes.

4. A INTERNET E A DIFUSÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Uma das principais formas que despertam o cometimento dos crimes contra a honra é por meio do discurso de ódio, que Fernando Capez dispõe sobre:

[...] vale uma breve menção ao chamado “discurso de ódio”, também conhecido como hate speech, comumente praticado na atualidade através das redes sociais, como aconteceu em julho de 2015, no famoso caso da jornalista Maria Júlia Coutinho, a qual foi alvo de comentários racistas na rede Facebook. O “discurso de ódio” se caracteriza por fomentar e incitar a discriminação em virtude de raça, cor, sexo, religião, opção sexual ou outro aspecto passível de discriminação, sendo absolutamente incompatível com a liberdade de expressão, diferentemente do que entende, isoladamente, a Suprema Corte Americana, para quem os discursos de ódio estariam protegidos pelo direito fundamental à liberdade de expressão (CAPEZ. 2020, p.469).

Conforme disposto no texto de Capez, a legislação brasileira diverge, razoavelmente, da Suprema Corte Americana em função da liberdade de expressão, posto que não necessariamente o direito de alguém começa onde o do outro termina como comumente se entende, mas, todos os indivíduos têm direitos e deveres que convergem para a convivência harmônica em sociedade. Desse modo, é errado, no Brasil, outorgar um direito a alguém que possa ferir o direito do outro, é ilógico e irracional, indo em total afronte aos preceitos constitucionais.

São vários os casos que apresentam essas condutas criminosas, como por exemplo, um caso que tomou bastante conhecimento e repercussão foi o caso em que a apresentadora e atriz Antônia Fontenelle foi condenada a um ano de prisão em regime aberto e oito mil reais de multa por caluniar, difamar e injuriar os youtubers e influenciadores Felipe Neto e Lucas Neto ao associar os dois ao crime de pedofilia.

Doutro modo, observa-se que um importante instrumento para o controle das ações realizadas nas redes sociais, são as políticas de uso de privacidade, que, apesar de deixarem claro que as atitudes que gerem crimes são puníveis, em sua maioria são ignoradas, isso por que o formato em que se apresenta não prende a atenção dos usuários. Outro fato que contribui é a possibilidade de criação de múltiplos perfis em uma mesma rede social, deixando livre as pessoas para criarem perfis falsos, os famosos fakes, que, na maioria das vezes, são criados para a disseminação do ódio na internet. Reitera-se que nem sempre essas ações são punidas, apesar de a legislação penal brasileira ser bem clara enquanto a punibilidade do cometimento desse crime, e principalmente, com o advento do pacote anticrime que triplicou a pena para esses crimes quando cometidos nas redes sociais. Dessa razão, nota-se a necessidade de uma ferramenta de verificação de identidade nos perfis criados, bem como uma maior divulgação das ações passíveis de punibilidade, para que se haja um maior controle correlato àquele que o legislador buscou ao determinar majoração da pena nessas situações onde, geralmente, as condutas passam livres. Outra forma de controle, seria o suporte às vítimas, seja por meio de orientação jurídica, ou por meio de identificação e exposição do infrator, para que facilite ao judiciário a aplicação da lei penal.

Pressupõe-se que os crimes contra a honra cometidos na internet, provém da necessidade equivocada de julgamento do outro pautado em opiniões próprias, falsamente

abrigadas na intenção de liberdade de expressão e, as autoras Verônica Cristina Ferreira Pinto, Victória Maria Andrade Lima e Jéssica Maria Gonçalves (2021) em Artigo Científico publicado na revista *Âmbito Jurídico* contribuem versando que “[...] os navegantes se sentem no direito e na intimidade de “apontar o dedo”, para falar dos defeitos. Essas pessoas que se tornaram vítimas desses ataques somente por terem seus perfis públicos, e não se verem da mesma forma que se viam antes, a partir disso, querer mudar a sua própria vida para caber no estereótipo da sociedade digital, ferindo sua honra subjetiva[...]”, ou seja, essas atitudes estão atreladas à imposição da opinião pessoal a outrem, opiniões negativas que muitas vezes são dotadas de intolerância atingindo tanto a honra subjetiva da vítima, quanto a honra objetiva.

Há que se falar na dificuldade da justiça brasileira no processamento e julgamento dos crimes contra a honra na internet, posto a impossibilidade de determinar a configuração do sujeito ativo, que em sua maioria se valem de perfis falsos ou anônimos, bem como, na determinação de prova concreta visto que o meio mais fácil de se provar a conduta criminosa são as capturas de tela, ou print screen, no entanto, estas podem ser facilmente manipuladas, dificultando a produção de provas no processo. Ainda sobre os perfis falsos criados para ofender a honra de forma anônima, é imprescindível que haja a contribuição do veículo de mídia pelo qual foi cometido o crime na disposição das informações necessárias para que haja a correta aplicação da pena, entretanto, o sistema judiciário vem enfrentando certa resistência nesse sentido, sendo constrangida a eficácia da aplicação da lei nesses casos. É o que se percebe do exemplo no julgado do TJ/RJ em disposição:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO APELO. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA E CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO STJ. INSURGÊNCIA CONTRA O JULGAMENTO MONOCRÁTICO. DESCABIMENTO. APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IDENTIFICAÇÃO DE REMETENTE DE CORREIO ELETRÔNICO DIFAMATÓRIO E CANCELAMENTO DA RESPECTIVA CONTA. O julgamento monocrático pelo relator é autorizado pelo artigo 557 do CPC, cabendo-lhe negar seguimento a recurso quando manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com Súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal superior. Da petição de agravo não se extrai argumentação relevante apta a infirmar os fundamentos do julgado ora recorrido. Aquele que é ofendido em mensagem eletrônica anônima, para preservar direitos personalíssimos, pode ter acesso aos dados de identificação de quem a emitiu. Correspondência que, em tese, constitui prática ilegal e por seu caráter anônimo, não se encontra protegida por qualquer espécie de sigilo. Nos termos do art. 39, VIII do CODECON, os provedores e demais fornecedores de serviços de Internet, para manterem seus procedimentos operacionais em consonância com as diretrizes atualmente estabelecidas para o setor, devem seguir as recomendações do Comitê Gestor da Internet do Brasil. Até que seja sancionada Lei que disponha sobre o registro e armazenamento dos dados de conexão dos usuários, a recomendação do CGI é de que os provedores de acesso mantenham, por um prazo mínimo de três anos, registros das conexões realizadas por seus equipamentos, contendo a identificação do endereço IP, data e hora de início e término da conexão e origem da chamada. No mesmo sentido a NBR 17799:2005. As razões do agravo interno investem sem êxito contra a fundamentação da decisão monocrática, a qual se mantém pelos seus próprios fundamentos jurídicos, legais e fáticos. DESPROVIMENTO DO RECURSO (TJ-RJ - APL: 00102449720118190001 RJ 0010244-97.2011.8.19.0001, Relator: DES. JORGE LUIZ HABIB, Data de Julgamento: 08/04/2014, DÉCIMA OITAVA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 11/04/2014 00:00).

Impera necessário para que haja a efetiva aplicação da legislação penal brasileira nos casos que consubstanciam crimes contra a honra na internet, a contribuição dos veículos de mídia sociais, sejam eles redes sociais públicas ou sites com privacidade mais rígida como por exemplo os sites de e-mail, bem como se adote uma política de identificação clara e precisa, onde por mais que haja a possibilidade de criação de vários perfis, que todos sejam vinculados à um acesso de identificação seja de pessoa física ou jurídica, meio por qual facilitaria a identificação dos infratores.

Além disso, resta cristalino a necessidade de uma melhor divulgação dos dispositivos legais para que as pessoas tomem ciência de que os atos que estão cometendo consubstanciam crimes, visto que, como as ofensas são costumeiras em nossa sociedade, e na internet são praticadas a bel-prazer imbuídas de uma falta de noção de punibilidade, ou, quando dotada do conhecimento acerca da punibilidade, vêm propagadas sob a tutela das políticas de privacidade que detém invioláveis a identificação pessoal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verifica do conteúdo deste trabalho, a importância da verificação da eficácia da lei quanto aos crimes contra a honra na internet se dá pela alta incidência dessas condutas mesmo após a atualização trazida pela Lei nº 13.966/2019 que trouxe consequências mais severas quanto a punibilidade dos infratores dessa modalidade, assim, por meio da pesquisa bibliográfica, buscou-se os principais pontos necessários para essa análise de forma a correlacionar as razões da problemática com o resultado obtido.

O estudo em destaque propôs-se a verificar no sistema judiciário brasileiro, como está se apresentando a aplicação da legislação penal no combate aos crimes contra a honra na internet, e para isso, em sentido primário pormenorizou a honra, discutindo sua conceituação conforme a doutrina e a Constituição Federal, onde se pôde atestar a caracterização da honra subjetiva e objetiva, para entender quando há a consumação do crime, e desse modo, facilitando a identificação de quando se deve a tutela desse bem.

Destacou-se do Código Penal brasileiro a calúnia, injúria e difamação como os componentes deste sistema contra a honra, bem como pormenorizou-se a conduta delitiva distinguindo ambos os tipos penais. Verificou-se ainda a atualização trazida pelo pacote anticrime ante a necessidade de uma punibilidade mais severa nos casos em que os crimes contra a honra venham a ser cometidos na internet, mais precisamente nas redes sócias, onde se observa a maior prática desses delitos atualmente.

Verificou-se ainda, que o aumento das condutas delitivas de calúnia, injúria e difamação nas redes sociais em específico, podem decorrer da falha política de privacidade e condutas internas das redes sociais e demais veículos da internet, e da falta de divulgação da lei e de seu poder punitivo nesses, visto que a desinformação pode sim levar ao cometimento desses delitos, quando o a gente desconhece de que aquela conduta de ofensa, ou simples acusação baseada em achismo ou má intenção encontre disposição legal no sentido de caracterizar um crime contra a honra. Desse mesmo modo, o anonimato exacerbado permitido pelos veículos de mídia social.

Além disso, mostrou-se no contexto dos ambientes virtuais, como a honra vem sido fortemente constrangida e a dificuldade da aplicação da legislação penal pelo poder judiciário, posto a falta de colaboração das redes sociais bem como a facilidade de o indivíduo criar perfis falsos para o cometimento desses delitos sem que seja responsabilizado penalmente, seja pela dificuldade de identificação, conforme do julgado apresentado, seja por falta de interesse processual do indivíduo que desconheça de seu direito de preservação de sua honra. Assim, importa salientar que a eficácia da aplicação da lei penal brasileira no plano de combate aos crimes contra a honra é parcial, visto que a deficiência para que não haja total eficácia, não se dá por culpa de falha da legislação ou de sua aplicação, mas por conta da branda política interna das redes sociais que permitem um vínculo anônimo dos seus integrantes, ou não dispõem de todos os dados de identificação para que possam contribuir com a justiça.

Assim, constata-se por final, que o objetivo primário desse artigo fora alcançado quanto a identificação da eficácia da legislação em relação aos crimes contra a honra nos ambientes virtuais, e, desse modo, ressalva-se que o resultado imputa a eficácia parcial da aplicação da lei, por dificuldades alheias ao conteúdo desta, embora o legislador tenha tido a preocupação de majorar a pena do crimes contra a honra na internet para controlar a incidência das condutas, as próprias redes sociais devem colaborar com o sistema judiciário na identificação dos infratores para que haja a devida aplicação do efeito punitivo da lei, ou até mesmo modificar a forma de criação dos perfis pessoais para que haja a identificação obrigatória, onde, dessa forma, inexisteria os chamados perfis fakes e a identificação pessoal dos agressores se daria de pronto, dessa forma ampliando a eficácia da atualização trazida pelo pacote anticrime.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Brasília, DF. Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 out 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República. 29 de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 29 out 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica). Brasília: Presidência da República, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação: APL 0010244- 97.2011.8.19.0001 RJ 0010244-97.2011.8.19.0001. Disponível em: <https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116642608/apelacao-apl-102449720118190001-rj0010244-9720118190001>. Acesso em: 01 mai. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: Parte especial: arts. 121 a 212. 20 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 14 ed. Niterói: Editora Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. Direito Penal. Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio – arts.121 a 183 do CP/ Damásio de Jesus; atualização André Estefam. **Direito Penal** vol. 2 – 36 ed. São



Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber Rogério. **Crimes contra a honra**. Tomo Direito penal, ed. 1. 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/429/edicao-1/crimescontra-a-honra>. Acesso em: 28 abr. 2022.

PINTO, Verônica Cristina Ferreira; LIMA, Victória Maria Andrade; GONÇALVES, Jéssica Maria. Dos crimes contra a honra os meios virtuais. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/doscrimes-contra-a-honra-nos-meios-virtuais/>. Acesso em: 01 mai. 2022

CAPÍTULO 34

INQUÉRITO POLICIAL

POLICE INVESTIGATION

Augusto Cesar Sousa Campelo¹

Cesar Augusto Sousa Campelo¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

Trata-se de uma monografia apresentada ao curso de Direito sobre o tema Inquérito Policial, discorrendo sobre os principais tópicos do tema e institutos jurídicos dessa temática. O inquérito policial é de suma importância para a persecução penal, tendo em vista, que neles são colhidos elementos de informação que irão subsidiar uma futura propositura de uma denúncia ou queixa-crime. o procedimento administrativo inquisitorial é apenas uma espécie de um gênero denominado de investigação criminal, seus efeitos podem acarretar uma absolvição ou condenação, desde que estes elementos de informação colhidos na fase inquisitorial sejam submetidos ao crivo do Poder Judiciário. A presente monografia estudará a revisão bibliográfica, onde será utilizadas livros do Aury Lopes Junior, Renato Brasileiro de Lima, Fernando Capez, bem como os artigos científicos de Victoria Portilho Oliveira Magalhães; Ludmila Aredes Brandão; Selma Azevedo de Lima e Mohamad Aboul Ola Junior. Portanto, nesta monografia fora realizado estudo sobre a sigiliosidade do inquérito policial, vícios do inquérito policial e seus reflexos e as finalidades do inquérito policial e suas consequências.

Palavras-chave: Inquérito policial, Sigilo do inquérito policial, Vícios do inquérito policial, Finalidade do inquérito.

Abstract

It is a monograph presented to the Law course on the theme Police Investigation, discussing the main topics of the theme and legal institutes of this theme. The police investigation is of paramount importance for criminal prosecution, given that elements of information are collected in them that will subsidize a future filing of a criminal complaint or complaint. the inquisitorial administrative procedure is just one species of a genre called criminal investigation, its effects can lead to an acquittal or conviction, provided that these elements of information collected in the inquisitorial phase are submitted to the scrutiny of the Judiciary. This monograph will study the literature review, which will use books by Aury Lopes Junior, Renato Brasileiro de Lima, Fernando Capez, as well as scientific articles by Victoria Portilho Oliveira Magalhães; Ludmila Aredes Brandão; Selma Azevedo de Lima and Mohamad Aboul Ola Junior. Therefore, in this monograph a study was carried out on the secrecy of the police investigation, vices of the police investigation and its reflexes and the purposes of the police investigation and its consequences.

Keywords: Police investigation, Police investigation secrecy, Vices of the police investigation, Purpose of the survey.

1. INTRODUÇÃO

O inquérito policial é um procedimento administrativo inquisitorial, presidido por um delegado de polícia, conforme a Lei 12.830/13, que tem por escopo a colheita de elementos de informação, acerca da autoria, materialidade e circunstâncias do delito praticado, para subsidiar uma futura denúncia ou queixa-crime. Este procedimento investigatório é dispensável, no entanto, na prática criminal, o inquérito policial acompanha a denúncia ou queixa-crime, sendo, portanto, importante instrumento para a elucidação do fato. O inquérito policial é um instrumento que somente pode ser presidido pela polícia judiciária, ou seja, Delegados de polícia Civil e Delegados de Polícia Federal que tem a incumbência constitucional de presidi-lo.

Este instrumento de investigação criminal é de suma importância para quem milita na área criminal, não somente para advogados criminalistas. Os veículos midiáticos tendem de um olhar tendencioso para o inquérito, de modo que a sociedade seja influenciada por comentários errôneos, no entanto, esta monografia tem o intuito de esclarecer de forma prática este instituto processual.

O inquérito policial é imprescindível a persecução penal? O inquérito policial é dispensável, embora muito importante na prática processual, pois nele serão colhidos elementos de informação que serão remetidos para uma eventual denúncia, que nesta fase haverá o contraditório e ampla defesa e, conseqüentemente, serão considerados provas. O juiz não poderá condenar o réu com base exclusivamente em elementos de informação, de acordo com o art. 155, CPP.

O presente trabalho tem como objetivo principal discutir os efeitos do inquérito policial que percorrem toda a persecução penal e especificamente discutir as características da sigiliosidade do inquérito policial, de acordo com o ART. 20 do Código de Processo Penal, descrever sobre os eventuais vícios do inquérito policial na persecução penal, bem como demonstrar a finalidade do inquérito policial.

Neste trabalho foram utilizados alguns autores, tais como, Fernando Capez, Renato Brasileiro de Lima, Aury Lopes Junior e Paulo Rangel. Estes autores são renomados e consagrados como doutrinadores, no âmbito do Direito Processual Penal, com vasto conhecimento jurídico em suas respectivas áreas de atuação. São conhecidos por realizar palestras em todo território brasileiro.

2. O SIGILO DO INQUÉRITO POLICIAL

A sigiliosidade no inquérito policial é uma de suas características, prevista no art. 20 do CPP. Tendo em vista o inquérito policial ser um dos meios de investigação criminal, trata-se de um procedimento sigiloso, em regra, no entanto, de acordo com a sumula vinculante nº 14, o defensor do acusado, poderá ter acesso aos autos do inquérito policial já documentados, não permitindo, portanto, o acesso do defensor do acusado a diligências



que, porventura, estão a serem cumpridas.

Sumula Vinculante nº 14 garante o acesso aos autos do inquérito policial ao defensor do acusado, assim diz: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso aos elementos da prova que já documentados em procedimentos investigatórios realizados por órgão competente da polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Assim entende, Renato Brasileiro de Lima acerca da sigilosidade do inquérito policial:

a regra é a publicidade ampla no curso do processo penal, estando ressalvadas as hipóteses em que se justifica a restrição da publicidade: defesa da intimidade, interesse social no sigilo e imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, incisos XXXIII e LX, c/c art. 93, IX); escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (CPP, art. 792, § 1º). Portanto, por natureza, o inquérito policial está sob a égide do segredo externo, nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal, que dispõe que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. A importância da preservação desse sigilo nas investigações é destacada pela previsão de tipos penais pertinentes à quebra desse sigilo. A título ilustrativo, podemos citar os crimes de violação de sigilo funcional, previsto no art. 325 do CP, assim como o delito previsto no art. 10 da Lei nº 9.296/96 (2020, pg. 184).

De modo a ressaltar que já está consolidado o entendimento no sentido de que o inquérito policial é sigiloso, mas há possibilidades de acesso aos autos do inquérito já documentados pelo defensor do investigado, assim diz, Guilherme de Souza Nucci:

As investigações já são acompanhadas e fiscalizadas por órgãos estatais, dispensando-se, pois, a publicidade. Nem o indiciado, pessoalmente, aos autos tem acesso. É certo que, inexistindo inconveniente à “elucidação do fato” ou ao “interesse da sociedade”, pode a autoridade policial, que o preside, permitir o acesso de qualquer interessado na consulta aos autos do inquérito. Tal situação é relativamente comum, por exemplo, em se tratando de repórter desejoso de conhecer o andamento da investigação ou mesmo do ofendido ou seu procurador. Assim, também não é incomum o próprio delegado, pretendendo deixar claro o caráter confidencial de certa investigação, decretar o estado de sigilo. Quando o faz, afasta dos autos o acesso de qualquer pessoa. Entretanto, ao advogado não se pode negar acesso ao inquérito, pois o Estatuto da Advocacia é claro nesse sentido: Lei 8.906/94, art. 7.º – “São direitos do advogado: (...) XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital” (2020, pg. 363).

Igualmente, Fernando Capez (2020) entende sobre a sigilosidade do inquérito policial no mesmo sentido de Renato Brasileiro de Lima e Guilherme de Souza Nucci, assim entende:

A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (CPP, art. 20). O direito genérico de obter informações dos órgãos públicos, assegurado no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, pode sofrer limitações por imperativos ditados pela segurança da sociedade e do Estado, como salienta o próprio texto normativo. O sigilo não se estende ao representante do Ministério Público, nem à autoridade judiciária. No caso do advogado, pode consultar os autos de inquérito, mas, caso seja decretado judicialmente o sigilo na investigação, não poderá acompanhar a realização de atos procedimentais (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XIII a XV, e § 1º – Estatuto da OAB). Mencione-se que, nas hipóteses em que é decretado o sigilo do inquérito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a sua oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria garantia constitucional do acusado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado. Segundo o aresto, o direito do indiciado “tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei n. 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências). Dessa forma, “dispõe, em consequência, a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.

Portanto, a característica da sigilosidade do inquérito policial, ante estas citações desses autores consagrados no direito processual penal, pode-se afirmar que o inquérito policial é sigiloso, mas há a possibilidade de o defensor do acusado ter acesso aos autos deste inquérito policial que já estejam documentados, não permitindo o acesso aos autos do procedimento administrativo inquisitorial ao defensor do acusado as diligências que estejam em andamento a serem concretizadas.

3. OS VICIOS DO INQUÉRITO POLICIAL E SEUS REFLEXOS

Os Tribunais Superiores já possuem entendimento no sentido de que os vícios no inquérito policial não têm condão de macular uma eventual ação penal. A seguir exposto tais entendimentos do STJ e STF, respectivamente.

INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADES: “A jurisprudência dos Tribunais Superiores já assentou o entendimento no sentido de que, enquanto peça meramente informativa, eventuais nulidades que estejam a gravar o inquérito policial em nada repercutem no processo do réu, momento no qual, afirme-se, será renovado todo o conjunto da prova” (STJ, 6ª T., RHC 11.600/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13-11-2001, DJ, 1º set. 2003).

1. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal pacífica no sentido de que o inquérito policial é peça meramente informativa e dispensável e, com efeito, não é viável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, por-

quanto as nulidades processuais dizem respeito, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados durante a ação penal. 3. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 2ª T., ARE 654.192-AgR/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*, 14 maio 2012).

Imperioso ressaltar que, há doutrinadores que salientam acerca dos vícios no inquérito policial, sobretudo, Fernando Capez nos ensina:

Não sendo o inquérito policial ato de manifestação do Poder Jurisdicional, mas mero procedimento informativo destinado à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, os vícios por acaso existentes nessa fase não acarretam nulidades processuais, isto é, não atingem a fase seguinte da persecução penal: a da ação penal. A irregularidade poderá, entretanto, gerar a invalidade e a ineficácia do ato inquinado, v. g., do auto de prisão em flagrante como peça coercitiva; do reconhecimento pessoal, da busca e apreensão etc. (2020, pg. 194).

Selma Azevedo de Lima (2018) em seu artigo científico, trouxe e explicou sobre os vícios no inquérito policial da seguinte forma:

A Investigação Preliminar, devido a sua importância, costuma ser propícia para reducionismos e generalizações, principalmente quanto a vícios que ocorrem no Inquérito Policial e suas consequências. É comum afirmarem que as irregularidades, máculas e vícios ocorridos no Inquérito Policial não contaminem a ação penal, nem se transmitem automaticamente para o processo. Isso se baseia no fato do Inquérito Policial consistir em procedimento apenas informativo e inquisitório. Atualmente, ainda se entende que os defeitos no Inquérito Policial consistem em meras irregularidades que não afetam a substância do ato, nem atingem o processo penal subsequente. Nesse caso, as imperfeições nos atos investigatórios não provocam nulidades, que é uma sanção aplicável ao ato defeituoso, para que não produza seus regulares efeitos.

Ainda em sua publicação, Selva Azevedo de Lima (2018) trouxe a possibilidade dos vícios que podem ocorrer por formalidades policiais, assim diz:

Assim, admite-se a probabilidade de vícios no Inquérito Policial, em virtude da existência da formalidade dos atos, além da forma como garantia do cidadão perante atos do Estado, na esfera criminal. De igual forma, existe uma extensão processual dos atos policiais, ou seja, os elementos informativos e probatórios são incorporados na sentença como motivação, convertendo-se os atos do Inquérito Policial em atos processuais decisórios. Por isso, os atos investigatórios, quando ingressam na esfera processual, submetem-se aos mesmos critérios de legalidade e constitucionalidade da própria sentença, transmitindo-se a esta suas virtudes e defeitos.

Nessa seara, tomando-se por base que na tipicidade processual a atividade estatal no processo penal é regulada por meio de formas a serem seguidas, existe uma tipicidade a ser respeitada no Inquérito Policial, tanto em relação aos atos administrativos ordenados pela autoridade própria do Delegado, quanto às medidas cautelares determinadas pela autoridade policial após homologação judicial. Isto significa que a teoria da ilicitude de provas é perfeitamente aplicável à fase policial da persecução penal.

Alessandra Prado Vilhena e Hamilton Tavares Prazeres em seu artigo científico publicado em 2021, trouxeram uma reflexão sobre os vícios do inquérito policial e suas consequências em juízo, assim dissertaram:

As irregularidades ocorridas durante a investigação preliminar podem ensejar a nulidade do próprio Inquérito Policial, bem como gerar nulidades no processo penal subsequente, embora o entendimento majoritário compreenda que, eventual ilegalidade no Inquérito Policial não gera reflexos na ação penal. Dentre as inúmeras sustentações utilizadas pela jurisprudência com intuito de afastar a tese de nulidade do processo por vícios do inquérito, menciona-se a arguição de que o inquérito policial é dispensável para o oferecimento da denúncia. Entretanto, ignora-se que, quase sempre, a denúncia é acompanhada de um inquérito.

Por fim, o entendimento majoritário e pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que eventuais vícios que, porventura, possam surgir no inquérito policial, não maculam uma eventual propositura de uma peça acusatória de ação penal.

4. A FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O Estado quando utiliza este procedimento administrativo tem dois desígnios, o de exercer o “jus puniendi” ou de elucidar a inocência do acusado. Renato Brasileiro de Lima no seu manual de Processo Penal da seguinte forma sobre a finalidade do inquérito policial:

A partir do momento em que determinado delito é praticado, surge para o Estado o poder-dever de punir o suposto autor do ilícito. Para que o Estado possa deflagrar a persecução criminal em juízo, é indispensável a presença de elementos de informação quanto à autoria e quanto à materialidade da infração penal. De fato, para que se possa dar início a um processo criminal contra alguém, faz-se necessária a presença de um lastro probatório mínimo apontando no sentido da prática de uma infração penal e da probabilidade de o acusado ser o seu autor. Aliás, o próprio CPP, em seu art. 395, inciso III, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, aponta a ausência de justa causa para o exercício da ação penal como uma das causas de rejeição da peça acusatória.

Daí a importância do inquérito policial, instrumento geralmente usado pelo Estado para a colheita desses elementos de informação, viabilizando o oferecimento da peça acusatória quando houver justa causa para o processo (*fumus comissi delicti*), mas também contribuindo para que pessoas inocentes não sejam injustamente submetidas às cerimônias degradantes do processo criminal (2020, pg. 176).

Outrossim, Fernando Capez (2020) possui entendimento que coaduna ao entendimento de Renato Brasileiro de Lima de que a finalidade do inquérito é colher elementos de informação quanto à autoria e à materialidade da infração penal cometida, assim assevera: A finalidade do inquérito policial é a apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria para servir de base à ação penal ou às providências cautelares.

Ludmila Aredes Brandão e Viktória Portilho Oliveira Magalhães (2016) publicaram um artigo científico que versa sobre as finalidades do inquérito policial e, assim, dissertaram:

Sendo o inquérito policial um procedimento de caráter administrativo conduzido pela autoridade policial, ele possui como finalidade precípua a coleta de elementos que possam demonstrar a existência do fato criminoso e a autoria, que serão base de fundamentação para a propositura da ação penal. Segundo art. 4º do Código de Processo Penal: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria".

O objetivo de descobrir e apontar o autor do delito tem base na segurança da ação, pois as autoridades policiais recolhem todas as provas possíveis para que seja quase absolutamente seguro afirmar a ocorrência do crime e a sua autoria. O ato não pode ser imprudente e desprovido de provas legais, pois o fato de ter uma ação ajuizada contra alguém provoca constrangimento e atribulações fortes. Sendo assim, as instruções prévias do inquérito conseguem afastar dúvidas e preservar pessoas inocentes.

Outro objetivo importante da fase preliminar ao processo é fornecer aos seus destinatários informações capazes de gerar opinião (imediato) e de formar convencimento sobre a prática do ato delituoso (mediatos).

Em princípio, quando se trata dos destinatários imediatos, a fase pré-processual atuará de forma direta na formação da opinião a respeito do delito do Ministério Público, influenciando, desta forma para que este possa propor a denúncia em face do inquirido, ou no caso de ação penal privada pode compor provas que sirvam de base à vítima.

O juiz, como destinatário mediato do inquérito, fará uso das informações contidas no mesmo para o recebimento da petição inicial, assim como, para dar embasamento à sua decisão. Entretanto, o magistrado não poderá fundamentar sua decisão tão somente nos elementos trazidos no decorrer das investigações, observando o caráter relativo do valor probatório de todos estes elementos.

Mohamad Aboul Ola Junior (2021) em sua obra publicada no Jus Brasil em 2021, trouxe uma reflexão acerca da finalidade do inquérito policial, conforme a seguir exposto:

inquérito policial é procedimento administrativo, desenvolvido pela polícia civil e polícia federal, cada qual em sua circunscrição, presidido pela autoridade policial, que tem por finalidade a colheita de elementos de informação acerca da autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o Ministério Público (titular da ação penal) possa exercer o jus persecuendi in judicio.

Encontra fundamentação normativa no Título II do Código de Processo Penal, nos artigos 4º a 23 do referido diploma.

Outrossim, as investigações realizadas pela autoridade policial e seus agentes, contribuem para que pessoas inocentes não passem pelo vexatório processo criminal.

Nota-se a importância deste procedimento, haja vista que além da apuração de infrações penais e a capacitação de eventual ação penal, desempenha, ainda, importante papel na defesa da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, que repousa no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Portanto, a finalidade do inquérito se consubstancia na colheita de elementos de informação quanto à autoria e à materialidade, bem como circunstâncias da infração penal, de modo que possa instaurar uma ação penal em desfavor do autor que perpetrou a conduta criminosa, minimizando uma possível acusação a um autor "inocente".

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inquérito policial é um tema que, sobretudo, no Direito Processual Penal deve-se ter uma abordagem com uma didática simples e compreensível, posto que, tal tema é imprescindível ao advogado, bem como a todos que atuam na esfera jurídica. A sigiliosidade do Inquérito Policial é inerente a tal procedimento investigatório, nela, podendo ter acesso somente o defensor aos autos do Inquérito já documentados, conforme sumula vinculante nº 14.

Os vícios que ocorrem no tramite do Inquérito Policial conforme entendimento já consolidado pela Jurisprudência do STF e STJ, é pacífico o entendimento no sentido de que eventuais vícios do Inquérito Policial não maculam a ação penal, podendo ser dispensável este procedimento administrativo inquisitorial.

O Inquérito Policial tem por finalidade colher elementos de informação quanto à autoria, materialidade do delito e circunstâncias do delito, de modo que o Estado não ajuíze uma ação penal em desfavor de uma pessoa inocente e desinteressada na tutela jurisdicional.

Referências

BRANDÃO, Ludmila Aredes.; MAGALHÃES, Viktória Portilho Oliveira. **INQUÉRITO POLICIAL: FINALIDADES E CARACTERÍSTICAS**. BIC, 2016. Disponível em: [file:///C:/Users/DELL/Downloads/174-Article%20Text-493-1-10-20170621%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DELL/Downloads/174-Article%20Text-493-1-10-20170621%20(1).pdf). Acesso em 18/04/2022.

CAPEZ. Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DE LIMA. Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal em Volume Único**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DE LIMA, Selma Azevedo. **Vícios no Inquérito Policial**. Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51773/vicios-no-inquerito-policial>. Acesso em 30, de maio de 2018.

JR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JUNIOR, Mohamad Aboul Ola. **INQUÉRITO POLICIAL: CONCEITO E FINALIDADE**. JusBrasil, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89010/inquerito-policial-conceito-e-finalidade>. Acesso em 18/04/2022.

VILHENA, Alessandra Prado.; PRAZERES, Hamilton Tavares. **Nulidade no inquérito policial e sua consequência em juízo**. Jus.com.br, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89670/nulidade-no-inquerito-policial-e-sua-consequencia-em-juizo#:~:text=Os%20v%C3%ADcios%20ocorridos%20no%20Inqu%C3%A9rito,eventuais%20nulidades%20na%20a%C3%A7%C3%A3o%20penal>. Acesso em maio de 2021.



CAPÍTULO 35

A INFLÊNCIA DA PUBLICIDADE NO CONSUMO INFANTIL

THE INFLUENCE OF ADVERTISING ON CONSUMPTION

Marcia Jarlane Costa Lopes¹

1 Direito, Faculdade Pitágoras, São Luís-MA



Resumo

Este trabalho estuda como a publicidade influencia na vida de uma criança e a causa de abuso que esse tipo de publicidade gera nas crianças a partir dos desenhos. Possui como objetivo perceber qual o efeito da publicidade das mídias na vida infantil bem como a distinção entre publicidade e propaganda. Com perspectiva nos objetivos, buscou-se analisar quais influências exercidas pelas crianças sobre seus familiares, como elas influenciam seus pais a realizarem compras para satisfazerem seus desejos, e de que forma estas estão sendo educadas para lidar com essa problemática. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica que as fontes foram livros de distintos autores, artigos acadêmicos e site direcionados que abordam o consumo infantil e os impactos na vida das crianças. Essas pesquisas tiveram como objetivo obter informação geral, as quais levam a compreensão de como a mídia pode influenciar o consumo infantil e quais os impactos desse consumo na vida das crianças.

Palavras-chave: Consumo Infantil: Publicidade: Propaganda: Mídia

Abstract

This work studies how advertising influences a child's life and the cause of abuse that this type of advertising generates in children from the drawings. It aims to understand the effect of media advertising on children's lives as well as the distinction between advertising and propaganda. With perspective on the objectives, we sought to analyze what influences exerted by children on their families, how they influence their parents to make purchases to satisfy their desires, and how they are being educated to deal with this problem. A bibliographic research was carried out and the sources were books by different authors, academic articles and targeted websites that address child consumption and the impacts on children's lives. These surveys aimed to obtain general information, which lead to an understanding of how the media can influence children's consumption and what impacts this consumption has on children's liv.

Keywords: Child Consumption: Publicity: Advertising: Media



1. INTRODUÇÃO

Na atualidade percebemos de forma corriqueira crianças solicitando aos pais compras de determinados produtos em *shoppings centers* ou supermercados. A partir dessa perspectiva, o presente trabalho tem a intenção de apresentar a influência da publicidade no meio infantil. Compreendemos que as propagandas são carregadas de estímulos às crianças a adquirir produtos, devido às marcas, à moda, às tecnologias e tendências do mercado. Uma ferramenta primordial para atingir o público infantil é a publicidade, pois no que diz respeito à compra no âmbito familiar, a primeira ação geralmente parte das crianças.

Nessa perspectiva, o presente estudo visa esclarecer os malefícios causados por este tipo de publicidade e sensibilizar as famílias acerca das publicidades destinadas ao público infantil. A necessidade dessa temática se dá afim de que os consumidores não sejam ludibriados com produtos ou serviços divulgados por propagandas que visam apenas ganhos lucrativos. Em muitos casos, essas propagandas não levam em consideração o que as mercadorias disponibilizadas realmente podem causar aos pequenos, pois a necessidade em divulgar é primordial e em muitos casos informações valiosas sobre os bens e serviços são omitidas a fim de obter vantagens em cima do consumidor. A mídia se pauta no direito da livre expressão e divulga diversas informações com acesso livre para públicos de toda faixa etária.

Perante a isso, o presente estudo tem a intenção de compreender quais as formas de persuasão utilizadas nas publicidades infantis para incentivar as crianças ao consumo de produtos e serviços. Podemos observar que os principais meios de comunicação que incentivam compras infantis, são: mídia impressa, comerciais de TV, spots de rádio, banners, embalagens, merchandising, ações promocionais no ponto de venda, marketing digital, etc. Geralmente, esse tipo de publicidade utiliza estratégias específicas para atingir o público almejado como, linguagem infantil, efeitos especiais, músicas infantis, cores vibrantes e outros recursos estéticos que chamam a atenção das crianças.

Portanto, a problemática que envolve o presente estudo é: De que maneira a publicidade influencia na vida de uma criança? A causa é o abuso que esse tipo de publicidade gera nas crianças a partir dos desenhos. Em tempos de inovação, em que o mercantilismo tem dominado o mercado, consta um grande aumento das relações de consumo, em que o consumidor fica bastante vulnerável em relação à publicidade de produtos e serviços divulgados nas mídias e mercado. Por isso é importante pensar no prejuízo causado por uma publicidade desleal que mesmo com defeitos as mercadorias são vendidas para os consumidores causando-lhes grandes prejuízos, tanto físicos quanto morais.

Desse modo, o objetivo geral da pesquisa foi definido como "Compreender a influência da publicidade por meio das mídias e em prol da inocência da criança". Nos objetivos específicos definimos: identificar os principais itens de consumo infantil; conceituar a publicidade e propaganda infantil e seus impactos; verificar as possibilidades de redução do consumo infantil; averiguar as razões que justificam a necessidade de uma legislação específica para coibir as eventuais abusividades das publicidades dirigidas às crianças.

A bibliografia dedicada exclusivamente ao consumidor infantil no Brasil ainda é escassa. O estudo sobre Infância e Consumo nos faz refletir sobre a influência que a mídia tem sobre a vida das crianças e de que forma estas estão sendo educadas. Objetiva-se de uma forma geral levantar informações que levam à compreensão de como a mídia pode influenciar o consumo infantil e quais os impactos desse consumo na vida das crianças. O presente artigo consiste em uma revisão bibliográfica, para isso, as fontes de pesquisa utilizadas foram livros de distintos autores, artigos acadêmicos e *sites* direcionados que abordam o consumo infantil e os impactos na vida da criança. Quanto ao meio, a pesquisa enquadra-se na abordagem bibliográfica. O caráter bibliográfico consiste em recorrer à literatura acadêmica entre outras fontes, especializadas no conceito de consumo. Para ao fim, concluir possíveis influências da publicidade no consumo infantil.

2. CONSUMO INFANTIL: AS INFLUENCIAS DAS MARCAS NAS ESCOLHAS DOS PRODUTOS

Ao longo dos últimos anos aconteceram mudanças na configuração das famílias, é possível destacar o aumento das separações entre os pais e o trabalho de ambos acontecerem fora de casa. Desse modo, educação da criança geralmente é administrada por parentes próximos ou ela tende a ficar mais sozinha, com a companhia das mídias que instigam cada vez mais seus desejos de consumo (CRIANÇA E CONSUMO, 2020).

Esses acontecimentos influenciam em novos comportamentos de consumo que levam a criança a controlar o ato de compra. As crianças podem ser consideradas um mercado único com muito potencial, tendo em vista que não gastam seu dinheiro, porém possuem alto poder de influenciar nas compras familiares. As crianças dão palpites cerca do que comprar no momento em que estão fazendo compras com os pais a cada dois minutos (SOLOMON, 2016).

Uma boa parte das crianças solicita produtos aos pais, para satisfazer seus desejos e necessidades, e geralmente utilizam variadas táticas comuns, como: falar que viu o produto na televisão, afirmar que um amigo já possui o produto ou fazer tarefas de casa em troca da aquisição do bem (GUNTER; FURNHAM, 2001).

Na sociedade de consumo que vivenciamos, podemos perceber que a infância aos poucos tem se tornado uma vitrine de consumo e muitas vezes a criança é apenas consumidora. Tal situação permite considerarmos que a mercantilização da infância é uma das principais vertentes que configura a sociedade atual. As marcas se apressam em criar uma relação afetiva com seu público consumidor, por isso lançam cada vez mais produtos voltados para o público infantil. Essa é uma visão estratégica para fidelizar o consumidor em um determinado tipo de produto. Para que essa fidelização aconteça, a criança é estimulada pelas informações que recebem da mídia. (MARQUES; PINHO, 2018)

O mercado infantil apesar de ser volátil, tem um elevado potencial em termos de novas oportunidades de negócio e longevidade das marcas (MARQUES; PINHO, 2018). O público infantil está especialmente vulnerável ao marketing, por sua dificuldade em perceber a intenção persuasiva que motiva a propaganda. Crianças de até seis anos não reconhecem a diferença entre um programa de televisão e uma peça publicitária, enquan-



to crianças com até 12 anos não são capazes de compreender com clareza o objetivo de uma propaganda, nem de perceber sua(s) estratégia(s) de persuasão para o consumo” (IGLESIAS et al., 2013). No que se refere a esse mesmo ponto de vista, Ewald e Ribeiro (2010) complementam:

Essas propagandas se aproveitam da inegável ausência de capacidade discriminatória infantil para divulgar e difundir o uso de seus produtos. Como a criança não tem discernimento para sequer distinguir o anúncio comercial da programação televisiva, é fato que tampouco não consegue depreender a publicidade como talem sua finalidade. E, mesmo para as crianças que têm condições de entender a publicidade, é difícil captar seu caráter persuasivo, o que significa que a criança acredita em tudo o que lhe é dito. Assim, percebe-se que o público infanto-juvenil é formado por consumidores vulneráveis nas relações consumistas (EWALD; RIBEIRO, 2010, p. 74).

À medida que a taxa de natalidade cai, percebemos que a exclusividade dos filhos leva as famílias à compartilharem com eles suas decisões de compras. Sob a ótica empresarial o mercado é formado por crianças cada dia mais informadas devido ao acesso da internet, televisão, e só consomem o que lhe agrada sem imposições e muitas vezes decidem as compras já que acompanham seus pais nos supermercados. O público infantil vem ganhando importância nas últimas décadas e as empresas voltadas para esse segmento tem investido na diferenciação de produtos para atendimento às necessidades cada vez mais específicas e exigentes (CRIANÇA E CONSUMO, 2020).

As crianças são vistas como um mercado do futuro, com quem as empresas desejam estabelecer relacionamento e lealdade que esperam que seja mantido até a idade adulta, apesar disso o mercado infantil é muito mais volátil e incerto do que o do adulto. Acerca do que foi exposto, Mendes (2014) aponta que:

Grande exemplo é a venda do Mac Lanche Feliz para as crianças, associado ao brinde de brinquedo. As crianças, geralmente a partir dos três anos habitam-se a consumir tais produtos, e continuam consumidores de Mac Donalds na adolescência. A associação de calçados e roupas infantis aos personagens também é prática que se observa no mercado de consumo. Os pais, desta forma, são induzidos a comprar os produtos aos filhos e criou-se até uma forma de divertimento nos finais de semana: levar os filhos pequenos para passear no shopping, comer Mac Donalds, passear em lojas de brinquedos, enfim, o consumo é praticado desde a mais tenra idade (MENDES, 2014, p. 23).

Desse modo, foi realizada uma análise no *siteda* SPC Brasil acerca de uma entrevista ocorrida no ano de 2015 com mães de crianças e adolescentes de 2 a 18 anos e que residiam com seus filhos. Nessa pesquisa destaca-se que os itens mais adquiridos por impulso pelas crianças, eram roupas em 41% dos casos. Outra análise alcançada foi sobre balas, chocolates e doces que corresponderam a 36% dos casos de compras por impulso. Além disso, calçados foram comprados de forma impulsiva em 33% dos casos. Já os brinquedos obtiveram a mesma porcentagem em 33% e os lanches foram consumidos de forma impulsiva em 32% dos casos pesquisados (CRIANÇA E CONSUMO, 2020).

O estudo ainda apontou que levar as crianças às compras não é um bom negócio, pois 39% dos entrevistados apontaram que gastam mais do que o planejado. Nesse mes-

mo estudo, ainda foi considerado que 49% dos entrevistados admitiram que os filhos são persistentes e não desistem até conseguirem o que pretendem comprar (CRIANÇA E CONSUMO, 2020).

Pode-se considerar que a relação entre pais e filhos, os padrões e as regras comunicadas, o nível de autonomia, assim como a interação permitida e o acesso ao consumo e exposição às mídias são aspectos relevantes no desenvolvimento do comportamento da criança como consumidora (MARQUES; PINHO, 2018).

As crianças passam mais horas em frente à televisão, logo, assistem a mais anúncios. Por isso, os alimentos associados aos personagens de programas infantis são considerados os favoritos das crianças, pois estas, estão expostas à mídia por mais tempo. A força da cultura de consumo e o acesso à mídia, perpassam gerações. Com as mudanças nas estruturas e rotinas familiares que diminuíram a convivência, os pais estão mais propensos a ceder às solicitações dos filhos. Assim, as crianças acentuaram seu poder de decisão. Por isso, cabe às famílias superar o desafio de impor limites para a relação da criança com o consumo e a mídia.

Além disso, os educadores também são fonte de influência da formação da criança. É preciso regular e não necessariamente proibir, uma medida simples como a inclusão de informações e alertas sobre efeitos nocivos dos produtos à saúde das crianças na publicidade (PIEDRAS, 2013). A mesma autora também pontua que restringir os horários da publicidade dos produtos considerados nocivos, além de proibir produtos alimentícios com alto teor de açúcar, gordura e sódio nas escolas.

Há também a necessidade do Estado, dos governantes e legisladores se envolverem com a temática de consumo infantil para que consigam elaborar restrições cada vez mais eficazes no combate ao consumo infantil desenfreado. Outro segmento também importante, é a sociedade que necessita acompanhar as ações do Estado, é preciso a proteção da vulnerabilidade das crianças.

As marcas são um meio de comparação de produtos e são usadas para influenciar as decisões na hora da compra. Em um universo de informações, analisar e tomar decisões de consumo pode ser de mais. As marcas destacam-se como um dos principais aspectos de influência sobre os consumidores. Logo, podemos ver que a forma mais fácil de evitarmos que a criança cresça no meio consumista, é impondo limites, aprendendo a dizer não, e mostrando sempre que a marca é o menos importante no meio social.

3. CONSEQUÊNCIAS DAS PROPAGANDAS NO CONSUMO INFANTIL

A publicidade infantil é pensada de forma estratégica para que as crianças sejam estimuladas a pedir o produto repetidamente gerando estresse familiar e vencendo os pais pelo cansaço. Esse é o chamado “fator amolação”, um termo bastante explorado pelas estratégias de marketing das empresas anunciantes. Acerca disso, Ewald e Ribeiro (2010) apontam o seguinte:



Os pais não devem querer compensar suas ausências com compras. Pelo contrário, precisam impor limites aos seus filhos, precisam entrar no seu papel de formadores de opinião e assumir a responsabilidade que lhe ser resguardada de ensinar os filhos a analisarem criticamente as informações que eles recebem, sobretudo da mídia (EWALD; RIBEIRO, 2010, p. 71).

Outro fator considerado de impacto ao público infantil é a estimulação da adultização e até mesmo erotização de forma precoce. Os anúncios direcionados ao público infantil podem influenciar na erotização e adultização precoces e, até mesmo, na exploração sexual infantil ao estimular comportamentos da fase adulta e o desejo do consumo (CRIANÇA E CONSUMO, 2020).

Dessa forma, a partir desse encurtamento da infância, estimulado por um consumo desenfreado, ocasiona-se alguns retornos negativos como a perda da autoestima, o mercantilismo sexual, em muitos casos, a gravidez precoce e a violência. Neste último caso, estimula a violência, já que o acesso rápido ao consumo, a conquista da independência financeira e o prestígio são os motivadores de delitos cometidos pelos internos da fundação casa. Como a publicidade transmite o ideal de que quem tem poder de consumo está inserido socialmente, em alguns casos, crianças e adolescentes acabam usando da violência para conseguir adquirir aquilo que acreditam ser imprescindíveis para que se tornem aceitos socialmente. Sobre isso, EWALD e RIBEIRO (2010) abordam que:

É lugar-comum que a finalidade da publicidade é persuadir os consumidores em potencial do produto que anuncia sobre as qualidades e os benefícios de consumir aquilo que está sendo ofertado. Para tanto, as campanhas publicitárias não medem esforços e, muitas vezes, forçam – e ultrapassam – os limites da ética e do moralmente aceitável no roteiro de seus comerciais para divulgar e vender os seus produtos (EWALD; RIBEIRO, 2010, p.69).

Além disso, pode-se considerar que a publicidade contribui para distorção de valores. É por meio das propagandas que as crianças e adolescentes tem contato com informações que evidencia que eles só estarão satisfeitos se possuírem ou usarem determinado produto, estimulando a cultura de que é necessário ter para ser. Boa parte dos anúncios publicitários estimula a competição, o individualismo, o preconceito e a adulação para se alcançar o produto anunciado (CRIANÇA E CONSUMO, 2020).

As crianças estão cada vez mais integradas aos hábitos e costumes dos adultos, usando recursos eletrônicos demasiadamente e abusando do tempo que passam diante da televisão. Com isso, a publicidade televisiva acabou por transformar objetos de desejo em consumo infantil. Por isso, se utiliza de sons, imagens e conteúdos direcionados para que o público infantil seja conquistado. Esse público, por sua vez, resignificou os objetos em desejos de valores, brinquedos com marcas de personagens e personagens de filmes ou desenhos materializados em bonecos. Assim, os pequenos absorvem as publicidades que estão inseridas no meio televisivo, e acabam por se tornarem consumistas. Além disso, os pequenos são alvo de infinitas peças publicitárias que anunciam desde brinquedos a produtos alimentícios (SILVA, 2018).

A partir do momento em que descobrem produtos e marcas, as crianças acabam sendo receptoras dos padrões culturais da sociedade em que estão inseridas, o que corrobora na formação dos seus valores. Por isso, as estratégias das empresas acabam contribuindo

para que as crianças ambicionem de forma incessante o consumo, obtendo desejos frequentes (SILVA, 2018).

Com a televisão, as pessoas são conduzidas a terem um pensamento pouco reflexivo e tendem a se identificar com o que é apresentado pela mídia. Por isso, suas ideias acabam sendo direcionadas para publicidade de promoções dos produtos fabricados. A publicidade promove a ideia de felicidade e inserção na sociedade. Assim, as empresas se utilizam da estratégia de diversificar os produtos que estejam à disposição das crianças para criar esse desejo de consumo em variados itens (SILVA, 2018).

Uma das maneiras estratégicas para cativar os consumidores é apresentando a forma de manusear e funcionar dos itens consumidos, como por exemplo, os brinquedos, em que é mostrado suas vantagens e atributos. A forma como a publicidade desperta para o consumo, além de instigar o desejo pelas marcas, provoca também um consumo com a obsolescência programada em que o consumidor passa a querer cada vez mais, e os produtos possuem vida útil inferior, sendo rapidamente descartáveis (SILVA, 2018).

Desde pequenas, as crianças precisam ser provocadas a descobrir que cada uma de suas ações têm impacto no coletivo e no meio ambiente. Antes de serem apresentadas ao mundo do consumo, elas também devem aprender valores essenciais à humanidade, como a solidariedade, o senso de responsabilidade com o bem comum, o respeito ao outro e ao meio em que vivemos. Nesse sentido, a publicidade infantil abusiva pode trazer valores contrários a estes, além de propiciar uma cadeia do desejo de consumo-descarte, gerando prejuízos ambientais, a exemplo do problema do descarte de plástico (SILVA, 2018).

Foi mediante uma consulta da pesquisa de campo em Araraquara/SP e os sujeitos pesquisados pertenciam à mesma faixa de renda, levando-se em conta as condições psicológicas dos pesquisados. Se identificou que 100% dos responsáveis autorizavam os filhos a assistirem TV, destes, 31% não definiam um tempo para que o filho ficasse exposto. Os outros 27% responderam que a permanência máxima é de três horas por dia na frente da tela da TV (SILVA, 2018).

No que concerne sobre a influência da publicidade, 83% das mães afirmaram que os filhos comentam acerca do que passou na televisão e destes, 86% pedem para adquirir o produto apresentado na tela (SILVA, 2018).

Nessa pesquisa também foi identificado que as crianças prestam atenção à publicidade televisiva e pedem à mãe para realizar a compra do produto anunciado. Assim, a criança acaba por estar totalmente inserida nessa cultura de consumir, pois o mercado industrial acaba estimulando de forma avassaladora esse modo de vida na sociedade atual (SILVA, 2018).



4. PUBLICIDADE INFANTIL: LEGISLAÇÕES QUE COIBEM PRÁTICAS ABUSIVAS

A criança e o adolescente são considerados sujeitos de direito e para terem esses direitos assegurados, são amparados por leis, no Brasil o artigo 227 da Constituição Federal (1988) estabelece:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, Art. 227).

Além disso, existem marcos legais que estabelecem um limite à propaganda infantil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é a legislação que explicita a implementação da proteção integral constitucionalmente estabelecida no artigo 227. Assim, estabelece medidas concretas para a garantia dos direitos de crianças e adolescentes. “Responsabiliza nominalmente a família, a comunidade, a sociedade e o Estado pelo bem-estar e saudável desenvolvimento da infância e da juventude”. BRASIL (1990). Este documento legal alterou fundamentalmente a legislação de proteção à infância e juventude no país, revogando o antigo Código de Menores e adequando a legislação infraconstitucional às disposições constitucionais e aos parâmetros internacionais de proteção (CRIANÇA E CONSUMO, 2020).

Fundamentalmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como a proteção integral deve ser garantida no país, indicando as medidas sociais, protetivas e sócio-educativas que devem ser utilizadas para assegurar o bem estar de crianças e adolescentes. Nesse estatuto estão disposições sobre os direitos fundamentais da infância e adolescência, dentre eles: a garantia da vida, saúde, integridade, liberdade, convivência familiar e comunitária, proteção contra violência e exploração, dentre outros (CRIANÇA E CONSUMO, 2014).

Em 1989 a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou uma Convenção sobre os Direitos das Crianças. Esse documento estabeleceu um novo paradigma de proteção à infância e à adolescência, determinando que todas as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos titulares da chamada proteção integral. O documento fora ratificado pelo Brasil em 1990 e teve ampla ratificação pelo mundo, não se restringindo apenas pelos Estados Unidos e pela Somália, países que faziam parte do contexto da convenção. Por ter sido ratificada pelo Brasil essa Convenção integra o ordenamento jurídico brasileiro e suas determinações têm força jurídica vinculante, devendo ser respeitadas pelas autoridades e pela sociedade brasileiras (CRIANÇA E CONSUMO, 2020).

Para atender expresso mandamento presente no artigo 5º, XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no artigo 48 de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi promulgada em 11 de setembro de 1990 a Lei 8.078/90, que criou o Código de Defesa do Consumidor.

Essa foi uma legislação fundamental para regulamentar no Brasil as relações de con-

sumo, alterando regras tradicionais do direito civil e adequando-as para uma sociedade de consumo. A partir daí, foram estabelecidas novas regras a orientar os contratos, o comércio e a prestação de serviços, de modo a proteger o consumidor de possíveis abusos cometidos pelos fornecedores. Além disso, também foi regulamentada a oferta de produtos e serviços e a publicidade dos mesmos, oferecendo um limiar ético para essas atividades. O artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor implica:

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (BRASIL, 1990, Art. 30).

A partir disso, percebe-se que tudo o que estiver na mensagem publicitária deverá ser cumprido integralmente pelo anunciante pois será considerada parte do contrato a ser estabelecido entre quem fornece e quem consome. Desse modo, a oferta, a publicidade, a informação criarão um vínculo do fornecedor para com o consumidor, pois o primeiro será obrigado a cumpri-la. O artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor (1990) ainda pontua:

É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Desse modo, percebe-se que o artigo mencionado trata como abusiva a publicidade dirigida ao público infantil, porque a criança não possui condições de imprimir julgamento ao que lhe é apresentado no apelo publicitário. A facilidade de manipulação da criança é grande para aquisição de determinados produtos, e disto se aproveitam as técnicas de marketing (MENDES, 2014).

Outra legislação presente é a lei municipal de Florianópolis nº 8985/2012 estabelecida por Ricardo Camargo Vieira – PC do B que veta a comercialização de lanche acompanhado de brinde ou brinquedo. Levando em consideração que as crianças ficam mais suscetíveis a adquirir produtos que venham com um benefício a mais. Por fim, também é possível destacar a resolução 163/2014 do Conanda (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente (CRIANÇA E CONSUMO, 2020).

O Alana é uma organização de impacto socioambiental que promove o direito e o desenvolvimento integral da criança e fomento de novas formas de bem viver. Para tanto, estruturou-se em três frentes: Instituto Alana, Alanalab e Alana Foundation. O Instituto é uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos que nasceu com a missão de “honrar a criança” e todo o trabalho do Alana começou em 1994 na zona leste de São Paulo (ALANA, 2022).

Atualmente o Instituto conta com programas próprios e parceiros que buscam garantir condições para a vivência plena da infância e é mantido pelos rendimentos de um fundo patrimonial desde 2013. O Instituto Alana possui o programa Criança e Consumo em que

o objetivo é divulgar e debater ideias relacionadas às publicidades dirigidas às crianças e propor caminhos para minimizar e prevenir prejuízos decorrentes dessa comunicação mercadológica (ALANA, 2022).

O programa foi criado em 2006 e atua em diferentes esferas para promover o tema e fomentar o diálogo. Recebe denúncias de publicidades abusivas dirigidas às crianças e atua através de ações jurídicas, pesquisa e educação, promovendo amplo debate na sociedade civil (CRIANÇA E CONSUMO, 2012).

O Criança e Consumo têm representação no CONANDA (Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente), CONSEA (Conselho Nacional de Segurança Alimentar). É associado ao BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor), também possui um termo de Cooperação com o Ministério Público do Estado de São Paulo para atuar de forma conjunta no combate à publicidade dirigida às crianças (CRIANÇA E CONSUMO, 2012).

O instituto Alana é um dos Conselheiros do Conanda e atua auxiliando o órgão na deliberação de políticas pelos direitos da criança. Os conselheiros eleitos participam de forma ativa na elaboração de pautas governamentais e deliberam sobre políticas para a área da infância e adolescência, ao mesmo tempo em que fiscalizam as ações executadas pelo poder público no que diz respeito ao atendimento da população infanto juvenil (CRIANÇA E CONSUMO, 2012).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou compreender o consumismo infantil a partir da identificação dos itens favoritos desse público. Com a pesquisa, verificou-se que a mídia tem grande influência no consumo das crianças, já que estas, passam aproximadamente quatro horas em frente aos aparelhos eletrônicos, tendo contato com inúmeras programações. Além do exposto, conseguimos verificar também que um dos impactos da propaganda no consumo infantil é a geração de endividamento e estresse familiar, já que as crianças pressionam os pais para adquirirem produtos que foram vistos a partir da comunicação audiovisual televisiva ou em propagandas de plataformas na *internet*.

Neste trabalho pretendeu-se também investigar legislações que coíbem práticas de publicidade infantil abusiva, discorrendo sobre o tratamento provido pela legislação brasileira às referidas publicidades, principalmente no que se refere aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, além de abordar também o entendimento jurisprudencial acerca da temática.

Dessa forma, a intenção da presente pesquisa científica foi compreender se as crianças são vulneráveis à mídia, de forma ampla, já que isso resulta na manipulação de compras em seu núcleo familiar. O estudo de consumo infantil é uma área ampla, os teóricos empregados nesse trabalho, evidenciaram as formas que a mídia influencia, o que a ausência dos pais causa sobre essas atitudes e como as empresas costumam fazer para atrair seu público e torná-los fiéis às suas marcas. A proposta do trabalho foi apresentar uma visão ampla da criança sobre os produtos consumidos.

Além disso, neste trabalho foi possível também observar que as embalagens podem ser consideradas as principais influenciadoras na compra, por terem seus rótulos já conhecidos pelo público consumidor. Ao longo da pesquisa, foi possível ratificar como a publicidade infantil é pensada de forma estratégica para que as crianças sejam estimuladas a pedir os produtos repetidamente, vencendo os pais pelo cansaço.

Conforme o exposto, é necessário enfatizar que em estudos futuros, sejam realizadas entrevistas com pessoas que trabalham diretamente com as crianças, como as babás, levando em consideração que a maioria delas passa mais tempo com esse público. Além disso, o estudo pode também ser realizado diretamente com as crianças, a partir de amostras de vídeos e brinquedos para mensurar o grau de influência no público infantil, objeto de estudo.

Referências

- ALANA. **Advocacy e Direitos das crianças**. Disponível em: <https://alana.org.br/#programas> Acesso em: 24 de maio de 2022
- BORUCHOVITCH, Monica Monteiro da Costa. **A programação infantil na televisão brasileira sob a perspectiva da criança**. PUC/RJ. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://www.maxwell.lambada.ele.puc-rio.br/4040/4040> Acesso em: 10/06/2014.
- BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990. Promulga a convenção sobre os Direitos da criança. **Convenção sobre os direitos das crianças**. Brasília, DF. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/normas-em-vigor/decreto-no-99-71090-convencao-das-nacoes-unidas-sobre-os-direitos-da-crianca/> Acesso em: 16 de Abril de 2022.
- CRIANÇA E CONSUMO. Lei 8069/1990 - **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. 2014. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/normas-em-vigor/lei-no-8-06990-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca/> Acesso em: 20 de Abril de 2022
- CRIANÇA E CONSUMO. **Lei nº 8985/ 2012**. 2020 Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/normas-em-vigor/lei-n-89852012/> Acesso em: 18 de Abril de 2022
- CRIANÇA E CONSUMO. **O Instituto Alana é eleito um dos conselheiros do Conanda**. 2012 Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/noticias/conselheiros-conanda/> Acesso em: 24/05/2022
- CRIANÇA E CONSUMO. **O programa**. 2012 Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/o-programa/> Acesso em: 24/05/2022
- CRIANÇA E CONSUMO. **Resolução 163/1990 Conanda**. 2020 Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/normas-em-vigor/resolucao-no-163-do-conanda/> Acesso em: 17 de Abril de 2022
- ECA. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo, Atlas, 1991.
- GONÇALVES, Tamara Amoroso. **A publicidade dirigida a crianças e a formação de valores**. Disponível em: <http://defesa.alana.org.br/biblioteca> Acesso em: 21/04/2021
- GUNTER, B.; FURMHAM, A. **As crianças como consumidoras: uma análise psicológica do mercado juvenil**. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 2001
- HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- IGLESIAS, F.; CALDAS, L. S.; LEMOS, S. M. S. Publicidade Infantil: Uma análise de táticas persuasivas na TV aberta. **Psicologia & Sociedade**, 25(1): 134-141, 2013.

MARQUES, A. M. A; PINHO, A. R. R. **Consumo infantil: a influência dos pares na consciência de marca, na relação com a marca e na lealdade à marca.** Fortaleza, v7, n 2. P. 93-106, Jul/Dez 2018.

MENDES, R. E. **Publicidade infantil abusiva.** Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Porto Alegre. Porto Alegre, 2014

Este livro reúne as pesquisas feitas pelos Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras de São Luís/MA. Trata-se do primeiro passo rumo a uma longa trajetória de incentivo à produção científica dos alunos do curso, oportunizando a publicação dos Trabalhos de Conclusão do Curso em uma edição rica de temas variados na área do Direito.

