

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1215

(Ano XVI)

(17/08/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR



QR Code do Volume 1215

Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1214 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 423 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

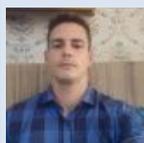
Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



A criminologia nos desastres ambientais e prevenção de pilhagens no Brasil

Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, 07.

ARTIGOS

Impasses do planejamento público em turismo: a atividade turística como elemento de educação patrimonial no município de Sabará, MG

Vagner Luciano Coelho de Lima Andrade, 24.

Aspectos sobre a violência contra a mulher e a legislação brasileira.

Ana Gabriela de Aguiar Lima, 44.

A função socioambiental da Petrobras no implemento de ações para a transição energética

Ana Paula Silva Fernandes, 213.

A ciência política e o fenômeno da extrema direita

Marcos Antonio Duarte Silva, 272.

Os fatores de influência do direito penal simbólico

Geovanna Pinheiro da Silva, 285.

Uma questão de regra ou de princípio: a execução provisória da pena

Igor Daniel Bordini Martinena, 295.

O estupro de vulnerável e o cinema: Uma análise sintética da Série “Bebê Rena” e como a psicanálise enxerga a imagem de estupro de vulnerável

Marcos Antonio Duarte Silva, 297.

A independência catalã na visão do direito internacional público

Guilherme Waltrin Milani, 309.

A redução da maioria penal é via adequada para reprimir a violência juvenil?

Geovanna Pinheiro da Silva, 329.

A (in)existência do procedimento de interdição após a entrada do estatuto da pessoa com deficiência e da convenção de Nova Iorque no sistema jurídico brasileiro

Thais Torres Monteiro Andrade, 344.

A violência e o Estado: Hobbes e Locke

Rodrigo Kszan Francisco, 361.

A Inconstitucionalidade da Obrigatoriedade do Regime de Separação de Bens para os Maiores de 70 Anos

Lohana Melo Lima, 375.

A teoria geral da prova no processo penal brasileiro e as provas em espécie obtidas por meios ilícitos

Gilberto de Castro Lasmar Lima, 384.

O princípio da anterioridade e a revogação de isenções: Desafios e Controvérsias

Ana Maria Romão de Lima, 404.

O consensualismo no Direito Administrativo: superação do modelo administrativo clássico diante da necessidade de implementação de um modelo mais participativo de administração da coisa pública

Laís Andrade Santos, 414.

A CRIMINOLOGIA NOS DESASTRES AMBIENTAIS E PREVENÇÃO DE PILHAGENS NO BRASIL.

LEONARDO RODRIGUES ARRUDA COELHO:

Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (2006). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado¹.

Neste ensaio exploramos a criminologia de desastres ambientais, buscando compreender as causas que levam ao aumento dos crimes após o rescaldo inicial destes eventos extremos. O tema ganhou relevância com o crescimento em número e magnitude dos desastres naturais, devendo ser abordado nos planos governamentais que visam mitigar suas consequências para as populações diretamente atingidas.

A maior inundação já documentada ocorreu na China em 1931, com o transbordamento do Rio Amarelo. A cidade de Porto Alegre também passou por uma grande inundação em 1941. E o Acre em 1971. Mas essas inundações catastróficas estão se tornando cada vez mais comuns. Em 2020, o Registro de Ameaças Ecológicas constatou um aumento de 10 vezes na quantidade anual de desastres naturais desde 1960. Atualmente, em torno de 400 desastres ambientais atingem diversas partes do planeta a cada ano, com tendência de aumento nas próximas décadas.

No Brasil, o Rio Grande do Sul e o Acre sofreram danos severos com as recentes catástrofes da inundação. Esse novo padrão é atribuído às alterações climáticas decorrentes do excesso artificial de gases do efeito estufa na atmosfera, que desregula o ciclo natural de mudança do clima.

Para compreender essa desregulação, é preciso entender uma peculiaridade da Terra que a difere dos demais corpos celestes, e que está na raiz da sua habitabilidade. Os astrofísicos consideram que Vênus já foi um planeta ameno, mas se tornou hostil à vida por falta de um mecanismo de controle do clima. Por sua vez, a Terra possui um termostato que controla o clima, mantendo a temperatura sempre dentro de uma faixa propícia à vida.

Estudos recentes avançaram na compreensão desse mecanismo, que relaciona o dióxido de carbono com o intemperismo das rochas, oceanos e vulcões, por meio da subducção e reações químicas, que atua como um feedback climático na escala de milhões de anos. Esse controle climático, juntamente com o surgimento da carnivoría pela evolução, propiciou a explosão de Avalon, dando origem às vidas complexas que

¹ E-mail: leonardo-rac@hotmail.com

habitaram o planeta na sua história recente. Mas esse mecanismo passa atualmente por um desajuste, que tem proliferado eventos extremos.

As mudanças climáticas são um processo natural e importante à vida, desde que esteja dentro de uma escala adequada. Sem o termostato do intemperismo, a mudança climática é um caminho sem volta, tal como ocorreu em Vênus. Ele funciona por meio de um ciclo, com emissão de CO₂ pelos vulcões e retirada pelas intempéries. O controle desse mecanismo foi explorado por um novo estudo publicado em 2023 por Brantley e coautores, que explorou a sensibilidade do intemperismo das rochas silicáticas à temperatura do planeta.

Inicialmente, é preciso expor um paradoxo. A elevação das cadeias de montanhas pode ter estimulado o consumo de CO₂ pelo desgaste dos silicatos. Mas as reconstruções das expansões do fundo do mar não indicam um aumento correspondente nas entradas de CO₂ provenientes da desgaseificação vulcânica. O desequilíbrio resultante teria esgotado todo o CO₂ da atmosfera dentro de alguns milhões de anos. Essa contradição é conhecida como Paradoxo do Intemperismo-isótopo do Cenozóico

O estudo de Brantley utilizou dados acumulados por geoquímicos de todo o mundo. De fato, os vulcões emitiram grande quantidade de CO₂ ao longo da história, mas em vez de transformar a Terra numa estufa, o gás foi removido lentamente por meio do intemperismo das rochas. O estudo desse mecanismo adentra um área complexa, chamada ciência da zona crítica, que examina áreas desde a vegetação mais alta até as águas subterrâneas mais profundas, tratando-se de uma área de pesquisa desafiadora.

Na escala de milhões de anos, o equilíbrio entre a erosão das rochas de silicato e a desgaseificação vulcânica controlou a concentração atmosférica de CO₂, que mantém o clima propício à vida. O intemperismo do silicato, mineral que forma 90% da crosta terrestre, acelera com o aumento da temperatura, atuando como um feedback negativo que amortece o clima e mantém a habitabilidade do planeta. O grande enigma é descobrir como ocorre essa sensibilidade à variação da temperatura.

O CO₂ é formado pela oxidação do monóxido de carbono, e é retirado pela reação com silicatos, como o SiO₂ e CaSiO₂. Esse processo absorve o CO₂ nas rochas sedimentares, convertendo-o em material sólido. Existem propostas para acelerar esse processo, visando a neutralização do carbono, um método conhecido como intemperismo melhorado, uma vez que não há risco de vazamento do gás das reservas geológicas, como nos métodos CCS.

Em um termostato tradicional bimetálico, esse controle é feito por meio das distintas expansões térmicas de duas chapas fundidas de metais com diferentes

coeficientes de dilatação, como ferro e latão. Na alegoria do termostato terrestre, esse controle é influenciado por diversos fatores, como escoamento superficial, precipitação, litologia, porosidade, permeabilidade, tipo de vegetação, distribuição da massa de terra, dentre outros, que podem influenciar na dissolução. A influência da cinética da reação química é a chave para resolver o enigma deste mecanismo.

O estudo em comento combinou observações de laboratório, solos, bacias hidrográficas e do globo para elucidar o mistério entre intemperismo e temperatura. Os autores usaram a equação de Arrhenius para expressar essa sensibilidade. A dissolução química foi isolada de outros fatores, como a erosão. Essa equação permite calcular a velocidade da reação química, que é diretamente proporcional à energia de ativação e inversamente proporcional à temperatura absoluta. A energia de ativação advém da energia cinética das moléculas que colidem, e ultrapassam um limiar que ativa a reação química. Cada reação possui uma energia de ativação específica. Apesar de não ser essencial, é comum o uso do logaritmo natural nesta equação para facilitar os cálculos. Esses estudos são essenciais para compreender a proliferação de desastres naturais.

É necessário deixar claro que o método científico deve ter premissas objetivas, e suas conclusões são imparciais. Contudo, o debate ambiental foi apropriado por distintas correntes políticas e ideológicas, reverberando na própria pesquisa científica. Na década de 1990, vertentes anticapitalistas fizeram uso desse ideário para reforçar suas críticas. Por seu turno, atualmente os defensores do capitalismo também incorporaram o conceito de preservação, que hoje está mais atrelado aos grandes fundos de investimento do que aos movimentos ambientalistas, tendo condicionado a alocação de recursos em países mediante compromissos específicos de sustentabilidade.

Já existiam previsões de ocorrência dos desastres naturais recentes. Em 2023, os estados de SC e RS já haviam enfrentado tanto a estiagem quanto tempestades causadas por ciclones extratropicais. No mesmo ano, a região Norte passou por uma das maiores estiagens, afetando o nível dos rios e prejudicando o transporte hidroviário de mercadorias, afetando a alimentação e a hidratação da população atingida.

De fato, o Plano Nacional de Gestão de Risco e Desastres Naturais de 2012-2014 elencou as áreas prioritárias de atuação, dentre as quais a bacia do Guaíba, no RS. No entanto, não indicou nenhuma área no Acre, que também sofreu uma inundação histórica no começo de 2024. O plano previu um Centro Nacional de Monitoramento e Alerta de Desastres Naturais, composto por 160 técnicos e uma Força Nacional de Emergência, formada por comitês regionais compostos por geólogos, hidrólogos, engenheiros, agentes de defesa Civil e assistentes sociais.

Já o PNPDC foi aprovado em 2024 após o desastre do RS, e prevê diagnósticos situacionais. Ele já estava previsto na Lei 12.608/2012, mas só agora saiu do papel,

trazendo a “identificação de riscos e cenários prováveis de atuação” para os anos de 2030, 2034 e 2040, considerando diversos tipos de desastres, tais como chuvas intensas, inundações, enxurradas, alagamentos, vendavais, estiagem e seca, formando um “Mapa de Risco” nacional, com base em dados do Atlas Digital de Desastres do Brasil.

Entre fevereiro e março de 2024, o Acre também sofreu o maior desastre ambiental da história do estado. Na capital Rio Branco ocorreu a maior cheia desde 1971. O nível de alguns rios se mantiveram acima de 17 metros. Já em Porto Alegre, a cheia foi a maior desde 1941.

Nos dois casos, houve o aparecimento de animais silvestres, que buscaram refúgio nas zonas urbanas. No Acre, predomina o bioma de floresta tropical, enquanto no RS predomina os biomas de pampa e mata atlântica. Após o desastre, foram avistados em Porto Alegre jacarés e ninhadas de aranhas. Também há relatos de cobras, gambás e graxains-do-campo, conhecidos como cachorros-do-mato, um canino semelhante à raposa.

Outras regiões do globo passaram por inundações destruidoras nesta mesma época, como Afeganistão e China. Geograficamente, o RS está abaixo do trópico de Capricórnio, a cerca de -30° de latitude. Por sua vez, o Acre está próximo ao Equador, enquanto o Afeganistão e a China estão mais próximos ao trópico de Câncer. No extremo sul da China, na próspera província de Guangdong, que abriga 127 milhões de pessoas, ocorreram em abril de 2024 chuvas torrenciais na delta do Rio das Pérolas, que foram constatadas pelas quatro estações meteorológicas, causando danos gigantescos que lembraram a grande inundação do Rio Amarelo em 1931.

Quase um ano desde o início da edição atual do El Niño, decorrente do aquecimento natural do oceano Pacífico, constata-se atualmente um enfraquecimento deste fenômeno climático. Mas após uma fase neutra, costuma-se seguir o extremo oposto, com o arrefecimento da temperatura do Pacífico, conhecido como La Niña, que está previsto para o segundo semestre de 2024, e que trará novas alterações no padrão climático, com Brasil e Colômbia já mostrando alterações nas estações chuvosas.

Na América Central, a tempestade tropical Amanda atingiu recentemente Salvador, causando 20 grandes inundações no país, atingindo a capital San Salvador, e afetando as vastas áreas cafeeiras. De seu turno, a Nigéria é um país habituado a inundações sazonais, mas passou pela maior inundação de sua história no final de 2022, que causou mais de 600 mortes e quase um milhão e meio de deslocados.

Para enfrentar essa nova realidade, muitos países têm adotado as chamadas cidades esponja, com a criação de espaços verdes para combater inundações. Esse

modelo está sendo aplicado por diversas cidades, desde Berlim a Wuhan. Trata-se de uma adaptação baseada nos ecossistemas. Por sua vez, Tóquio construiu gigantescos canais subterrâneos para conter inundações históricas. Países ricos, como Reino Unido, também sofreram grandes prejuízos com inundações recentes, como as que ocorreram em Yorkshire e Lincolnshire, que causaram danos e mortes.

Apesar das previsões, é importante pontuar que as inundações são eventos estocásticos, difíceis de antever com precisão, mesmo utilizando modernos supercomputadores para calcular a probabilidade das inúmeras variáveis envolvidas. Essas máquinas possuem milhares de processadores e uma enorme quantidade de memória ram, com uma potência de até cem quatrilhões de FLOPS (operações de ponto flutuante por segundo). Ainda assim, as previsões são falhas, por conta do comportamento caótico das variáveis climáticas.

Por definição, uma tempestade é um sistema complexo, onde a convecção do ar que a influencia é imprevisível por natureza, atuando como um fluido turbulento, mudando rapidamente de direção e energia. Ainda assim houve avanços. A previsão atual para 3 dias é tão precisa como era a previsão de 24 horas em 1990, uma melhora significativa, ainda que imperfeita.

No caso de inundações, a incerteza da previsão meteorológica é multiplicada pela complexidade da modelagem do caminho da água que a forma. É preciso considerar muitas variáveis, como a umidade do solo e os dados do registro histórico da região afetada. Por isso, os estudos mais recentes buscam incorporar métodos de inteligência artificial e dados de satélites para fornecer avisos de grandes inundações de forma mais confiável, criando um mapa probabilístico.

No RS, seguindo a lógica dos eventos extremos, diferentes fatores meteorológicos combinaram-se para criar a tempestade perfeita, que causou prejuízos da ordem de 6 bilhões de reais.

Com a melhora da previsão, é necessário discutir a aplicação do princípio da precaução também nos desastres naturais. A esse respeito, é importante pontuar que o Direito Ambiental ganhou contornos de autonomia na ciência jurídica, uma vez que a área em que atua, o meio ambiente, está bem sedimentada após décadas de debates. Contudo, há novos ramos que lutam por autonomia, como o Direito dos Animais e o Direito Climático, que estão vinculados a uma visão ecocêntrica. O princípio da precaução nos desastres naturais a partir das previsões climáticas se enquadraria neste último ramo.

Em um artigo bastante citado sobre o princípio da precaução, Cass Sunstein diferencia as duas visões sobre o princípio, a forte e a fraca. No Brasil, Paulo Bessa Antunes alerta que a consideração da precaução como um superprincípio, que estaria

implícito no art. 225 da CF, pode entrar em conflito com os objetivos fundamentais de desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza previstos no art. 3º da CF. Para Bessa, o STF adotou a versão fraca do princípio da precaução, entendendo-o como um método de gestão de riscos, sopesando-o com outros direitos, como o direito à energia e o direito à saúde, conforme decidido respectivamente no RE 627.189/SP e no voto médio da ADI 5592, cujo acórdão foi publicado em 10/03/2020. É preciso lembrar também que a Suprema Corte afastou o princípio do não retrocesso ambiental no julgamento das ADIs contra o novo Código Florestal.

De fato, as medidas de precaução podem ser aplicadas tanto a danos ambientais quanto aos desastres naturais, que possuem uma magnitude maior. Mas a lei penal se refere apenas a danos ambientais, já que o art. 54, §3º, da Lei nº 9.605/1998 prevê um crime omissivo próprio, quando o agente deixa de adotar medidas de precaução em caso de dano ambiental grave ou irreversível.

No caso do Rio Grande do Sul, junto à destruição causada pelas chuvas, a população também teve que lidar com o fenômeno da pilhagem, que costuma suceder a esses eventos dramáticos. As forças de segurança detiveram mais de 60 pessoas por saques e roubos. As autoridades reforçaram a ronda noturna com o uso de barcos, contando com o apoio da população para pilotá-los, já que não havia policiais treinados. Na cidade de Eldorado do Sul, uma das mais atingidas pelas inundações, a polícia desencadeou a operação Aharadak, que resultou na prisão de dezenas de saqueadores. O nome da operação remete ao Lorde da Tormenta. De fato, após serem desalojados pelas chuvas, é tormentoso ter que lidar com uma onda de roubos e furtos nas casas e lojas.

Essa tendência de aumento de saques em desastres naturais é objeto de estudo há muitos anos. Nos Estados Unidos, a imprensa costuma destacar as pilhagens que ocorrem após a destruição causada pela passagem de furacões. Menos divulgado nestes eventos, mas igualmente importante, é o crescimento da solidariedade social, com a ajuda mútua.

Estudos de campo da sociologia dos desastres há muito destacam que as vulnerabilidades causadas pelo evento extremo possuem ligação tanto com a solidariedade social quanto com o conflito social.

A solidariedade social implica a cooperação entre a população, com doações e ajuda mútua. Já o conflito social resulta em pilhagens e crimes violentos, como estupro e violência doméstica.

Acerca da solidariedade social em desastres, "Rising Tide", de John Barry, é uma obra de referência. O livro narra a inundação do Rio Mississipi em 1927, o maior desastre natural dos Estados Unidos, com um milhão de pessoas atingidas e milhares de mortos. O autor analisa o grande impacto cultural e político que esse desastre causou em todo o país.

Por sua vez, Philip Fradkin publicou em 2005 "O Grande Terremoto e as Tempestades de Fogo de 1906", outro clássico da sociologia dos desastres. Nele, o autor narra o desastre causado por um terremoto no começo do século XX em São Francisco, que deixou um cenário de ruas destruídas e campos de refugiados. Ele descreve os esforços heroicos de cidadãos comuns, a negligência das autoridades e os efeitos psicológicos duradouros na população. O livro aborda como as pessoas e as instituições reagem em situações de catástrofe, como terremotos, incêndios, furacões, inundações, guerras, secas e atos de terrorismo.

Em 2003, Henry Fischer e coautores publicaram um estudo atualizando o debate sobre a sociologia dos desastres pós-11 de setembro. No artigo, eles conceberam uma escala de desastres de seis tipos, conforme sua magnitude e a população atingida.

De fato, na tragédia recente que se abateu sobre o Rio Grande do Sul, foram vistos inúmeros atos heroicos de salvamento e uma enorme rede de solidariedade social.

Por outro lado, a criminologia do conflito social procura explicar os crimes que ocorreram após a inundação, que também foram extensivamente explorados pela imprensa. A esse respeito, estudiosos costumam relacionar o conflito social que desencadeia práticas criminosas à desigualdade de renda, pobreza, desemprego e educação.

De uma maneira geral, a literatura de sociologia discorre sobre as práticas criminosas quando trata sobre conformidade, desvio e controle social. No geral, a sociologia trata do crime nas seguintes vertentes: positivista, funcionalista, interacionista, do conflito e do controle social. Nesta perspectiva, o conceito de desvio é mais vasto que o de crime, que é tido como uma conduta inconformista que viola uma lei. A tradição sociológica interacionista entende o desvio como um comportamento socialmente construído, a partir da noção de Poder Social.

Já a literatura criminológica foca nas escolas sociológicas tradicionais para explicar o comportamento criminoso, a exemplo da ecologia criminal da escola de Chicago, a associação diferencial para os crimes do colarinho braco, a anomia de Durkheim e Merton, a subcultura delinquente, a teoria do rótulo e a teoria crítica, além das teorias mais recentes, como as teorias minimalista, ambiental e neorrealista.

Especificamente quanto à vinculação entre desigualdade social e criminalidade, três correntes da teoria ecológica predominam: a teoria econômica de Becker; a teoria da desorganização social de Shaw e Mckay; e a teoria da tensão de Robert Merton. Essa última é bastante citada, elaborada por um prêmio Nobel de economia em 1992. Ela propugna que a criminalidade decorre de uma lacuna entre o objetivo de riqueza material e as oportunidades disponíveis para alcançar esse objetivo por meios legítimos.

Já pela Teoria Geral da Tensão - GST, emoções diferentes têm impactos distintos na criminalidade. Assim, é mais provável que a raiva conduza a crimes violentos, enquanto a inveja conduza a crimes contra a propriedade.

A esse respeito, o sociólogo e antropólogo Helmut Schoeck publicou em 2010 o livro "Inveja: Uma Teoria do Comportamento Social", atrelando esse sentimento tanto a um ímpeto para um regime totalitário quanto ao impulso igualitário nas sociedades democráticas. Nesse sentido, ele diferencia a inveja maliciosa, que se manifesta como um desejo de derrubar os outros, da emulação, que é um desejo de se elevar sem rebaixar os demais.

Por fim, o criminologista Robert Agnew publicou o livro "Rumo a uma Criminologia Unificada" em 2014, onde expande as suposições limitadas das teorias criminológicas tradicionais, visando explicar uma gama mais ampla de crimes.

No colapso que se segue aos desastres ambientais, também é possível vislumbrar um terreno fértil para a Teoria das Janelas Quebradas, que leva ao extremo a noção de desorganização social. Além disso, o desastre desfaz a ideia tradicional de vinculação dos bens materiais aos seus titulares, própria da noção jurídica de posse e propriedade, transmudando-se em "res nullius" no imaginário popular, atizando o desejo dos oportunistas.

Para os levantamentos que relacionam a classe social à criminalidade, a desigualdade conduz ao aumento de crimes e reduz a confiança social, diminuindo a cooperação para benefícios mútuos, resultando na exploração do outro por meio de práticas criminosas. Esses estudos buscam um coeficiente de correlação significativo e evidências convincentes para uma associação positiva entre as duas variáveis.

Contudo, outros levantamentos, utilizando os mesmos métodos estatísticos, encontraram uma relação inversa entre a criminalidade e os níveis de desigualdade e pobreza. A conclusão varia conforme o corte amostral, com a seleção de cidades e países específicos, quando o correto seria a seleção aleatória da amostra. Também é possível que determinadas regiões possuam uma correlação positiva, em decorrência de aspectos culturais, e outras não.

Em termos relativos, a desigualdade mundial aumentou nas últimas décadas. Esse aumento é atribuído à revolução tecnológica e à concorrência no comércio internacional. Por outro lado, a pobreza teve redução no mesmo período. Desde 1990, a população mundial abaixo da linha da pobreza caiu de 36% para 10%. Em 1990, a população era de 5,3 bilhões de pessoas, o que resultava em 1,9 bilhão de pessoas nesta situação. Atualmente, a população é de 8,1 bilhões de pessoas, o que resulta em 0,8 bilhão. Assim, a quantidade de pessoas abaixo da linha da pobreza reduziu mais da metade nesse período, em números absolutos.

Por outro lado, o PIB mundial atual é da ordem de 101 trilhões de dólares. Com uma população de 8,1 bilhões de pessoas, resulta num PIB per capita em torno de 12 mil dólares. Em 1990, o PIB mundial era de 22,9 trilhões de dólares. Com uma população de 5,3 bilhões de pessoas, resulta num PIB per capita de 4,3 mil dólares. Desta forma, houve um forte aumento no PIB per capita no mesmo período. De fato, o gráfico do crescimento econômico mundial passou por uma expansão exponencial a partir de meados da década de 2000, em paralelo a um crescimento proporcionalmente menor da população no mesmo período.

Neste período também ocorreu um enorme êxodo rural na China, e uma consequente expansão urbana no país, com reflexos em sua economia. Em termos comparativos, tanto em 1990 quanto hoje, a economia dos Estados Unidos representa um quarto da economia mundial. De seu turno, a economia chinesa teve um salto nesse período, passando de 400 bilhões de dólares em 1990 para os atuais 18 trilhões de dólares.

Com base nesses números, é possível perceber que, mesmo com uma redução na quantidade de pessoas abaixo da linha da pobreza, tanto em termos relativos quanto absolutos, houve um incremento na desigualdade, que é um conceito naturalmente relativo. De fato, há diversos levantamentos recentes que constataram que o 1% do topo da pirâmide econômica concentra metade da riqueza mundial. Outros levantamentos indicam que 10% da população mundial mais rica possui a mesma riqueza dos outros 90%.

Os levantamentos entre as variáveis criminalidade e desigualdade utilizam o coeficiente de Gini, desenvolvido pelo estatístico italiano Corrado Gini em 1912. Também lançam mão da Curva de Lorenz, que mostra como a proporção da renda aumenta em função da proporção da população. Quanto mais distante essa curva estiver da linha diagonal mais desigual é a distribuição de renda.

Mas esses estudos se deparam com dilemas estatísticos difíceis de contornar, como a autocorrelação espacial e temporal positiva e o coeficiente de correlação linear de Pearson. Por conta destes fatores, a significância da correlação entre uma variável de

crime e uma variável socioeconômica não pode ser calculada com base nos métodos usuais. É preciso alcançar um valor-p e R que sustentem a hipótese de vinculação, descartando uma ocorrência ocasional, tais como 0,05 e 0,4, respectivamente.

Esses estudos buscam apontar características sociais como preditores da violência, para além das tradicionais características individuais de perfis criminosos. Mas as conclusões são ambivalentes. Sabe-se que a iluminação pública traz efetivamente redução da criminalidade, já que inibe o fator surpresa do agente, dificulta a fuga e facilita sua identificação. Também foram investidos muitos recursos na implantação de sistemas de videomonitoramento nas ruas.

Há que se perquirir as condições contextuais que favorecem a incidência de crimes. Décadas atrás, em situações de carência de alimento, eram comuns saques às cidades interioranas, enquadrando-se em furto famélico. Contudo, o que se vê nos desastres ambientais atuais são pilhagens de televisores e eletrodomésticos.

Outros levantamentos buscam uma vinculação com o desemprego, que são contestados por estudos que indicam uma diminuição da criminalidade com o aumento do desemprego, em decorrência do aumento de guardiães e de vigilância nas ruas e casas. Levantamentos que procuram vincular os crimes com a falta de moradias e de esgotamento sanitário também são inconclusivos. Essas questões são mais pertinentes ao nascente Direito à Cidade do que propriamente à criminologia.

Analisando programas de redistribuição de renda, Edison Luiz Leismann, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, publicou em 2016 o estudo "Teoria econômica do crime: uma abordagem a partir do programa bolsa família no estado do Rio Grande do Sul". O levantamento utilizou para a inferência o método da regressão linear múltipla, concluindo que, ao contrário do que se esperava, o programa não representou uma variável que auxilie na diminuição dos índices de criminalidade nos municípios do estado. Esse estudo entra em conflito com outros levantamentos que chegaram a conclusões opostas.

O debate sobre desigualdade ganhou corpo após a transição de fase que se seguiu à dissolução da União Soviética. A economia das ex-repúblicas soviéticas passaram pela chamada Terapia de Choque, o que resultou numa diminuição dramática da redistribuição da riqueza pelos seus governos e um salto concomitante na vantagem obtida em termos de riqueza, por conta dos efeitos combinados da súbita privatização e desregulamentação. Com isso, a maioria delas virou oligarquias.

Por outro lado, países outrora símbolos de igualdade, passam atualmente por grandes ondas de violência. A Holanda teve quase 800 mil crimes em 2022, em grande

parte vinculados ao mercado ilegal de drogas. Já a Suécia teve um grande salto na violência nos últimos anos, por conta da disputa entre gangues rivais.

Do ponto de vista econômico, a desigualdade no crescimento econômico é explicada por fatores mercadológicos. Em geral, os ricos desfrutam de vantagens econômicas sistêmicas, como taxas de juros mais baixas e melhor aconselhamento financeiro, enquanto os pobres passam por desvantagens no mercado, como prazo menor para cobrança pelos credores e menos tempo para comprar com os melhores preços. Com o tempo, o volume de transações no mercado se multiplica e essa assimetria leva à ampliação da desigualdade econômica. Sob uma visão sociológica, este fenômeno também é analisado sob uma perspectiva de gênero, com as mulheres ocupando apenas 10% dos cargos de CEO nas empresas listadas na Fortune 500.

Em suma, o crescimento econômico num ambiente de livre mercado implicará maior desigualdade, bastando para isso que uma parcela menor da população cresça mais que o restante. A riqueza negativa também começa a despontar como objeto de estudo, como o alto endividamento em empréstimos hipotecários e estudantis. No Brasil, uma grande parcela da população é endividada e negativada. No entanto, não há levantamentos vinculando as taxas de criminalidade ao endividamento da população.

Outros levantamentos buscam associar a criminalidade com os anos de estudo. No entanto, os níveis de educação formal não se confundem com a educação moral, geralmente adquirida no ambiente familiar.

De fato, o foco da maioria dos estudos recai sobre a variável desigualdade. Sorin Krammer e coautores publicaram um estudo em 2022 sobre a vinculação entre a desigualdade e crimes contra empresas, analisando uma base de dados de 122 países (Revista de Estudos de Negócios Internacionais - Volume 54, págs. 385-400, 2023). Além dos crimes contra empresas, os autores apontaram que a desigualdade traz outros efeitos adversos, como redução do crescimento econômico, diminuição do bem-estar e polarização política. De uma maneira geral, o estudo buscou associar o coeficiente de Gini ao risco de criminalidade contra empresas. Na África do Sul, por exemplo, o país mais desigual do mundo, com um Gini de 0,63, a probabilidade de uma empresa ser vítima de crime num determinado ano foi calculada em 43,3%.

O estudo fez uma análise empírica, visando um termo de interação significativo com o coeficiente de Gini de cada país da amostra de dados. Em seguida, submeteu o resultado a um teste de robustez. Para explicar esse fenômeno, os autores recorreram às teorias criminológicas econômicas, sociológicas e institucional. A primeira representada pela teoria de Gary Becker; a segunda pela teoria da tensão social de Merton; e a terceira sugere que a desigualdade tende a desgastar o tecido social que une as comunidades, enfraquecendo as instituições.

Uma medida para contornar esse problema, segundo os autores do estudo, seria fomentar a coesão social, estimulando a confiança e a honestidade na população, e não necessariamente redução da desigualdade.

De seu turno, dentre os levantamentos com foco em países emergentes, destaca-se o estudo da doutora Lilik Sugiharti e coautores, da Universidade Airlangga, acerca do “nexo entre as taxas de criminalidade, pobreza e desigualdade social na Indonésia”, publicado em 2023. No geral, os autores avaliam que a literatura e os estudos científicos sobre o tema são inconclusivos, citando diversos levantamentos anteriores feitos em diferentes países que chegaram a conclusões opostas. Segundo o estudo, as evidências empíricas mostram que a desigualdade tem efeito positivo na criminalidade de motivação econômica e impacto negativo na criminalidade de motivação não econômica, citando levantamentos feitos na Índia e na China. De igual modo, a desigualdade não teria ligação com a criminalidade violenta, que estaria mais vinculada a condições psicológicas, médicas e culturais do que a fatores socioeconômicos. Apesar dessa ambivalência no plano mais amplo, o estudo concluiu, com base em dados da 34 províncias, pela correlação positiva entre as taxas de criminalidade na Indonésia e a desigualdade e a pobreza no país.

Importante pontuar que a economia da Indonésia passa atualmente por uma ampla incorporação tecnológica. Além disso, o governo planeja construir uma nova capital. A atual capital do país, Jacarta, na Ilha de Java, possui uma população de 10 milhões de habitantes, e sofre com problemas geológicos, correndo risco de afundamento, além de elevados níveis de poluição. A nova capital, Nusantara, será transferida para a Ilha de Bornéu, ao custo de 32 bilhões de dólares, e foi planejada para contornar os problemas de poluição, trânsito e elevação do nível do mar.

Já no Brasil, um estudo feito em 2020 por professores da FEA-RP, ligada à USP, constatou uma correlação positiva dos dados Gini com indicadores de segurança pública em municípios paulistas.

Por seu turno, o levantamento de Cláudio Beato e Ilka Afonso Reis, da UFMG, aponta um paradoxo entre o crescimento da criminalidade e a melhoria dos índices sociais, com base em dados de 4 capitais brasileiras: São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre. Segundo os autores, desde as décadas de 70 e 80, o brasileiro vive mais, em habitações com melhores condições sanitárias, com queda na mortalidade infantil e no número de analfabetos, e aumento no número médio de anos de estudo. Além disso, houve controle da inflação, redução do desemprego e estabilidade política. Apesar desse quadro, o mesmo período foi acompanhado por um aumento gigantesco nas taxas de homicídios e nos crimes contra o patrimônio.

De fato, a estabilidade política e econômica está historicamente vinculada aos índices de criminalidade. Como exemplo recente, o presidente do Sri Lanka fugiu do país em um jato militar em meados de 2022, em meio a distúrbios causados por uma crise econômica. A população invadiu a residência oficial após a fuga. Poucos dias depois, um novo presidente foi empossado por meio de uma votação secreta. No entanto, a crise gerou um efeito desestabilizador em todo o país, que possui 22 milhões de habitantes, desencadeando uma explosão nos índices de criminalidade. Um levantamento da Universidade de Peradeniya mostrou que as convulsões sociais e a repressão governamental em decorrência do estresse econômico levaram ao ímpeto criminoso, em sintonia com a Teoria da Motivação Criminal. Além disso, os cartéis de drogas ocuparam muitos vácuos de poder, criando um grande mercado de heroína no país.

A instabilidade política também assolou recentemente os países da África Ocidental, como Mali, Burkina Faso, Senegal, Serra Leoa, Nigéria, Togo, Benim e Guiné. Em muitos casos, houve tentativas de perpetuação no poder e sucessivos golpes militares, desencadeando violência extrema. Para exemplificar, o presidente da Guiné, Dadis Camara, da minoria étnica Foresters, sofreu uma tentativa de assassinato em 2009 ao tentar se perpetuar no poder. Neste mesmo ano, houve um protesto no estádio da capital, Conacri, resultando no massacre de 150 pessoas, a maioria da etnia majoritária Fula, que nunca esteve no poder. Essa instabilidade na Guiné se seguiu a três guerras civis durante uma década, e permanece até hoje, com conflitos entre as etnias Fula e Malinke. Junto a esse conflito, uma onda de crimes varreu o país, com agências de turismo alertando para assaltos a mão armada, roubos de automóveis, sequestros, extorsão e arrombamentos, praticados por homens trajando uniformes militares. A população da Guiné anseia pela volta à via democrática. O país é atualmente governado por um presidente interino desde setembro de 2021 e tem eleições previstas para dezembro de 2024. A crise dos demais países da África Ocidental segue essa mesma lógica. Essa instabilidade política e a perseguição étnica estão na raiz de crises migratórias, com deslocamentos internos e transfronteiriços de milhões de pessoas, além da explosão nos índices de criminalidade.

Os conflitos citados acima decorrem de instabilidade política, e não se confundem com as guerras tribais. Como exemplo, a onda de violência por que passou Papua Nova Guiné no início de 2024 tem como origem conflitos étnicos, que deixaram dezenas de mortos. De igual modo, militares brasileiros flagraram recentemente guerras tribais entre grupos de Yanomamis na Amazônia. Em geral, esses conflitos tribais são impulsionados pela competição reprodutiva, vingança e busca de status. Como ingrediente novo, há a difusão de armas de fogo entre os yanomamis fornecidas por garimpeiros e a disputa entre gerações numa mesma comunidade tribal, alimentada pelo desejo dos mais jovens por bens de consumo, como bebidas e aparelhos celulares.

Nestes casos, a análise é mais afeta à antropologia do que propriamente à ciência política e à criminologia.

Já o estudo de José Maria Nóbrega Jr e Jorge Zaverucha publicado em 2010 refuta a correlação entre desigualdade e pobreza com a violência homicida na região nordeste. De uma maneira geral, os levantamentos sobre o tema são feitos por departamentos de economia. Outros estudos levam em conta aspectos da sociologia, antropologia e ciências sociais. Neste último artigo, os autores consideraram uma visão da ciência política, chegando a uma conclusão oposta à convencional.

Essa busca por uma correlação entre criminalidade e desigualdade, pobreza, desemprego ou educação pode utilizar como parâmetro uma comparação entre diferentes cidades ou países, ou o mesmo país e cidades, mas usando dados de épocas diferentes. Ou seja, pode ter um recorte espacial ou temporal. Além disso, pode ter uma abordagem quantitativa ou qualitativa, já que diferentes levantamentos chegam a conclusões opostas manejando os mesmos dados estatísticos, por meio das mesmas técnicas, mudando apenas a perspectiva adotada a priori.

Posto isso, não se descarta a possível influência de vieses e ideologias políticas e econômicas em alguns estudos, o que pode estar na raiz de tanta variação. Afinal, a desigualdade é tema de acirrada disputa entre diferentes correntes econômicas e políticas, que gera reações distintas a depender do modelo adotado, como o capitalismo de mercado (EUA), o estado de bem-estar social (União Europeia), o capitalismo de Estado (China, Rússia, Arábia Saudita) ou o socialismo (Cuba, Coreia do Norte).

De fato, correntes durkheimianas afirmam que o crescimento econômico implica uma maior taxa de criminalidade. Para Durkheim, o crime é um fato normal, em contraposição ao fato patológico, sendo benéfico à sociedade quando se mantém em níveis baixos, com a punição gerando maior integração social. Ele desenvolveu a teoria funcionalista do crime.

Muitos sociólogos comparativos, inspirados em Durkheim, apontaram que a industrialização e a urbanização estão na raiz do aumento da criminalidade. No decorrer do século XX, esta vertente acreditou que as sociedades em desenvolvimento, à medida que se industrializaram rapidamente, se urbanizaram e se modernizaram, passaram pelos mesmos processos sociais que ocorreram na Europa e nos EUA nos anos 1900. Assim, como as pessoas em países em desenvolvimento migraram para os centros industrializados, elas quebraram os tradicionais laços pessoais, familiares e comunitários das populações rurais. Os controles sociais, especialmente os controles informais, enfraqueceram, ou mesmo desapareceram, aumentando o comportamento desviante e criminoso.

Tradicionalmente, a literatura econômica aponta alguns efeitos adversos do crescimento do PIB, como o aumento da inflação. Contudo, estudos recentes têm apontado outro efeito pouco conhecido. Levantamentos feitos nos estados norte-americanos da Geórgia e Dakota do Norte, por exemplo, mostram que tempos econômicos melhores levam a taxas de criminalidade mais elevadas.

Esta perspectiva difere substancialmente da produção criminológica latino-americana, que aponta a desigualdade e a pobreza como causas preponderantes da criminalidade. A região tem uma taxa de homicídios dez vezes maior que em outras regiões emergentes e duas vezes maior que a da África subsariana, com maior concentração na sub-região centro-americana, com exclusão de El Salvador, que reduziu drasticamente sua taxa de crimes após uma ampla política de encarceramento.

Essa associação se baseia nas correntes interacionistas e na teoria dos rótulos, apontando para uma profecia auto-cumprida: à crença no potencial criminoso das populações marginalizadas corresponderá uma maior vigilância sobre elas, que se refletirá numa maior taxa de indiciamento e criminalidade.

Nessa perspectiva, é preciso considerar que o próprio registro de ocorrências e indiciamentos, que inflam as estatísticas criminais, possuem um peso diferente para as diferentes classes sociais. Disso decorre que o efetivo registro da ocorrência em sede policial em algumas ocasiões pode depender mais da classe social dos envolvidos do que do fato praticado. Desta forma, o mesmo fato envolvendo classes sociais mais abastadas, como desinteligência entre vizinhos e familiares, possuem uma chance menor de serem incluídas nas estatísticas criminais do que quando envolvem classes marginalizadas.

A maioria dos criminologistas, apoiados nos estudos sociológicos, definem os atos criminosos como uma agressão ao consenso moral e normativo da sociedade. Assim, o baixo grau de integração moral produzirá o fenômeno do crime. O conjunto de ideais universalmente distribuídos e a desigualdade nos meios socialmente aceitáveis para sua realização produz a anomia moral que está na origem do comportamento delinquentes. Daí que a taxa de criminalidade seria proporcionalmente maior em grandes centros urbanos, onde a integração social é menor.

No caso dos desastres ambientais, a baixa integração social é rompida por completo, levando à motivação para os atos criminosos. Neste caso, é preciso diferenciar os crimes praticados por agentes efetivamente primários, dos cometidos por agentes tecnicamente primários.

O termo “passagem policial” é de uso corrente na imprensa, mas sem definição jurídica. O próprio indiciamento, apesar de baseado em evidências, ainda não foi submetido à contraprova do contraditório.

Contudo, não é preciso chegar-se ao trânsito em julgado nas cortes superiores em todos os casos a que o agente responde para indicar que ele é dado à prática de crimes. Para os fins dos levantamentos criminológicos, um agente que figura em diversos procedimentos em sede policial e processos criminais não é considerado efetivamente primário, apesar de o ser tecnicamente. Essa premissa é verdadeira, desde que se faça um recorte qualitativo das ocorrências.

Como exemplo, a prática da violência doméstica e feminicídio tem um perfil bem definido de perpetrador. De igual modo, não se descarta a ação de furtadores e roubadores “profissionais” nos saques e pilhagens nos desastres ambientais, que figuram em diversos inquéritos policiais ou estão soltos em decorrência de benefícios da execução penal. Seguindo esse raciocínio, vimos também que os casos de abuso sexual nos abrigos no RS após a inundação foram praticados pelos próprios familiares das vítimas, que reproduziram a prática já realizada no ambiente doméstico no ambiente dos abrigos.

Desta forma, é necessária uma abordagem ampla, visando dissuadir os saqueadores “profissionais” e, principalmente, a parcela da população efetivamente primária que seja tentada a realizar saques em massa, em sintonia com a vertente sociológica do conflito social e da criminologia da tensão social. O reforço do patrulhamento é uma medida essencial nestas circunstâncias. No caso do RS, os próprios moradores realizaram essa vigilância em suas casas, recusando-se a ir para os abrigos e instalando-se nos telhados. Durante as noites que se seguiram ao desastre, intensos tiroteios foram registrados em diversas áreas das cidades atingidas, que visavam afugentar os saqueadores.

Para que essa situação de “terra de ninguém” não se repita em novas situações de desastres ambientais no Brasil, é necessário investir em treinamento para o patrulhamento aquático diurno e noturno. Nestas situações, prevalece a visão sociológica da prevenção situacional do crime, buscando dificultar o acesso aos alvos, de modo a gerir adequadamente o risco de crimes. Esse planejamento deve ser incorporado aos planos nacionais de desastres, prevendo o uso de aparatos tecnológicos, como visão noturna, infravermelho, drones e megafones, que atualmente estão acessíveis às forças de segurança, conferindo amplitude e escala à vigilância e dissuasão.

IMPASSES DO PLANEJAMENTO PÚBLICO EM TURISMO: A ATIVIDADE TURÍSTICA COMO ELEMENTO DE EDUCAÇÃO PATRIMONIAL NO MUNICÍPIO DE SABARÁ, MG

VAGNER LUCIANO COELHO DE LIMA ANDRADE:

Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitorado XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH)²

FLAVIA HENRIQUES DE SOUZA

(Coautora)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo geral, perceber os impasses do campo turístico no município de Sabará propondo ferramentas para a melhoria e desenvolvimento do setor. Ao se investigar as propostas implantadas voltadas para o turismo no município de Sabará, analisou-se o envolvimento da comunidade sabarense com o turismo, refletindo sobre a importância do desenvolvimento do setor turístico para o município estudado. Assim ao se estudar ações que contribuam de modo eficiente para o desenvolvimento do turismo, criam-se e sugerem-se ações educativas para a sociedade, promovendo a mobilização sociocultural e econômica, resgatando os valores, as tradições, à memória e a identidade do espaço. O presente trabalho, desenvolveu-se a partir de análises bibliográficas, publicações avulsas, boletins, jornais, livros, pesquisas recentes, monografias e teses; fontes documentais a fim de se descrever e comparar usos e costumes, tendências e outras características e para maior esclarecimento do tema abordado, visitas a campo e um estudo descritivo das características da comunidade e sua realidade; pesquisas de opinião, onde procurou-se saber atitudes, pontos de vista e preferências da comunidade a respeito do setor turístico no município;

Palavras-chave: Impasses, Turismo, Educação Patrimonial, Infraestrutura, Superestrutura

ABSTRACT: The general objective of this work is to understand the impasses in the tourist field in the municipality of Sabará, proposing tools for the improvement and development of the sector. When investigating the implemented proposals aimed at tourism in the municipality of Sabará, the involvement of the Sabará community with tourism was analyzed, reflecting on the importance of developing the tourism sector for the municipality studied. Thus, when studying actions that efficiently contribute to the

² E-mail: trezeagosto@yahoo.com.br

development of tourism, educational actions are created and suggested for society, promoting sociocultural and economic mobilization, rescuing the values, traditions, memory and identity of the space . The present work was developed from bibliographical analyses, separate publications, bulletins, newspapers, books, recent researches, monographs and theses; documentary sources in order to describe and compare uses and customs, trends and other characteristics and for further clarification of the topic addressed, field visits and a descriptive study of the characteristics of the community and its reality; opinion surveys, which sought to find out the community's attitudes, points of view and preferences regarding the tourism sector in the municipality;

Keywords: Impasses, Tourism, Heritage Education, Infrastructure, Superstructure

INTRODUÇÃO

Para nortear esta análise, foi elaborado um simples questionário que enfocou o turismo, bem como a infraestrutura do município de Sabará. O questionário contou com 10 perguntas, simples e abertas. Inicialmente identificou-se o perfil da atual prática turística no município, considerando a percepção do indivíduo através do tempo que reside no local, seus conhecimentos sobre a história de Sabará, seu rico patrimônio histórico, e pontos positivos e negativos que ressaltados. A posteriori, definiu-se por meio dos questionários o subdesenvolvimento do setor turístico do município. Em seguida, encontrou-se na experiência dos moradores e comerciantes, opiniões, críticas e sugestões relacionadas aos recursos disponibilizados e custeados para o turismo no local. Neste contexto, investigar as condições de infraestrutura oferecidas pelo município, à satisfação da comunidade e educação patrimonial foram temas relevantes para a construção do questionário. Através de pesquisas bibliográficas e documentais, e no processo de análise deste conteúdo, interpretando as entrevistas e os questionários, verificou-se que os principais problemas e insatisfações, enfrentados pela comunidade, estão ligados à ineficiência da infraestrutura.

PESQUISA 100%	COMUNIDADE %
Gostam de morar em Sabará	90%
Têm orgulho da cidade	90%

Admiram o patrimônio histórico, arquitetônico, artístico e cultural	60%
Conhecem a história do município	40%
Conhecem bem a cidade e seu patrimônio	70%
Satisfeitos com o turismo	20%
Acham que o turismo se desenvolveu	20%
Acham que o setor turístico é mal explorado	90%

Elaboração Souza (2012)

Pode-se observar através da pesquisa que em média 60% da comunidade têm orgulho e gostam do município, mas, não compreendem bem sua história e seu patrimônio e estão insatisfeitos com o subdesenvolvimento do setor turístico. Portanto, para incentivar a atividade turística no município é preciso organizá-lo, abrangendo incentivo de políticos e governantes à estrutura para a atividade turística e planejamento aliados à educação. Com intuito de estreitar o distanciamento da comunidade sobre o espaço no qual ela se insere, observou-se alguns pontos interessantes que devem ser analisados, modificados e desenvolvidos de forma a ampliar o turismo no município de Sabará. Considero como ponto de partida, portanto, investimentos na infraestrutura, bem como na Educação Patrimonial, disponibilizando-os o exercício de entender seu espaço, possibilitando-os diagnosticar e sanar problemas, sem gerar transtornos a si mesmos, ao município e ao turismo, sendo encontrados em atitudes mínimas e através da busca, da parceria, da teoria e prática, apoiadas pelas escolas, pela comunidade, comerciantes, empresários e pelos governantes. Segundo Meneses (2004 p.30):

“Conhecer e interpretar heranças culturais de tempos passados tem, para a sociedade contemporânea, um valor que ultrapassa a simples curiosidade pelo diferente ou pelo exótico. Faz parte de nossa cultura a busca compreensiva de estruturas culturais que nos possibilitem entender nosso mundo. Esta busca é válida para atender aos prazeres intelectuais e às fruições de realidades

distintas das nossas. Isso nos estimula, nos descansa, nos provoca abstrações que nos aliviam do cotidiano de trabalho. (...)"

Sabará pode se tornar uma cidade forte no setor de turismo, mas para tanto,  preponderante uma iniciativa dos setores públicos, federal, estadual, municipal para a recuperação da cidade em vários aspectos, de infraestrutura, saneamento, saúde, serviços, educação, entre outros. Com relação ao aquecimento do setor turístico em Sabará, há de fazer uma análise no que diz respeito à demanda. Como diria Boullón (2002, p. 55-57):

"(...) que deve ser entendida para um maior conhecimento dos consumidores, mediante estudos sobre as preferências motivacionais dos turistas que se espera receber e o nível de satisfação daqueles que já passaram por determinado centro turístico. Sem esses estudos, é muito difícil saber o que deve ser feito ou construído para aumentar a demanda de todos e de cada um dos serviços dos centros turísticos e por sua soma, de um país ou uma região."

O turismo é um estimulador de atividades econômicas e de desenvolvimento, contudo, ainda tem deixado grandes parcelas da sociedade,  parte, não contribuindo para a melhoria da qualidade de vida no município, perdendo a oportunidade de avançar turisticamente e preservar seu substrato maior que é a cultura, seu patrimônio cultural, suas tradições e sua oralidade. E ainda, de acordo com Rodrigues (2001, p. 17):

"A atividade turística é, portanto, produto de uma atividade capitalista industrial e se desenvolveu sob impulsos de motivações diversas, que incluem o consumo de bens culturais. O turismo cultural, tal qual o concebemos atualmente, implica não apenas a oferta de espetáculos ou eventos, mas também a existência e preservação de um patrimônio cultural representado por museus, monumentos e locais históricos."

Neste sentido, para se operar o empreendimento turístico, deve-se valorizar sua mteria-prima, que neste caso, diferentemente da indústria, são os atrativos. No turismo, ao contrário da indústria, Boullón (2002 p.55 e 57) atesta que:

"os atrativos devem permanecer intactos ou, no caso sofram intervenções, essas ações ficam limitadas  restituição de alguma qualidade que possam ter perdido, seja pela ação destrutiva de outros setores, dos próprios turistas, ou pelo passar do tempo. (...)

Considerando que os atrativos turísticos são matéria-prima do turismo, sem a qual um país ou uma região não poderiam empreender o desenvolvimento (por que lhes faltaria o essencial e porque só a partir de sua presença pode-se pensar em construir empreendimento turístico que permita explorá-lo comercialmente) (...) eles são incluídos como o primeiro elemento da estrutura de produção do setor ao qual fica agregado o empreendimento turístico e infraestrutura.”

IMPASSES DO PLANEJAMENTO PÚBLICO EM TURISMO

Além da pesquisa de demanda potencial, é imprescindível que o consumidor, ou seja, o turista, conheça o potencial turístico e os serviços oferecidos pelo município. Portanto, se existe como foco a tentativa de captar turistas, campanhas frequentes, mesmo quando o período não favorece ao município, na tentativa de apresentar os produtos ao consumidor, deverão ser feitas, até que o mesmo se concretize. Analisando o Município de Sabará, é possível fazer uma leitura reflexiva e interpretativa de manifestação cultural, de vivências, de arte a serem integradas ao turismo, levando o sabarense a perceber e assegurar o processo de crescimento econômico na cidade.

Na expectativa de atender às demandas crescentes de consumo das comunidades locais, o patrimônio cultural e natural do município sofre com o crescimento desordenado, desencadeando consequências desastrosas, com prejuízos irreparáveis ao patrimônio, à diversidade biológica e ao bem-estar dos indivíduos. Com o objetivo de modificar essa tendência de degradação ao patrimônio e construir uma conscientização de sustentabilidade turística e econômica, social e ambiental, há de se avaliar o comportamento dos atores-consumidores deste espaço e suas consequências reais para o município, “mostrar para conhecer, conhecer para entender, entender para gostar e gostar para preservar.” (NOGUEIRA, 2003)

No alcance desse objetivo, há uma preocupação em inserir de modo eficiente a “Educação Patrimonial” em todo o município, concebendo a aprendizagem como um processo ativo, ligado à vida das pessoas, visando à motivação e o estabelecimento de um vínculo afetivo destas com o patrimônio, multiplicando o alcance dessa experiência didática, fazendo-a chegar num desenvolvimento turístico e econômico viável harmonizado com a preservação do patrimônio e com a permanente busca de melhoria de infraestrutura e qualidade de vida. Contudo, apesar de grandes projetos, programas, ações e parcerias voltadas para a “Educação Patrimonial”, Sabará não possui uma atividade turística forte e consolidada. Para Tyler, Guerrier e Robertson (2001, p. 03):

“A atividade turística, entendida sob a ótica da indústria produtiva e geradora de renda, demonstra-se de grande importância e valia nos

casos de requalificação de espaços físicos, como é possível averiguar nos inúmeros casos de revitalização de waterfronts e docklands (ou mesmo de antigos centros de comércio e serviços, onde há grande quantidade de imóveis e atividades de potencial interesse turístico.”³

Ou seja, além da requalificação de espaços físicos, e da implantação de programas que enfatizem a “Educação Patrimonial”, ampliando o conceito de patrimônio para a comunidade, compreendendo não somente o patrimônio edificado, mas, também costumes e saberes locais, como a culinária, a linguagem, os ritos, há de se prestar atenção na inversão de fluxos migratórios da capital rumo ao município, não só no sentido habitacional, mas principalmente na valorização dos espaços naturais, turísticos e históricos; a valorização da diversidade cultural, a história oral, que permitem o desvelar de culturas antes menosprezadas, como a dos escravizados. “O patrimônio e a diversidade cultural das diversas comunidades mineiras, preservados pela própria decadência econômica, se colocam hoje como matéria prima privilegiada para a estruturação do turismo.”⁴ Segundo a Organização Mundial de Turismo (OMT, 1998, p. 10),

“O desenvolvimento do turismo sustentável atende às necessidades dos turistas de hoje e das regiões receptoras, ao mesmo tempo em que protege e amplia as oportunidades para o futuro. É visto como um condutor ao gerenciamento de todos os recursos, de tal forma que as necessidades econômicas, sociais e estéticas possam ser satisfeitas sem desprezar a manutenção da integridade cultural, dos processos ecológicos essenciais, da diversidade biológica e dos sistemas que garantem a vida”

Desta forma, o turismo em Sabará tem como desafio o seu desenvolvimento, de forma a atender todos os tipos de turistas, inclusive aqueles portadores de deficiência física, não somente o público elitista, e consolidá-lo, sem que este traga efeitos negativos para o município e a comunidade; a perda da atratividade, declínio econômico, ocupação territorial desordenada, equipamentos abandonados, e uma população desenraizada culturalmente, que apesar de não ter mais empregos relacionados ao turismo, se insere pouco nas atividades econômicas tradicionais. Ambas as proposições apontam para a insustentabilidade da atividade turística efetivada sem cuidadoso planejamento. (HOLDER, apud RUSCHMANN, 1997) Há de se prestar atenção também nas tradições,

³ PUC Minas – Revista de Turismo – Vol. 1 - N° 1 - Nov. 2005

⁴ Ibid., p.6

permanências e suas mudanças a partir de planos e projetos de uma atividade turístico-econômica que pode ser extremamente transformadora e nociva à comunidade. “Não participamos da construção cotidiana que observamos e, em função disso, tanto podemos não entendê-la perfeitamente como ter certo distanciamento benfazejo para analisá-la e ser sensível aos valores construídos em suas relações sociais.” (MENESES, 2004)

Para o planejamento turístico, é preciso sensibilidade de forma a perceber peculiaridades deste cotidiano, suas permanências, tradições, pois, deste modo, há como transformar sem agredir, e ainda atrair e estabelecer a prática do turismo. Um exemplo de um péssimo planejamento, embora a iniciativa da prefeitura tenha sido excelente, se deu exatamente no município de Sabará, na execução do projeto de “Iluminação Especial com a eletrificação subterrânea e Iluminação Cênica”, pois, a comunidade não compreendeu do por que de toda transformação, segundo alguns entrevistados e conversas informais com moradores e comerciantes do município, a insatisfação e protestos foram inúmeros, ou seja, a falta de divulgação adequada, informação de qualidade, que chegue a todos, que tenham linguagens diferenciadas, uma vez que há de se perceber esta variedade cultural como construção coletiva, resultou em efeitos contrários aos esperados. Neste sentido, a melhor opção na elaboração de um produto turístico, seria aliar a educação patrimonial em busca de preservação, aos projetos e planos de infraestrutura, que podem ser um passo positivo para a consolidação do turismo, uma vez que este possa ser pensado também como instrumento de valorização patrimonial no município.

Segundo Zezinho, professor de história e personalidade bem popular no município, já aqui citado algumas vezes, “falta uma campanha (...) no rádio, jornais, dizendo como era antes e como ficará a cidade” antes da execução dos projetos de infraestrutura, alertando toda a comunidade para as futuras transformações e seus benefícios à mesma. Ainda segundo Zezinho, “o pessoal quase matou o prefeito”, na implantação deste projeto especial de eletrificação subterrânea; a incompreensão e a consequente insatisfação, foram grandes,“(...) aí veio essa iluminação, por exemplo, que tá sendo feita...eu acho que se conseguir já é um passo, porém, deveria ter tido uma preparação, ela agride (...), tem que convencer que o que falta na cidade é essa preparação (...)” Transformar as permanências e tradições em produto turístico e atrair visitantes, pode parecer fácil, pode nos parecer nada novo, contudo, concordando com Meneses (2004, p 30):

“Não nos parece, da mesma forma, algo de difícil execução, uma vez que há formas e instrumentos metodológicos estudados para fazê-lo. O que, sem dúvida, se apresenta como dificuldade suplementar é executar esse tipo de exercício intelectual e de

planificação frente ao cotidiano, ao rotineiro e ao simples, mas extremamente belo, considerando a complexidade de uma intervenção externa nesse meio cultural.”

Esta é a realidade atual do município de Sabará, o planejamento inadequado, sem considerar sua complexidade e sua cultura, na busca pela infraestrutura e consolidação do turismo, acaba por tornar-se uma intervenção destrutiva. Nas palavras de Sérgio⁵, “sabarense roxo”, é assim que ele se autodenomina, nota-se a tristeza de não serem levados em conta os costumes e tradições da comunidade, e ainda ressalta que para cuidar devidamente do município é necessário ter contato com os moradores, entender suas necessidades, ter paixão é o “ideal é fundamental”, conforme descrito, abaixo em seu depoimento:

“(…) sabe, acho que tem que ter vontade política, vontade política e conhecimento das coisas que estão a sua volta.

(…) é aquela coisa, você tem que ter nadado no poço escondido, e chegando em casa e ter apanhado demais da conta, você tem que ter visto o Siderúrgica Campeão, e em dia de jogo você mudar pra aquele time de futebol que é perto da sua casa, você tem que ter queimado o dedo com vela numa procissão. Sabe, você tem que ter vivido as coisas da cidade, e isso tem que estar muito dentro de você sabe, muito no sangue...é claro que podem ter outras pessoas que vão fazer muito pela cidade, o que é fundamental, mas, é só ter vontade, conhecimento (...) eu acho que uma grande coisa que as pessoas deveriam fazer ao chegar numa cidade, é conhecê-la! As pessoas que cuidam do destino dessa cidade, deveriam chegar nessa cidade e conhecer. (...) então, não existe uma fórmula mágica nisso, eu acho assim, sensibilidade e ouvir e ter espaço para que as pessoas possam falar com você”

Portanto, se considerados estes pontos cruciais para a atividade econômica motivada pela visitação turística e pela estrutura adequada que esta exige, deve-se planejar tendo como base fundamental a busca pelo entendimento, informações criteriosas e, aí sim, a construção de estruturas receptivas e de visitação, contribuindo, desta forma, para o desenvolvimento equilibrado do município. Segundo Neiman (2002, p.77):

⁵ Sérgio Alexandre Silva, Presidente do Conselho de Arte de Sabará, Produtor Executivo do Grupo de Teatro “Cena Aberta”, ator e roteirista.

“Não se pode modificar uma realidade que vai ao encontro dos anseios coletivos gerados pelos valores culturais de uma região. Por vezes, a única saída, nesses casos, é tentar educar a sociedade para que se consiga modificar alguns valores conflitantes como a causa da organização, tendo claro que isso é um processo lento e muito trabalhoso.”

Outro ponto de importante e de grande relevância para a comunidade sabarense são os projetos e sua descontinuidade. Os investimentos na infraestrutura de um município que tem um custo elevado, e sua amortização se produzem em longo prazo. Estes investimentos devem ser contínuos aos próximos mandatos e dar prioridade aos projetos que sirvam simultaneamente ao maior número de setores produtivos, como agricultura, mineração, indústria e turismo (BOULLÓN, 2002). Nota-se nitidamente em Sabará, o descontentamento da comunidade com relação à descontinuidade de planos, projetos e programas que beneficiam ao município. Assim, fica clara, a dificuldade de se desenvolver e estabelecer a prática do turismo em Sabará, pois, a desordem que predomina com a inconstância de uma ou outra gestão, frequentemente aumenta o nível de insatisfação da comunidade, dos usuários e dos visitantes. De acordo com alguns entrevistados, a insatisfação é grande com relação à ineficiência dos projetos voltados para o turismo e sua descontinuidade devido à troca de mandato. Num relato, verifica-se que:

“(...) por que não se faz um projeto político-cultural ou social para a cidade? Você faz o seu projeto político- cultural, eu faço o meu! Quando você for prefeito você vai implantar o seu projeto e eu vou chegar e falar com você que eu vou implantar o meu, e com 4 anos você não sabe de quem é mais nada. (...)” 6

“(...) o grande problema é que se é esse o caminho e, aí vem à outra administração, faz tudo diferente, ou então não faz, ou não dá continuidade, (...). Porque esse é o grande erro de Sabará (...) ...isso é coisa do Brasil. Essa coisa de não dar continuidade (...)” 7

Deve-se trabalhar o município como um todo, agrupar seus interesses e suas necessidades, desde o patrimônio edificado à sua infraestrutura. Segundo Beni (2002, p. 08), para se pensar na sustentabilidade do turismo, deve-se pautar em três subsistemas inter-relacionados:

6 (Informação verbal) Sérgio Alexandre Silva, Presidente do Conselho de Arte de Sabará e Produtor executivo do Grupo de Teatro “Cena Aberta” além de ator e roteirista;

7 (Informação Verbal) Zezinho, Professor de História e Chefe do Departamento Cultural da Faculdade de Sabará

“O primeiro descreve as relações ambientais – ou existentes no ambiente de destino, dadas pelos aspectos sociais, econômicos, culturais e ambientais; o segundo descreve a organização estrutural do local, compreendida pelos aspectos da superestrutura – ou governamentais, e da infraestrutura urbana e turística; o terceiro descreve as ações operacionais do turismo, governadas pelo mercado, onde oferta e demanda se dão simultaneamente mas em lugares diferentes, daí demandando a distribuição – ou intermédio de agentes e operadoras.”

Portanto, fica evidente a importância da relação entre gestão – aqui compreendida como governo e governança, com a sustentabilidade dos subsistemas, que são, por sua vez, indissociáveis. Vê-se a partir dessa compreensão que a sustentabilidade do município é uma questão de gestão e deve basear-se em quatro aspectos: o social, o econômico, o cultural e o ambiental. (CAMPOS e SANTOS, 2003) A sustentabilidade econômica de Sabará, ainda segundo “Campos e Santos”, poderia estar “calcada em sua própria viabilidade turística, ou seja, na relação entre receita e despesa que a atividade traz, considerando-se os custos sociais e ambientais”, a economia poderia ainda se pautar “na viabilidade empresarial – ou na rentabilidade das empresas ligadas aos serviços turísticos, para que os empresários não se esqueçam de seu compromisso com a sustentabilidade e alterem o equilíbrio; e na satisfação dos turista”. Ou seja, para que o sistema turístico funcione adequadamente e tenha sucesso no município de Sabará, necessita-se além da infraestrutura, do auxílio de um subsistema superior chamado superestrutura. Além da articulação de bens de serviços, educação, saúde, a moradia de qualidade, transporte, comunicação e energia, há uma grande necessidade de investimentos e iniciativas dos setores tanto públicos, responsáveis pela administração do setor turístico, quanto privados (associações de hoteleiros, donos de restaurantes, agentes de viagens, transportadores, guias turísticos), encarregados de aperfeiçoar e modificar, quando necessário, o funcionamento de cada uma das partes que integram o sistema, bem como harmonizar suas relações para facilitar a produção e a venda dos múltiplos e díspares serviços que compõem o produto turístico. Pois, de acordo com Boullón (2002), “para manter a sustentabilidade econômica do destino é preciso, renovar os setores tradicionais da economia concomitantemente à criação de novos setores, descentralizando e diversificando as instituições de crédito locais.”

Para que o sistema turístico em Sabará se desenvolva, é necessário uma superestrutura, e, sobretudo, eficiente, para render de forma a vincular os atrativos aos empreendimentos e resolver as necessidades internas. Quando se visita o município de Sabará, presume-se logo, a deficiência no empreendimento turístico com instalações inadequadas e má prestação de serviços, a começar pelo Centro de Referência ao Turista.

Pouca opção de hospedagem, restaurantes com instalações precárias, mas que são os únicos disponíveis, ausência de lanchonetes e cafés, comércio atraente, transportes turísticos, estacionamentos, guias desqualificados, bancas de artigos falsificados, banheiro público imundo, falta de lixeiras, entre outros serviços que deixam a desejar. Isso é provado através de um testemunho:

“o sujeito vem aqui, todo dia, três, quatro lojas, não fica dinheiro; (...) aqui não tem uma lanchonete! sabe, como você tem que fazer um lanche? Sabe como? Não tem um restaurante que você possa sentar pra fazer um lanche rápido, o pessoal não abre os olhos pra isso! (...) Outra coisa que aqui não pegou ainda, várias cidades pega, tipo pensão, pousada, dois, três quartos pra alugar, não tem essa, não vale a pena, não tem que ser apartamento, não tem estrutura!”
8

O próximo depoimento é de um Engenheiro Civil, Pós-graduado em Engenharia de Segurança do Trabalho, funcionário da prefeitura de Sabará, atuante como Engenheiro Residente na obra de restauração da Igreja Pampulha (2004/2005), e morador no município, salienta sobre as dificuldades do turista que chega à Sabará:

“(...) Sabará ainda não tem um turismo tão forte; (...) Na realidade a nossa estrutura pra receber o turista não é boa por que precisamos ainda melhorar muito com relação às áreas de recebimento do turista. Na realidade o que acontece? ...Nós temos um posto de turismo na entrada da cidade que foi construído aproximadamente há 6 anos; esse posto, é um pouco distante da parte histórica, então o que acontece é o seguinte: quando o turista chega na cidade tem uma certa dificuldade, por que como é distante o ônibus não vai parar numa edificação de turismo e eles acabam andando 1 ou 2 quilômetros pra chegar no centro turístico!

(...) existe um monopólio aqui na cidade com 3 restaurantes que, realmente o preço que você paga pela alimentação, muitas vezes não justifica o atendimento que você tem (...)

(...) em épocas festivas a cidade fica muito cheia e na realidade, não comporta o número de pessoas que vem de fora. (...) a cidade precisa de um local pra estacionar os veículos pra ficar mais

8 8 (Informação Verbal) Zezinho, Professor de História e Chefe do Departamento Cultural da Faculdade de Sabará

próximo, pro pessoal conseguir movimentar, áreas pro turista fazer um lanche, por que na realidade nós não temos!

Sabará, na realidade perdeu muito a característica, ela foi completamente descaracterizada, as pessoas não respeitaram os traços originais;⁹

ATIVIDADE TURÍSTICA COMO ELEMENTO DE EDUCAÇÃO PATRIMONIAL

A superestrutura do município, em sua face operacional, enfrenta grandes dificuldades para cumprir seus objetivos em cada um dos campos de ação que teoricamente devem ficar sob sua responsabilidade, além dos problemas de falta de orçamento. A partir do conhecimento, é possível associar o sentimento de pertencimento, o envolvimento na construção de uma gestão comprometida com os verdadeiros valores patrimoniais, deste modo, a Educação Patrimonial, compreende um conjunto de etapas sucessivas e interdependentes, que desenvolvem e incorporam graduais conhecimentos, atitudes e valores que associados à infraestrutura, podem desenvolver o setor turístico do município. Segundo Leite (2006, p.15):

“Educação Patrimonial é um processo permanente e sistemático de trabalho educacional, centrado no Patrimônio Cultural, como fonte primária de conhecimento e enriquecimento individual e coletivo.’ Ela objetiva envolver a comunidade na gestão do Patrimônio, pelo qual ela também é responsável, levando-a a apropriar-se e usufruir dos bens e valores que a constituem.” (

Portanto deve-se levar em consideração a educação como projeto contínuo e de grande importância para a infraestrutura, pois, é uma condição para a construção de uma nova racionalidade patrimonial e conseqüentemente, a uma melhora do nível de vida. Leite (2006) destaca que:

“A Educação Patrimonial busca isso: trabalhar o desenvolvimento da História sempre ligado à atualidade, ressaltando pelo conhecimento e reflexão a possibilidade de alteração do presente e a criação de um futuro melhor para todos.”

Desta forma, toda a comunidade, através dos projetos de educação patrimonial, seria alfabetizada culturalmente e estaria inserida num processo de conhecimento,

9 (Informação Verbal) Roberto Sanches, Engenheiro Civil Pós-graduado em Engenharia de Segurança do Trabalho

apropriação e valorização de sua herança cultural, e ainda gerando, produzindo e perpetuando cultura se não fosse a fragmentação no quadro administrativo e a descontinuidade dos projetos instituídos em cada gestão. Conhecer não é apenas vivenciar, ou refletir sobre como melhorar o mundo, é preciso traduzir ideias em ações concretas e através da educação, é possível uma promoção de mudanças, de práticas e mentalidades, incentivando-as e responsabilizando-as pela busca de soluções concretas para os problemas da comunidade local nas áreas de saúde, cidadania e desenvolvimento sustentável. Ainda, de acordo com Leite (2006):

“Qualquer evidência material ou manifestação da cultura resultante da relação entre os indivíduos e seu meio ambiente pode ser observada e trabalhada pela Metodologia da Educação Patrimonial. (...) cada objeto ou evidência de cultura traz em si uma gama de informações que devemos perceber, analisar e interpretar.”

“A metodologia da Educação Patrimonial pode ser aplicada a qualquer manifestação da cultura”, neste sentido, deve-se ter como foco o que se quer descobrir e ao que se deseja alcançar, para que seja aplicada a metodologia de forma correta. Desta forma, deve-se sempre questionar os monumentos,

- “- O que vamos questionar?
- Por que vamos observar?
- Como analisar e interpretar o que vemos?
- O que é possível concluir?”

De acordo com Rodrigues (2001, p. 17), Doutora em História pela UNICAMP, e integrante do corpo técnico do Conselho e Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo,

“A palavra patrimônio pode assumir sentidos diversos. Originalmente esteve relacionada à herança familiar, mais diretamente aos bens materiais. No século XVIII, quando na França o poder público começou a tomar as primeiras medidas de proteção aos monumentos de valor para a história das nações, o uso de “patrimônio” estendeu-se aos monumentos protegidos por lei e pela ação de órgãos especialmente constituídos, nomeando um conjunto de bens culturais de uma nação.”

Neste sentido, a falta de conhecimento sobre o patrimônio, incluem-se aqui objetos, documentos escritos, imagens, traçados urbanos, áreas naturais, paisagens ou

edificações pode excluir uma boa parcela da comunidade de garantir boas oportunidades no quadro socioeconômico do processo turístico, caso esta não tenha conhecimento de sua importância para si e por que preservá-lo. O patrimônio é uma representação do passado histórico e cultural de uma sociedade. Rodrigues (2001 p.17), confabula que:

“e que além de servir ao conhecimento do passado, os remanescentes materiais de cultura são testemunhos de experiências vividas, coletiva ou individualmente, e permitem aos homens lembrar e ampliar o sentimento de pertencer ao mesmo espaço, de partilhar uma mesma cultura e desenvolver a percepção de um conjunto de elementos comuns, que fornecem o sentido de grupo e compõem a identidade coletiva.”

É certo, ainda que “que a preservação resulta da negociação possível, entre os diversos setores sociais, envolvendo cidadãos e o poder público”. (RODRIGUES, 2001, p. 17) Portanto, se não houver parceria, entre a comunidade e os governantes, não haverá sucesso na prática do turismo e pela preservação do patrimônio de Sabará. As dificuldades em se manter a preservação do patrimônio, se encontra na própria história do país, haja vista que, as próprias concepções sobre o que vem a ser cultura e história, segundo Rodrigues (2001 p.17):

“País de herança escravista, no qual o trabalho não era visto como forma de criação de valores culturais, os objetos considerados dignos de proteção, estiveram até recentemente, relacionados à colonização e às classes proprietárias, cujo conceito de sociedade e privilégios excluía, em geral, todos os não proprietários. (...)

Por sua vez a história que, no Brasil começou a ser escrita no século XIX, sob auspícios do próprio Imperador, reforçaria a exclusão e as diferenças sociais existentes, de fato na sociedade. Retratando o “passado da nação”, especialmente pelo ensino escolar, ela comporia a imagem de cada um fazia de si próprio e do lugar que lhe era dado na sociedade. Negros e brancos pobres eram vistos nos livros escolares como trabalhadores, mas não construtores de cultura, distinção que cabia a poucos, brancos e proprietários, com acesso aos bancos de faculdades e à cultura europeia, tida como modelo.”

Desta forma, torna-se bastante compreensível que poucos tenham a noção da importância da prática de preservação de um patrimônio, já que, educação é privilégio de poucos, Educação Patrimonial então, é privilégio de uma parcela ainda menor da

população. Fica assim, claro a distância entre estas realidades, o patrimônio cultural e a maioria da população brasileira, sendo que esta não o reconhece como seu. As falhas estão no ensino escolar ou na falta dele, pois através da educação, aprende-se a valorização da democracia, a exercer os direitos de cidadania, tem-se o sentimento de responsabilidade na construção da sociedade, seu papel na história e de sua contribuição para a cultura. O conhecimento de uma comunidade sobre seu patrimônio, o que ele representa e sua história, suscita na valorização da memória e lembranças particulares. Rodrigues (2001 p.18) descrevem que:

“(…) alcançado pelo sentimento e sustentado pela sensação o passado é reconstruído plenamente. Feito de fantasias, parecendo sempre melhor que o presente, ele aflora idealizado, porque reconstruído por nós, que já não somos o que éramos e, movidos pela nostalgia, queremos que ele nos traga de volta sensações já vividas.”

Em função disto, da confluência da memória particular e coletiva, pode-se recompor a relação entre o passado e o presente, estreita-se os vínculos entre a comunidade e o patrimônio, atraindo o turismo para o município, sem que este mutile as tradições, a cultura e a identidade da população local. O ambiente não se apresenta de forma fragmentada, mas sim, como um espaço complexo tanto quanto o ser humano. A Educação Patrimonial oferece compreensão e interação com o espaço, desenvolvendo uma visão crítica que busca enxergar o mundo e suas relações existentes. Em São Luís do Maranhão e em São João Del Rei surgiu um projeto precursor que alia o turismo cultural à educação patrimonial, conforme relato do IPHAN (2006, p. 26):

“(…) uma reunião ocorrida nos dias 5 e 6 de dezembro de 2005, com membros dos ministérios da Cultura, do Turismo e da Educação, juntamente com representantes destas áreas no plano estadual e municipal, além das universidades federal e estadual do Maranhão.”

Atua na perspectiva de construção do conhecimento contextualizado e baseado na construção do indivíduo multiplicador. Segundo João Tadeu Gonçalves, Gerente de Educação e Educação Patrimonial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN, 2006, p. 26),

“(…) o evento culminou com a constituição de um grupo de trabalho encarregado de elaborar um projeto para a atuação integrada destes parceiros em uma ação a ser desenvolvida junto ao ensino fundamental da rede escolar de São Luís do Maranhão, enfocando o patrimônio cultural, ambiental e seu potencial turístico. ‘Este projeto deverá estar concluído, inclusive com material didático e

capacitação de multiplicadores, ainda em 2006, estando prevista a sua implementação junto aos alunos a partir do 1º semestre de 2007', afirma. Ele ainda menciona que a intenção é que experiência sirva de referência para projetos futuros em outras regiões do país. 'Pretende-se, com esse piloto, encontrar uma formatação a ser posteriormente implantada em outros pontos do país', diz.

Através da aproximação mediada pela prática, do contato com o meio, que se pode transformá-lo. Para Carolina Juliani de Campos, consultora do Ministério do Turismo (Mtur), conforme descrito em manual do IPHAN (2006, p. 26):

"(...) a expectativa também é grande: "Esperamos que o projeto possa subsidiar uma futura política nacional de educação patrimonial". (...) É importante mencionar que, em alguns municípios e estados, algumas iniciativas também já avançaram nesta aproximação entre educação patrimonial e turismo cultural."

Compreender a complexidade deste espaço requer uma forma diferente de enxergar o mundo. Segundo Gabriela Nicolau dos Santos, (apud, IPHAN, 2006):

"a cidade de São João Del Rei é um bom exemplo. A cidade inseriu no seu plano diretor ações que contemplam o turismo e a valorização do patrimônio: 'São ações voltadas para a sensibilização da comunidade local, que deve ser a primeira a saber de sua história, a importância de seus bens patrimoniais, tanto para valorização de sua identidade, quanto para seu possível uso comercial', afirma." 10

Concluindo, os projetos de Educação Patrimonial, só se farão adequados, se for feita uma análise da realidade social da comunidade, suas peculiaridades, tradições e cultura. A educação patrimonial precisa estar atrelada à infraestrutura, pois, cujo consumo constitui base de sustentação para o turismo; não deve ser pensada de forma isolada no planejamento turístico, sim em conjunto. Posto as seguintes observações de Rodrigues (2001, p. 17) sobre a indústria turística e o patrimônio.

"(...) A partir de 1964, cresceu a intervenção do Estado brasileiro na cultura e, três anos depois, em 1967, o Departamento de Assuntos Culturais da Organização dos Estados Americanos (OEA) promoveu um encontro no Equador, do qual resultou um documento,

10 Lei de Educação Patrimonial no Município de São João Del Rei, Anexo 1

assinado pelos países participantes, inclusive o Brasil: A Carta de Quito.

Nela se recomendava que os projetos de valorização do patrimônio fizesse parte dos planos de desenvolvimento nacional e fossem realizados simultaneamente com o equipamento turístico das regiões envolvidas.”

Esta proposta de Educação Patrimonial também vem sendo desenvolvida em de Sabará, através de uma lei sancionada pelo prefeito do município, que institui a educação patrimonial na rede municipal de ensino sabarense.¹¹ Contudo, de nada adianta o melhor projeto de Educação Patrimonial se não houver o envolvimento, a participação e apoio das estruturas administrativas internas e externas da área de educação e de outros setores. É necessário, pois, que se faça um esforço para que se efetive esta prática, a construção de uma estrutura adequada que possibilite a inserção do turismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão da população no município está ligada a fatores diversos como o aumento da taxa de natalidade, a aproximação existente entre Sabará e Belo Horizonte e a migração de pessoas provenientes, sobretudo do meio rural, trouxeram consequências à cidade como a necessidade de atender às demandas de habitação de sua população, o abandono dos estudos por grande parte das crianças e dos jovens pela necessidade de trabalhar ou por morar em lugares muito afastados das escolas, e a inexistência de empregos para suprir toda população que acaba por causar migrações pendulares, tornando a cidade de Sabará uma cidade dormitório. O município precisa de superestrutura, depois oferecer bons serviços, porém serviços mais baratos que possibilitem captar clientela, conquistá-la, mostrar toda sua beleza, seu patrimônio, sua história, para depois efetivá-la.

É preciso que o sabarense tenha o exercício teórico e prático da Educação Patrimonial, que se dedique ao planejamento e desenvolvimento do local de forma a possibilitar um turismo cultural forte e de qualidade, e tendo esta base fundamental de conhecimento de seu espaço, conhecimento e interpretação profundos e da importância de suas manifestações, para transformar seu espaço num atrativo turístico respeitado e reconhecido e de inclusão social. Há de se ressaltar que pouco se faz no que diz respeito à educação neste país, e partindo deste pressuposto, deve-se investir na mesma incluindo projetos que conscientizem e possibilitem preservar um patrimônio cultural para que se possa explorar o potencial turístico do município sem destruí-lo.

¹¹ Lei de Educação Patrimonial no Município de Sabará, Anexo 2

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Orly Zucatto Mantovani de. **Uma nova metodologia da Educação Pré-Escolar**. 6ª edição. São Paulo: Thomson Pioneira Editora Livraria, 1989.

ÁLVARES, Lucia Capanema, CARSALADE, Flávio de Lemos. **Planejamento e Gestão de Políticas Públicas para o Turismo Sustentável: O Caso do Programa Estrada Real**. PUC Minas – Revista de Turismo – Vol. 1 - Nº 1 - Nov. 2005

AZEVEDO, Úrsula Ruchkys de. Et al. **Serra da Piedade, Quadrilátero Ferrífero, MG: da lenda do Sabarabuçu ao patrimônio histórico, geológico, paisagístico e religioso**. SIGEP129: Sítios Geológicos e Paleontológicos do Brasil. 2007

BOULLÓN, Roberto C. **Planejamento do Espaço Turístico**/ tradução Josely Vianna Baptista. – Bauru, SP: EDUSC, 2002.

CAMPOS, Adalgisa Arantes. **Cultura Barroca e manifestações do Rococó nas Gerais**/ Adalgisa Arantes Campos. Ouro Preto: FAOP/BID, 1998.

COOPER, C. et al. **Turismo, Princípios e práticas**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

DENKER, Ada de Freitas Moneti. **Método e Técnicas de Pesquisa em Turismo**. 5ª ed. São Paulo. Editora Futura, 1998.

DUARTE, Vanúsia. **Sabará: o charme do passado**. Revista Minas Gerais, Ano 1, Nº 5, Abril de 1988, Páginas 6-12. Editora Nova Fase.

FOLHA DE SABARÁ,. **Projeto permite população conhecer melhor Sabará**. Folha de Sabará. Sabará. p.4. Edição 676, Junho, 2008.

FUNARI, Pedro Paulo & PINSKY, Jaime (orgs.). **Turismo e patrimônio cultural**. São Paulo: Contexto, 2003.

KRIPPENDORF, J. **Sociologia do Turismo**. 3. ed. São Paulo: Aleph, 2003.

LE GOFF, Jacques. **Documento/Monumento**. In: Memória-História.Vol.1.Enciclopédia Einaudi, Lisboa: Imprensa Nacional, 1997.

LICHORISH, L.: JENKINS, C. L. **Introdução ao Turismo**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

LEITE, Terezinha Lobo. **Educação Patrimonial na Escola**. Belo Horizonte: Mazza edições, 2006

LOUREIRO, Elizabeth Maria Araújo. **Organização Social e Política do Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Cia Ed. Nacional, 1977.

MARX, Murilo. **Cidade Brasileira**. São Paulo: Melhoramentos: EDUSP, 1980

MARX, Murilo. **Cidade no Brasil, Terra de quem?** São Paulo: Nobel: EDUSP, 1991.

MARX, Murilo. **Arraiais Mineiros**: Relendo Sylvio de Vasconcelos. Barroco, 15:389-393. Belo Horizonte, 1990-1992.

MATOS, Gregório de. **Poemas/ Gregório de Matos; biografia, vocabulário, comentários**, bibliografia por Letícia Malard. _ Belo Horizonte: Autêntica Ed., Leitura Literária, 1)

MENESES, José Newton Coelho. **História & Turismo cultural/** Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MONTE-MOR, Roberto Luís de Melo. **A Fisionomia das cidades Mineradoras**. CEDEPLAR/FACE/UFMG. Belo Horizonte, 2001.

PASSOS, Zoroastro Vianna. Publicações do Serviço de Patrimônio histórico e artístico nacional, N° 05. **Em torno da história do Sabará**. Ministério da educação e saúde, Rio de Janeiro, 1940.

ROCHA, José Joaquim da. **Geografia Histórica da Capitania de Minas Gerais. Descrição geográfica, topográfica, histórica e política da Capitania de Minas Gerais. Memória histórica da Capitania de Minas Gerais**. Coleção Mineiriana, Fundação João Pinheiro. Belo Horizonte, 1995.

RODRIGUES, Marly. "**Preservar e consumir: o patrimônio histórico e o turismo**". In: FUNARI, Pedro Paulo & PINSKY, Jaime (orgs.). Turismo e patrimônio cultural. São Paulo: Contexto, 2001.

SABARÁ, MG. (Lei N° 067, de 1979). **Lei N° 067/79: Institui o código de posturas da Prefeitura Municipal de Sabará, 1979**.

THIOLLENT, M. **Metodologia da Pesquisa- ação**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SAVIANI, Demerval. **Saber escolar, currículo e didática**. 3ª edição. Campinas: Autores Associados, 2000

VASCONCELLOS, Sylvio de. Arquitetura Colonial Mineira. In: **PRIMEIRO SEMINÁRIO DE ESTUDOS MINEIROS**. Belo Horizonte: UFMG, 1957, p.59-78. (I Seminário de Estudos Mineiros, Belo Horizonte, 3-12 abril de 1956)

SABARÁ, Prefeitura Municipal de. **Plano de Educação Patrimonial de Sabará - Novos objetos, novos desafios, novas atividades. Projeto de Educação Patrimonial:** Departamento de Programas Sócio- Educativos-culturais. Secretaria Municipal de Educação. Sabará, MG- Abril, 2008.

SABARÁ, Prefeitura Municipal de. **Projeto: Roteiro “Cultura Negra em Sabará”.** Secretaria Municipal de Turismo. Sabará- MG, 2008.

SANTOS, Cristiane e Carlos CAMPOS. **Estratégias para o desenvolvimento sustentável do turismo.** In CORIOLANO, Luzia Neide M. T. Turismo Comunitário e Responsabilidade Socioambiental. Fortaleza: Editora EDUECE, 2003.

ASPECTOS SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

ANA GABRIELA DE AGUIAR LIMA: Pós Graduação em Direito Penal e Criminologia - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pós Graduação em Direito de Família e Sucessões Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS. Pós Graduação em Direito Civil Empresarial Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Graduação em Direito – Bacharelado -Universidade Salgado de Oliveira¹²

“ Uma mulher saudável assemelha-se muito a um lobo; robusta, plena, com grande força vital, que dá a vida, que tem consciência do seu território, engenhosa, leal, que gosta de perambular. Entretanto, a separação da natureza selvagem faz com que a personalidade da mulher se torne mesquinha, parca, fantasmagórica, espectral. Não fomos feitas para ser franzinas, de cabelos frágeis, incapazes de saltar, de perseguir, de parir, de criar uma vida. Quando as vidas das mulheres estão em estase, tédio, já está na hora de a mulher selvática aflorar. Chegou a hora de a função criadora da psique fertilizar a aridez”. Clarissa Pinkola Estés – Mulheres que correm com os lobos

“A todos àqueles que desde criança me cederam um papel para rascunhar durante as “conversas de adulto”; aquele que me ensinou a pintar, bem como a tabuada de “cor e salteada”, além de ensinar sem palavras sobre força, honra, lealdade, honestidade, destemor e amor pela família; aquela que me sugeriu um diário; àqueles que me cederam um livro emprestado para as tarefas escolares do seu pequeno acervo. Dedico também aos inimigos que ensinam bem mais que os amigos me fazendo praticar a motivação reversa. Por fim, a todos àqueles que direta ou indiretamente me apresentaram a esse mundo fascinante dos livros”.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Evolução Histórica dos Direitos das Mulheres no Brasil. 2. Modalidades de Violências Praticadas Contra a Mulher. 3. Violência Obstétrica. 4. Lei Maria da Penha. 5. Violência praticada contra mulher na esfera virtual. 6. Inquérito

12E-mail: anagabriela.advocacia2@gmail.com

Policial e Aspectos Processuais Penais. 7. Aspectos Psicológicos. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Aqui abordaremos sobre as mais diversas formas de violência contra mulher perpetradas ao longo da história, bem como aqueles presentes nos dias atuais, particularmente ocorridas no Brasil, com enfoque na legislação brasileira, discorrendo sobre como a lei e a doutrina se posicionam acerca do presente tema. Além disso, objetiva discutir e demonstrar como a legislação pátria aborda a violência contra mulher, as inovações trazidas pela legislação que alteraram o Código Penal Brasileiro, a respectiva aplicabilidade da lei, bem como suas penalidades. A violência contra a mulher é um tema tão atual e tão discutido nos mais diversos meios de comunicação, entretanto, sua ampla divulgação nas mídias, não faz cessar, nem inibir o agressor de praticar tais crimes vivenciados por milhares de mulheres todos os dias, de acordo com os relógios da violência. Pelo contrário, nem a exposição nas mais diversas mídias de comunicação, nem a lei e os seus efeitos punitivos, nem a moral, nem os bons costumes, fazem frear estes crimes de tamanha hediondez que se repetem todos os dias. Não há uma só corrente de pensamento que possa explicar a origem e a razão da prática destes delitos, se é que faz-se necessário justificar a maldade. Busca-se demonstrar alguns desses crimes que assolam as mulheres diariamente, além de levar à reflexão para além da ciência do Direito a ocorrência de tais delitos.

A história mundial e brasileira relata que a discriminação, preconceito e violência contra a mulher vem de muito tempo, desde os primórdios da humanidade. Alguns fariseus (religiosos dotados de falso moralismo) eram chamados de “os feridos e ensanguentados” porque fechavam os olhos sempre que viam uma mulher na rua, e, por causa disso, trombavam com muros e casas enquanto andavam¹³ Todas as manhãs o fariseu começava o dia dando graças a Deus por não o ter feito “um gentio, uma mulher ou um escravo”¹⁴

Entretanto, quando Jesus veio ao mundo, através de uma mulher, restaurou a identidade de todas as mulheres consideradas para Ele, sua imagem e semelhança. A sua bondade permitiu Maria estar assentada aos pés de Jesus, na condição de aluna, aprendendo de um Mestre (o próprio Jesus), sim, pois naquela época apenas os homens eram considerados cidadãos e poderiam se assentar aos pés (ser aluno) de um mestre, um rabino, a exemplo disto, tem-se o Apóstolo Paulo que foi educado aos pés de

¹³ William Barclay, *Biblical Affirmation of Woman*, p. 163 Apud Sharon Janes, p.32, 2016

¹⁴ Ainda Dina Besançon Spencer, *Beyond th curse*, p. 56 Apud Sharon Janes, p. 32, 2016

Gamaliel. O próprio Jesus veio ao mundo, sendo gerado no ventre de uma mulher que se dispôs ao propósito de gerar o Homem que dividiu a história (antes e depois de Cristo) e se colocou como servo do seu próprio Filho e Salvador. Jesus restabeleceu a dignidade da mulher perdida lá no jardim do Éden quando Adão e Eva pecaram, mas através de uma outra mulher, chamada Maria, desposada de um homem justo chamado José, o próprio Jesus restituiu o valor da mulher e as colocou novamente como protagonistas de suas histórias.

Em razão disso, demonstraremos um recorte da discriminação e violência sofridas pelas mulheres, com enfoque no Direito brasileiro, porém sem deixar de refletir sobre toda violação, discriminação, violência e preconceito perpetrados contra as mulheres desde que o mundo é mundo.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL

As primeiras legislações brasileiras que tratavam sobre o direito das mulheres, iniciando das ordenações Filipinas até o atual Código penal, versavam sobre crimes sexuais, entretanto a proteção não dizia respeito a honra da mulher, mas sobretudo a honra da família.

Segundo Valéria Diez Sacarance Fernandes, no tempo do Brasil Colônia (1500 a 1822) reinava no País um sistema patriarcal. As mulheres eram destinadas ao casamento e aos afazeres domésticos, com total submissão e obediência aos homens. Enquanto os homens dominavam a leitura, a escrita e o poder na tomada de decisões, o papel social da mulher “era, necessariamente, o de esposa e mãe dos filhos legítimos do senhor”. (FERNANDES, 2023)

O que não retira necessariamente a dignidade da mulher ao exercer esses papéis de servir a sua família, de forma que estão arraigados na estrutura e na natureza da mulher, a sua função de auxiliadora idônea, uma vez que, a mulher é responsável pela nutrição de seus filhos, tanto em termos de alimentação, pois uma criança é totalmente dependente da mãe, mas também nutrição em relação aos laços afetivos e organização do lar.

Contudo, nas importantes observações de Valéria Diez Sacarance Fernandes, a mulher se casava ainda muito jovem e o marido, escolhido pelo pai, era geralmente bem mais velho”. O estudo era destinado apenas aos homens, havendo notícia que no século XVII, em São Paulo, apenas duas mulheres sabiam escrever seu nome. No âmbito legislativo, havia as Ordenações do Reino, dentre as quais as Ordenações Filipinas constituíram a legislação vigente até 1832. Neste Código Filipino, a religião, a moral e a divisão da sociedade em castas influíam diretamente na legislação, marcada pela crueldade das penas e desigualdade de tratamento das pessoas. (FERNANDES, 2023)

Ainda nas preciosas lições de Valéria Diez Sacarance Fernandes, trazendo à tona as ordenações Filipinas tem-se que:

“Com fundamento no Livro IV, Título LXI, § 9º e no Título CVII das Ordenações Filipinas, entendia-se que “a mulher necessitava de permanente tutela, porque tinha fraqueza de entendimento”. Esta tutela correspondia ao tratamento jurídico dado à mulher: alguém não plenamente capaz. Os tipos penais relacionados à mulher protegiam sua religiosidade, posição social, castidade e sexualidade, com elevação da pena em razão da classe social dos envolvidos. O estupro estava tipificado no Título XVIII – “Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava dela ou a leva per sua vontade” – apenado com a morte. Mesmo se houvesse o casamento entre as partes, por vontade da vítima, a pena de morte era mantida¹⁰ (Título XVIII, item 1). Ao mesmo tempo em que se protegia a sexualidade da mulher, autorizava-se o homicídio da mulher surpreendida em adultério (Título XXXVIII). Nos termos do Código Filipino, o homem casado poderia licitamente matar. A mulher e o adúltero, salvo se o marido fosse peão e o adúltero de maior qualidade. Se por um lado o tratamento da mulher como um ser inferior importava em absoluta falta de liberdade e submissão ao homem, por outro, havia um cuidado especial do legislador com a preservação de sua origem e de seus bens quando o marido era condenado, ainda que por crime de lesa majestade. Nesta hipótese, a infâmia praticada pelo pai atingia mais gerações do que a praticada pela mãe (Título VI, item 13)¹² e as mulheres inocentes conservavam seus direitos patrimoniais. Assim, as filhas de traidores poderiam herdar bens de mães, outros parentes e receber testamentos (Título VI, item 14) e resguardava-se sua parte do patrimônio quando a mulher era casada com o traidor (Título VI, item 20), como a meação ou dote¹³. Apesar da crueldade e desigualdade de classes, pode-se afirmar que o Direito colonial continha algumas sementes de ideias de proteção da mulher como alguém que vive uma situação peculiar. Assim, a tutela do patrimônio das mulheres nos crimes de lesa majestade e a previsão de que o casamento não isentava o agente da pena pelo cometimento do estupro com força são disposições que correspondem a modelos atuais de proteção à mulher.” (FERNANDES, 2023)

No Brasil império, a Constituição Política do Império do Brasil, previa a igualdade de todos, homens e mulheres perante a lei, e deu início a alguns avanços em relação aos

direitos das mulheres no campo social, estudantil, e do mercado de trabalho, ainda que de forma incipiente.

Nos ensinamentos de Valéria Diez Sacarance Fernandes, já no início do Império, foi reconhecido o direito ao estudo, restrito ao ensino de primeiro grau e com conteúdo diverso daquele ministrado aos meninos. Nas escolas, o estudo destinado às meninas era voltado principalmente para “atividades do lar (trabalhos de agulha), em vez da instrução propriamente dita (escrita, leitura e contas). Na aritmética, por exemplo, as meninas só podiam aprender as quatro operações, pois para nada lhes serviria o conhecimento de geometria”. Somente em 1881, uma mulher frequentou curso superior e, em 1887, formou-se em medicina Rita Lobato Velho Lopes. Ainda para Valéria Diez, a legislação do Brasil era um reflexo da época. Teorias científicas sustentavam a inferioridade da mulher a partir das diferenças fisiológicas dos corpos. García Dauder e Eulalia Pérez Sedeño na obra “Las mentiras científicas sobre las mujeres” apud Valéria Diez, mencionam que, nos séculos XVIII e XIX, surgiram as seguintes teorias: – Teoria da conservação da energia: com base nessa teoria, as mulheres não deveriam estudar (principalmente ensino superior) porque o desgaste mental retirava a energia essencial para as funções menstruais e reprodutivas. Entendia-se que, com o estudo, havia um aumento do tamanho do cérebro e a redução dos ovários, o que prejudicava a maternidade. – Diferenças anatômicas do cérebro: o tamanho inferior do cérebro das mulheres demonstrava sua menor capacidade e “de nada serviriam campanhas em favor da educação superior das mulheres, pois nunca chegariam a alcançar homens nesse aspecto”. – Teoria darwinista: darwinistas sustentavam que a mulher era um homem que não havia evoluído completamente, tanto sob o aspecto físico quanto mental. (FERNANDES, 2023)

Quanto a matéria de Direito Penal, o Código Criminal do Império do Brasil, revogou a lei que autorizava o marido a matar sua esposa que houvesse cometido adultério, atitude monstruosa prevista nas Ordenações Filipinas. Entretanto, a legítima defesa da honra era permitida pela legislação da época, conforme ensina Valéria Diez:

“Sob o âmbito da sexualidade da mulher, repetiu-se a proteção à reputação social da vítima, que já se encontrava no Código Filipino. No capítulo II, sob a denominação “Dos crimes contra a segurança da honra”, havia: o estupro (art. 219 a 225), o rapto (art. 226) e os crimes de calúnia e injúrias (art. 229 a 246), como se todos tivessem o mesmo bem jurídico. Em todas as modalidades de estupro previstas, inclusive aquele cometido com violência, não se impunha a pena aos réus que se casassem com as ofendidas (art. 225). Caso não o fizessem, além da pena de desterro, degredo ou prisão, deveriam “dotar” a ofendida. O aspecto da honra está presente também nos elementares dos tipos do crime de estupro, em

que havia a referência à “mulher virgem” (art. 219), à “mulher honesta” (art. 222 e 224) e à “prostituta” (art. 222), com penalidade reduzida em razão desta circunstância” (FERNANDES, 2023)

No Brasil republicano houve um avanço, ainda que de forma tímida quanto aos direitos das mulheres, no campo social, estudantil e do mercado de trabalho cumulando com suas funções de dona de casa, esposa e mãe.

Na constituição de 1824, apenas os homens possuíam ainda o direito ao voto. A Constituição de 1891, também é omissa e ainda não permitia o direito do exercício do voto para as mulheres. Somente com a constituição de 1934, quarenta e três anos depois, as mulheres puderam exercer seu direito ao voto. As constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 são omissas quanto a manifestação acerca dos direitos das mulheres. E por fim, com a Constituição de 1988, a chamada Constituição Cidadã, ocorreram algumas conquistas assegurando garantias às mulheres tais como: aumento da licença maternidade de três para quatro meses, ou seja cento e vinte dias; proteção a mulher no mercado de trabalho; assistência gratuita aos filhos do nascimento até os seis anos de idade em creches e pré-escolas; e por fim, a previsão no art. 5º, categorizada como direito fundamental, a igualdade de homens e mulheres perante a lei, tanto na vida civil, quanto no trabalho e na seara familiar.

Em resumo, sobre a evolução da situação da mulher na legislação brasileira, tem-se as Ordenações Filipinas (Código Filipino): - Pátrio poder e a incapacidade das mulheres; castigar as mulheres com pau e pedra, de forma moderada, era permitido (Livro V, Título 36, § 1º); Direito de matar nos casos de adultério; o Código Criminal do Império (1830): manutenção do crime de adultério para mulher e autorização para o homem, salvo se constante a relação e pública; o Código Penal da República 1890: legítima defesa da honra; o Código Penal de 1941: manutenção da legítima defesa da honra: Apenas em 1991, a figura da legítima defesa da honra foi definitivamente afastada por decisão do Superior Tribunal de Justiça, sob o argumento de que a “honra” é atributo pessoal e, no caso, a honra ferida é a da mulher, que cometeu a conduta tida por reprovável (traição), e não a do marido ou companheiro que poderia ter recorrido à esfera civil da separação ou divórcio (Recurso Especial 1.517, 11.03.1991). Quarenta e sete anos após, a Constituição Federal de 1988 e em seguida a Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006).

2. MODALIDADES DE VIOLÊNCIAS PRATICADAS CONTRA A MULHER

A Lei 12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal brasileiro, anteriormente chamado dos crimes contra os Costumes, passando a tratar Dos Crimes contra a Dignidade Sexual e Dos Crimes contra a Liberdade Sexual no seu capítulo I. Como o

presente trabalho trata de violência contra a mulher, todos os tipos penais elencados a seguir serão direcionados para a vítima mulher como sujeito passivo:

Estupro

“... Alguns dias depois, o jornal local relatou mais uma surpreendente história de sequestro. Um casal – eram casados – voltava para casa em sua lambreta. Alguns homens pararam os dois na estrada e levaram a mulher. O marido foi para casa sem contar a ninguém. Na manhã seguinte, ela voltou para casa, foi até a cozinha, despejou querosene em si mesma, acendeu um fósforo e se consumiu em chamas. Segundo o artigo, o marido não interveio.” (Abdulali, 2019).

“...Estupro é o único crime diante do qual as pessoas reagem querendo aprisionar as vítimas” (Abdulali, 2019).

Segundo a economista e socióloga Sohaila Abdulali, traz o conceito de estupro como: “Estupro. A palavra é muito rude. Em hindi, *balatkaar*. Em finlandês, *raiskata*. Em indonésio, *memperkos*. Em árabe, *aightisab*. Em esloveno, *posilstvo*. Em zulu, *ukudlwengula*. A palavra inglesa *rape* provavelmente vem do latim *rapere* – arrebatara, levar embora. Nos últimos setecentos anos, significa “tomar à força...” (Abdulali, 2019).

De fato, este crime hediondo, infelizmente é praticado diariamente contra mulheres no Brasil e no mundo deixando marcas e sequelas físicas e psicológicas por toda a vida.

O Código penal brasileiro no seu artigo 213, define estupro como o fato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, tendo como pena de reclusão, de seis a dez anos.

Nas palavras do Professor Rogério Sanches Cunha, tutela-se a dignidade sexual da vítima, constrangida mediante violência ou grave ameaça. O vocábulo estupro, no Brasil, se limitava a incriminar o constrangimento de mulher à conjunção carnal. Outros atos libidinosos estavam tipificados no artigo seguinte, que protegia, também, o homem. Resolveu o legislador, com a edição da Lei 12.015/2009, seguir a sistemática de outros países (México, Argentina e Portugal), reunindo os dois crimes num só tipo penal, gerando, desse modo, uma nova acepção ao vocábulo estupro, hoje significando não apenas conjunção carnal violenta, contra homem ou mulher, (estupro em sentido estrito), mas também o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. (SANCHES, 2020)

Por fim, outra modalidade bastante recorrente que mulheres enfrentam todos os dias quando saem para trabalhar ou estudar e se deparam com os abusadores de transportes públicos que existem aos montes e não é de hoje que as mulheres sabem disso, em geral por já terem passado por algum tipo de experiência similar às que eu descrevi. Uma pesquisa feita pelos institutos Patrícia Galvão e Locomotiva, em fevereiro de 2019, entrevistou 1.081 mulheres com dezoito anos ou mais, em todas as regiões do país, que usaram transporte público ou privado nos três meses anteriores à pesquisa. Os entrevistadores apresentaram a elas uma lista de situações constrangedoras, abusivas, ou criminosas, desde olhares insistentes até recorrentes “encoxadas” e os estupros. O resultado foi que simplesmente 97% das mulheres afirmaram ter passado, pelo menos uma vez, por uma situação dessas, seja em ônibus, trens, metrô, ou em táxis e carros de aplicativos de transporte particular. Quarenta e um por cento delas relataram já ter trocado de lugar no transporte coletivo por medo, depois de serem encaradas sem trégua por algum homem. Há ainda as cantadas indesejadas, os comentários de cunho sexual, os homens que passam a mão pelo corpo da passageira, os que se masturbam, os que fazem gestos obscenos ou mostram as partes íntimas, os que fotografam mulheres sem autorização e até os que beijam à força. Um por cento das entrevistadas contou ter sido vítima de estupro com penetração no transporte por aplicativo. (ARAÚJO, 2020)

Estelionato Sexual ou Stealthing

De acordo com o artigo 215 do Código Penal, ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima tem como pena de reclusão, de dois a seis anos.

Nas lições do Professor Rogério Sanches, chama-se **stealthing** (dissimulação, em português) a conduta de alguém retirar preservativo durante a relação sexual sem o consentimento da parceira. Entre os estudiosos estrangeiros, temos opiniões no sentido de que o fato poderia ser etiquetado como estupro, tanto que existe uma condenação nesse sentido na Suíça. O fundamento para essa decisão foi a condicionalidade do consentimento, ou seja, a vítima que estava praticando a relação sexual só havia consentido com a condição que o preservativo fosse utilizado. A retirada do preservativo durante o ato sexual sem que a outra pessoa percebesse caracterizou um vício de consentimento que tornou criminoso um ato sexual até então indiferente em termos criminais.

No Brasil, as circunstâncias do fato é que devem indicar a tipificação correta: 1) O ato sexual é consentido, um dos parceiros o condiciona ao uso de preservativo, mas o agente, durante o ato, retira a proteção prometida. Percebendo a negativa séria e

insistente da parceira, ele continua na prática do ato de libidinagem, usando violência ou grave ameaça: tipifica-se, no caso, o crime em estudo, hediondo, sofrendo todos os consectários da Lei 8.072/90. 2) O ato sexual é consentido, desde que mediante o uso de preservativo, mas o agente, durante o ato, sorrateiramente retira a proteção e continua até a sua finalização, assim agindo sem que a parceira perceba: nessa situação, não se cogita do crime de estupro, pois ausentes os meios típicos de execução: violência física ou moral. Pode caracterizar-se o art. 215 do CP, sem empenho de qualquer espécie de violência, pratica com a vítima ato de libidinagem (conjunção carnal ou ato diverso de natureza libidinosa), usando de fraude. O crime não é hediondo, razão por que não sofre as consequências anunciadas na Lei 8.072/90. (SANCHES, 2020)

Gaslighting

O termo inglês é utilizado para designar uma forma de abuso psicológico em que informações são manipuladas até que a vítima não consiga mais acreditar na própria percepção da realidade- "você está imaginando coisa", "deixa de exagero", "está maluca", "você parece uma criança", "você é sensível demais", etc.)

O discurso da 'mulher louca' acontece dentro de relacionamentos e se perpetua como forma de violência dentro de processos judiciais, tanto pelas partes processuais quanto pelos órgãos julgadores.

O ponto é que esse rótulo de 'louca' geralmente é posto quando a mulher quebra o padrão comportamental social de submissão e se coloca num lugar de dignidade e igualdade, quando a mulher diz "não", quando impõe limites e manifesta suas vontades individuais.

Essa nuance deve sempre ser levada em consideração nos casos de violência doméstica. Não basta olhar para o crime em si, é preciso enxergar as pessoas por trás do fato e as dinâmicas relacionais influenciadas por nosso contexto social.

O conceito usual — está em vários compêndios — de *gaslighting* é que se trata de uma forma de abuso psicológico em que informações são distorcidas, seletivamente omitidas (ignoradas) ou inventadas fazendo a vítima duvidar de sua própria memória, percepção e sanidade. (STRECK, 2022)

Upskirting

É a prática de fotografar ou filmar as partes íntimas de uma mulher, sem sua autorização, por debaixo da sua ou outra peça de roupa. É uma prática comum em locais públicos com grande concentração de pessoas, como trens, metrô shows, e festivais.

Em que pese não termos, em nosso vernáculo, algo para exprimir a tradução de *upskirting*, trata-se de uma prática (ou fetiche) de fotografar e registrar imagens, em locais públicos ou privados, por debaixo da saia, vestido ou pelas entranhas de peças de roupa de uma pessoa sem o seu consentimento. Geralmente, os adeptos dessa prática abominável e ultrajante ficam monitorando suas vítimas (alvos) até o momento de distração para captar e registrar essas imagens, inclusive com exposição do rosto da vítima e do local da prática do *upskirting*. Após a captação ou o registro dessas fotos, com a nítida violação da imagem e da dignidade da pessoa humana, é comum que sejam disponibilizadas gratuitamente ou comercializadas na internet tais imagens. Sem sombra de dúvida, essa prática de *upskirting* causa angústia, dor, humilhação, exposição indevida da intimidade da vítima, sofrimento emocional, depressão e até mesmo suicídio. Portanto, em nossa concepção, a prática de *upskirting* deve ser abrangida pela violação de intimidade (art. 7.º, inciso II, da Lei Maria da Pena, por força do advento da Lei n.º 13.772/2018, que acrescentou essa novel disposição). Desse modo, pensamos que, após a vigência da Lei n.º 13.772/2018, quem realizar a prática de *upskirting* estará sujeito às penas do art. 216-B do CP. No entanto, antes mesmo do advento da Lei n.º 13.772/2018, a Lei Maria da Pena já previa a **violência sexual** (art. 7.º, inciso III, da aludida lei), violência 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 (art. 7.º, inciso III, da mencionada lei). O problema é que, apesar dos esforços hercúleos da doutrina em procurar conferir um injusto penal dentro da nossa legislação, em regra, não havia um tipo penal específico para a situação, diante da lacuna do ordenamento jurídico. Retomando a discussão, a expressão **“violação de sua intimidade”** trazida pelo art. 7.º, inciso II, da Lei Maria da Pena, por força do advento da Lei n.º 13.772/2018, que acrescentou essa novel disposição, provocará grandes embates por ser ampla demais. Afinal, o que devemos entender por “violação de sua intimidade” da vítima? **Qual o seu alcance? Essa tutela abrangeria apenas e tão somente a violação da intimidade da mulher vítima no âmbito doméstico no “aspecto sexual”, ou também a violação da sua intimidade no “seio familiar”, por exemplo, como exposição de brigas de família, humilhações, vexames etc. sem cunho sexual, mas que de certa forma viesse implicar a violação da intimidade?** Em resposta a essas inquietações, seguindo a linha de interpretação (e exegese) sempre com observação da *mens legis*, pensamos que o legislador ordinário, por meio da alteração legislativa em comento, quis ampliar o âmbito de proteção da mulher, vítima de violência de gênero, mas apenas no campo da intimidade sexual. Tanto é verdade que, na parte da lei incriminadora, trouxe também um

dispositivo legal sob a rubrica **“registro de imagem não autorizada de intimidade sexual”** (o que reforça nosso ponto de vista do viés apenas de a violação de intimidade estar relacionada com a intimidade sexual). Esse referido dispositivo veio para suprir uma lacuna no ordenamento jurídico penal, em que não criminalizava o registro não autorizado da intimidade sexual de dimensão sexual, lacuna apontada há tempos pela doutrina e agora suprida – como será abordado adiante. Assim, a interpretação mais adequada e em conexão com a *mens legis* a ser dada, em nossa singela opinião, é aquela que prestigie a maior amplitude e alcance possível dessa proteção à intimidade sexual propriamente dita, para se evitar a proteção deficiente diante do bem jurídico tutelado – embora não descartemos o surgimento de opiniões em sentido contrário, sob o argumento de que o Direito Penal como instrumento para tutelar a mulher, vítima de violência de gênero, deve ser dada à interpretação mais abrangente possível para outras situações que causem de certa forma violação da sua intimidade [saindo do enfoque propriamente sexual] (por exemplo, exposição de brigas de família, humilhações, vexames etc. sem cunho sexual, mas que de certa forma implique a violação da intimidade), não devendo o intérprete cingir a letra fria da lei. Mais um argumento para essa outra possível corrente é que a violação sexual já estaria prevista no art. 7.º, inciso III (pelas expressões: “qualquer conduta”; “qualquer modo” e ou que “limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”), da Lei Maria da Penha, logo, com essa inovação legislativa não faria sentido o legislador trazer palavras inúteis no texto da lei, assim o novo conceito da **“violação da intimidade”** (art. 7.º, inciso II, da Lei Maria da Penha) teria maior amplitude e não se limitaria à **violação de intimidade de cunho sexual**, uma vez que **já existiria a violência sexual expressamente prevista**, querendo o legislador, com isso, dar uma interpretação mais elástica à Lei Maria da Penha, no tocante à expressão **“violação da intimidade”**. Sob essa perspectiva, o art. 7.º, inciso III (pelas expressões: **“qualquer conduta”; “qualquer modo” e/ou que “limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”**), da Lei Maria da Penha poderia alcançar atos de conotações sexuais de violência ao gênero feminino, mas fato é que agora temos um novo inciso que não deixa mais margem para dúvidas. De qualquer forma, caberá à doutrina e à jurisprudência formar o entendimento sobre o tema. De outro lado, avançando nas análises, caso estejamos diante das condutas de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia pensamos ser plenamente possível, a depender do contexto, que incida o art. 218-C do CP. **Confronto entre o art. 216-B (inclusive a prática do *upskirting*) e o art. 218-C, ambos do CP:** os núcleos do art. 216-B do CP estão relacionados a registro, produção do vídeo, fotografia etc. Por outro lado, os núcleos do art. 218-C do CP estão associados à divulgação do vídeo, fotografia etc. de cena de sexo, nudez ou pornografia, também sem o consentimento da (s) vítima (s). Veja o quadro a seguir para melhor ilustração: **Art. 216-**

B, CP Art. 218-C, CP. Registro não autorizado da intimidade sexual: Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: **Pena** – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa. **Parágrafo único.** Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. **Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia: Art. 218-C.** Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: **Pena** – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. **Aumento de pena: § 1.º** A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. **Exclusão de ilicitude: § 2.º** Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos. Observe que a pena do delito do art. 218-C do CP é muito mais elevada que a pena do art. 216-B do CP, porque o legislador pune mais severamente o ato de divulgar que o ato de registrar. Além do mais, o art. 218-C do CP dispõe de causa de aumento de pena e hipótese de exclusão da ilicitude, enquanto o art. 216-B do CP nada traz. **Questão tormentosa que poderá causar celeuma na doutrina e jurisprudência seria o concurso entre os delitos dos arts. 216-B (inclusive a prática do *upskirting*) e 218-C. Indaga-se: o agente que filma e em seguida divulga o vídeo incorre nos delitos dos arts. 216-B (inclusive a prática do *upskirting*) e 218-C, em concurso material ou incidiria apenas no delito do art. 218-C, ficando o art. 216-B absorvido?** O professor Rogério Sanches, a cuja posição nos filiamos, defende que, “caso o agente faça o registro indevido e posteriormente divulgue a cena, deve responder pelos crimes dos arts. 216-B e 218-C em concurso material” (SANCHES, 2018, p. 8) (contextos fáticos diversos). A despeito disso, não podemos ignorar que surgirá corrente defendendo absorção do **art. 216-B do CP** pelo delito do **art. 218-C do CP** (contextos fáticos diversos). O importante será analisar os contextos fáticos (se diferentes), porque, caso estejamos no mesmo contexto fático, as respostas poderão variar. Ademais, o art. 5.º, inciso X, da Constituição Federal prescreve 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”, todavia, mesmo sendo passíveis de indenização, os casos do

denominado *upskirting* só têm aumentado no Brasil e em outros países. – **Análise da prática do *upskirting* sob o enfoque médico-legal das parafilias.** Outro ponto a ser observado trata da prática do *upskirting* no enfoque médico-legal das parafilias. Diga-se de passagem, que, inclusive, o assunto é pouco tratado pela doutrina nessa vertente. Conforme **Genival Veloso de França** (2011, p. 271), as parafilias ou transtornos sexuais “são distúrbios qualitativos ou quantitativos, fantasias ou comportamentos recorrentes e intensos que surgem de forma inabitual, de origem orgânica ou simplesmente por preferências sexuais”. O professor **Rogério Greco** (2011, p. 194) ainda afirma que esses transtornos (sexuais) “podem vir a ocasionar atos delinqüenciais, com graves repercussões jurídicas”. Como é o caso do *upskirting* que pode variar no **autoerotismo** ou na **pictofilia** (grafolagnia ou iconofilia). Podemos ainda dizer que o art. 216-B pode se encontrar associado a outras parafilias, tais como o *voyeurismo*, parascopismo e a grafelagnia. Dito isto, conceituemos cada uma das parafilias citadas:

1. a) **pictofilia** (grafolagnia ou iconofilia): a excitação é alcançada por meio de fotos ou quadros eróticos;
2. b) **autoerotismo**: apenas uma fotografia, um vídeo, já é suficiente para contemplação;
3. c) **voyeurismo**: o ato de assistir, gravar, registrar pessoas peladas ou praticando relações sexuais, sem o consentimento destas;
4. d) **parascopismo**: variante de voyeurismo, praticado por meio de janelas de dormitórios;
5. e) **grafelagnia**: excitação a partir de fotos de sexo e nudez.

– **Da problemática do alcance do conceito de “nudez” e de sua abrangência sob os aspectos cultural, moral, legal, entre outros, para fins de *upskirting* e o novel delito em estudo.** Advogamos a ideia de que o conceito de nudez vai além da noção simples e singela que vulgarmente é propagada. Tanto é assim que também entendemos que não se pode cingir apenas ao “nu” propriamente dito, sob pena de fazer interpretação rasa da vontade do legislador. Em verdade, a nudez pode se dar tanto de modo integral como parcial (seminudez) e o intérprete deve estar atento a isso. A abrangência da nudez integral e parcial (seminudez) dependerá também do aspecto cultural, moral e regional. Melhor exemplificando, ainda que de forma radical: em análise do aspecto da cultura e regional, não se tem como comparar a cultura e a moral caipira e do interior com uma cultura de uma capital brasileira litorânea, por exemplo. Obviamente, o alcance de nudez integral e parcial terá dimensões diferentes a depender dos aspectos culturais, morais, entre outros. De qualquer forma, o caso concreto será a diretriz da interpretação. Certamente, surgirão correntes interpretativas que rejeitem a

ideia de que, estando a vítima sendo fotografada ou filmada com roupas íntimas (pessoas de calcinhas, saias e vestidos curtos [estando a vítima de calcinha ou desnuda], “lingerie”, cueca, biquíni, a depender do contexto, sutiã etc.), não haverá, é claro, ato sexual ou libidinoso e se questionará a configuração da “nudez” nesse ponto. Nos ensinamentos do festejado doutrinador e delegado **Eduardo Luiz Santos Cabette** (2019, p. 1): Entende-se, contudo, que a nudez a que se refere a lei não precisa ser completa, aliás não há essa exigência de completude na letra da legislação. A nudez pode ser completa ou parcial (seminudez). Ninguém pode duvidar que a filmagem, fotografia etc., de uma mulher em trajes íntimos, sem sua autorização configura o tipo penal em questão, não havendo necessidade de que não esteja vestida com nenhuma peça de roupa. O caso concreto deverá ser analisado. Possivelmente uma pessoa de pijamas ou camisola comprida não servirá, mas um homem de cuecas ou uma mulher somente com calcinha parecem se enquadrar na previsão legal. Ademais, no caso do “upskirting” há que levar em conta que em certos casos a vítima poderá estar desprovida de roupas íntimas e então a nudez será realmente completa nas imagens, fotos ou registros obtidos. Continuando com a exposição do delegado de polícia, **Eduardo Luiz Santos Cabette**, de forma profunda, seguindo nossa linha de entendimento, vai mais além quanto ao significado de nudez, asseverando, como mencionado, que é algo oscilante na cultura e na moral de um povo, uma vez que é a análise do caso concreto que nos dirá isso. Citemos: A palavra nudez ou somente nu, também é correto dizer, diz-se do estado de uma pessoa não estar vestida. Por diversas vezes, faz referência ao estado de **desgaste, da pouca roupa, ou até mesmo das convenções ou regras de uma determinada cultura ou de uma determinada situação que tenha sido estabelecida** [...]. A nudez em algumas culturas ocidentais pode ser considerada erótica e em outro ponto é considerada como sendo um estado normal, ao qual não é atribuído qualquer sentimento ou qualquer emoção. Mesmo que existam muitas definições da palavra nudez, esta, na maioria das vezes, significa que o corpo não é coberto com roupas. [...] **a sua definição tem diferentes conotações que são subjetivas**. A palavra nudez que tem sua origem etimológica no latim “nudus” é a tradução literal de alguém que está sem roupa. **Um estado de nudez completa, é aquele em que não existem pessoas vestidas com cobertura das partes do corpo mais íntimas**, ou seja, estão totalmente sem roupas. **Já a nudez parcial pode se referir a alguém vestido apenas com uma canga cobrindo os órgãos genitais**. Como exemplo da nudez parcial podem-se mencionar algumas tribos de índios, espalhados por algumas regiões do Brasil. No antigo Egito um ato de nudez feminina era considerado a maneira com que as mulheres exibiam seus cabelos naturais (CABETTE, 2019, p. 1; grifos nossos). Valendo-nos ainda das lições de **Eduardo Luiz Santos Cabette** acerca do problemática da nudez ou seminudez, temos ainda que: No que diz respeito aos casos de exposição sensual ou de nudez de crianças e adolescentes, já se tem interpretado, inclusive o STJ, que quando o artigo 241-E do ECA

(Lei 8.069/90) se refere à exposição de órgãos genitais, estes podem estar recobertos ou totalmente em exibição, o que importa é o caráter de exploração da sensualidade. Parece óbvio que a exposição e uma menina trajando apenas calcinhas em circunstâncias insinuantes se adéqua aos tipos penais do Estatuto. *Mutatis mutandis* parece que o mesmo entendimento, por interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, pode ser perfeitamente aplicável ao artigo 216-B, CP, nos casos de *upskirting* e outras situações de registro de seminudez sensual (CABETTE, 2019, p. 1). Por fim, entendemos que, havendo o *zoom, close* ou *closed* de imagem ou filmagens de registros com o nítido propósito e o contexto dessa captação é que serão imprescindíveis ao caso concreto para o alcance da nudez ou seminudez, lembrando que a intenção do legislador na justificativa do novo tipo penal foi contemplar também essas situações – por mais que a redação do texto legal não tenha sido das melhores, como de costume. (JÚNIOR, 2019).

Feminicídio

A Lei 13.104 de 09 de março de 2015, altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos, sendo fechado seu regime inicial para cumprimento da pena.

Ao alterar o Código Penal, o legislador criou um novo tipo penal. Ao delito de homicídio (CP, art.121) foram acrescentadas uma qualificadora e uma majorante. Ou seja, como o nome feminicídio, é considerado homicídio qualificado o crime praticado contra a mulher em razão de ela ser de sexo feminino, cuja pena é de 12 a 30 anos de reclusão. Tal circunstância é reconhecida quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher (CP, art.121,§2ºA) (DIAS, 2021)

De acordo com a Lei 13.104/15, considera-se feminicídio o crime praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Para configurar feminicídio, como se percebe do dispositivo acima transcrito, não basta que a vítima seja mulher. A morte tem que ocorrer por “razões da condição de sexo feminino” que, por sua vez, foram elencadas no § 2º-A do art. 121 do Código Penal como sendo as seguintes: violência doméstica e familiar contra a mulher, menosprezo à condição de mulher e discriminação à condição de mulher. (BAZZO; BIACHINI; CHAKIAN, 2023)

Considera-se também que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolver violência doméstica e familiar, e menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Além disso, a pena do crime é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto, contra

pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos ou com deficiência, ou ainda na presença de descendentes ou de ascendentes da vítima.

Quanto a origem do Femicídio, a antropóloga mexicana Marcela Lagarde y de Los Ríos (apud CHAKIAN, 2018) foi responsável por atribuir ao vocábulo femicídio, difundido pelas americanas Diana Russell, Jill Radford, dentre outras, conceito mais abrangente, tendo denominado como femicídio, o conjunto de violações aos direitos humanos das mulheres, no contexto de inexistência ou debilidade do Estado de Direito, num quadro de violência sem limites. Em outras palavras, um conjunto de delitos de lesa humanidade, que compreende violências, sequestros e desaparecimento de mulheres num espectro de colapso institucional, revelando-se também um delito de Estado, que ocorre em tempos de guerra e em tempos de paz. A partir de sua definição, Lagarde (apud CHAKIAN, 2018) sustenta que o femicídio pode ser praticado pelo atual ou ex-parceiro da vítima, parente, familiar, colega de trabalho, desconhecido, grupos de criminosos, de modo individual ou serial, ocasional ou profissional; e, em comum, denota intensa crueldade e menosprezo para com as mulheres, tratadas como mero objetos e, portanto, descartáveis, destituídas de direitos. Cuida-se de verdadeiro crime de ódio contra as mulheres, para o qual também concorre a negligência e omissão das autoridades encarregadas de prevenir e erradicar esses delitos, razão pela qual o femicídio seria também um crime de Estado. Na análise do que denominou “teoria del femicídio”, a também antropóloga Rita Laura Segato (apud CHAKIAN, 2018) ressalta que esse impulso de ódio com relação à mulher se explica como consequência à violação feminina às duas leis do patriarcado: a norma de controle e posse sobre o corpo feminino e a norma de superioridade, de hierarquia masculina. Dessa forma, a reação de ódio surge quando a mulher exerce autonomia no uso do seu corpo, desrespeitando regras de fidelidade ou de celibato. Ou, ainda, quando a mulher ascende posições de autoridade, de poder econômico ou político, tradicionalmente ocupadas por homens, desafiando o equilíbrio assimétrico. (BAZZO; BIACHINI; CHAKIAN, 2023)

A rigidez com que a Lei Maria da Penha tratou os crimes praticados contra a mulher não foi suficiente para – se não estancar- ao menos diminuir a morte de mulheres. Daí a necessidade de uma nova estratégia para atacar especificamente desta trágica realidade. Por isso, o assassinato de mulheres recebeu uma designação própria: femicídio – um crime de ódio para reconhecer e dar visibilidade à morte violenta de mulheres resultante da discriminação, opressão, desigualdade e violências sistemáticas. Claro que esses crimes sempre ocorrerão. Sob a alegação de resgatar a própria honra, maridos matavam suas mulheres em casos de traição. Os criminosos eram absolvidos por invocarem legítima defesa da honra. Os tempos mudaram e tal justificativa não mais autoriza a absolvição. Tanto que o Supremo Tribunal Federal, em sede de liminar, reconheceu a inconstitucionalidade desta linha de argumentação, ao conferir

interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, incisos II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do CPP, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa. O voto do Ministro Gilmar Mendes vai além, ao obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que utilize esta tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. Mesmo assim, homens continuam matando mulheres por ciúmes, por elas os terem abandonado ou simplesmente porque, depois da separação, terem elas um novo relacionamento. As justificativas são muitas, mas a causa é uma só: os homens ainda se consideram seus donos. O sentimento de posse transforma as mulheres em objeto de sua propriedade. E parece ser um direito o exercício de poder sobre elas, mesmo depois da separação. A preocupação em criar uma legislação específica no Brasil para punir e coibir o feminicídio segue as recomendações de organizações internacionais, como a Comissão sobre a situação da mulher (CSW) e o comitê sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher (CEDAW), ambos da ONU. A tipificação do feminicídio tem sido reivindicada por movimentos de mulheres, ativistas e pesquisadoras como um instrumento essencial para tirar o problema da invisibilidade e apontar a responsabilidade do Estado na permanência destas mortes. Femicídio era uma palavra que não existia nos dicionários e ninguém sabia do que se tratava. Foi criada em 1970, mas só foi incorporada na legislação pátria em 2015. Agora, todo mundo sabe: é o homicídio de uma mulher pela simples razão dela ser do gênero feminino. São diversas formas de abuso físico e verbal – estupro, tortura, perseguição sexual e física, homossexualidade forçada, esterilização forçada, entre outros- que se encontram no topo da trajetória de perseguição à mulher e culminam com a sua morte. As expressões feminicídio e femicídio costumavam ser consideradas sinônimas e retratavam, essencialmente, o assassinato de uma mulher, sem maiores distinções no tocante à motivação da conduta criminosa. Com o advento, da qualificadora, pela indicada Lei nº 13.104/2015, ao vocábulo femicídio tem sido atribuído conteúdo mais genérico, consistente em qualquer homicídio contra a mulher, ao passo que feminicídio seria o homicídio que se baseia em razões da condição do sexo feminino, ou seja, no assassinato movido pelo fato de a vítima ser mulher. Ao alterar o código penal, o legislador criou um novo tipo penal. Ao delito de homicídio (CP, art.121) foram acrescentadas uma qualificadora e uma majorante. Ou seja, com o nome de feminicídio, é considerado homicídio qualificado o crime praticado contra a mulher em razão dela ser do sexo feminino, cuja pena é de 12 a 30 anos de reclusão. Tal circunstância é reconhecida quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher (CP, art. 121, § 2º A). O feminicídio é considerado crime hediondo, não admitindo, portanto, indulto, graça ou anistia. Tampouco, é possível concessão de fiança, sendo fechado o regime inicial do cumprimento de pena. Para progressão do regime, o condenado, se for primário deverá cumprir 2/5 da pena e 3/5, se reincidente. Trata-se de

qualificadora objetiva, uma vez que o conceito de violência doméstica prescinde de qualquer valoração específica. Há outras circunstâncias que levam ao aumento da pena de 1/3 até metade, ainda que não necessariamente a vítima seja mulher: quando o crime ocorrer durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental da vítima, ou em caso de descumprimento de medidas protetivas. Por fim, a competência para julgamento de processos que envolvam o crime de feminicídio são das Varas do Tribunal do Júri, e além disso, o juízo da Vara do Júri pode conceder as medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha. (DIAS, 2021)

Elenca a Lei Maria da Penha um rol de medidas para dar efetividade ao seu propósito: assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência. Tentar deter o agressor, bem como garantir segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole agora não é encargo somente da polícia, mas também do juiz e do Ministério Público. Todos precisam agir de modo imediato e eficiente. As providências não se limitam às medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22 a 24. Medidas outras voltadas à proteção da vítima e encontram-se espalhadas, em toda a Lei e merecem igualmente serem chamadas de protetivas. A autoridade policial deve tomar as providências cabíveis, no momento em que tiver conhecimento de episódio que configure violência doméstica. A Vítima tem direito de receber atendimento prestado por servidores capacitados. Havendo risco à vida ou a integridade física da vítima ou de seus dependentes, o agressor deve ser imediatamente afastado do lar. Esta é providência a ser tomada pela autoridade judicial. No entanto, nos municípios que não são sede de comarca, cabe à polícia civil realizar estas diligências. Quando não houver delegado no momento da denúncia, a autoridade policial pode promover o afastamento. Nessas hipóteses, no prazo de vinte e quatro horas, deve haver a comunicação ao juiz da medida aplicada, a quem cabe, em igual prazo, manter ou revogar a providência policial, dando ciência ao Ministério Público. A adoção de qualquer providência está condicionada à vontade da vítima. Ainda que a mulher proceda ao registro da ocorrência, é dela a iniciativa de pedir proteção por meio de concessão de tutela provisional de urgência. No entanto, a partir do momento em que a vítima requer medidas protetivas, o juiz pode agir de ofício, adotando medidas outras que entender necessárias para tornar efetiva a proteção que a Lei promete à Mulher. Não é apenas quando do recebimento do expediente da autoridade policial, com o pedido de medidas protetivas, que cabe a concessão de tutela de urgência. Novas medidas podem ser concedidas, quando do recebimento do inquérito policial ou durante a tramitação da ação penal. Para garantir efetividade às medidas deferidas, a qualquer momento cabe substituí-las ou até conceder outras medidas. Igual compromisso tem o Ministério Público de requerer a aplicação de medidas protetivas ou a revisão das que já foram concedidas, de modo a assegurar proteção à vítima. Seja o juiz do JVDFM, da Vara

Criminal ou da Vara de Família, ele tem a faculdade de requisitar o auxílio da força policial, ou decretar a prisão preventiva do agressor. De outro lado, mesmo tramitando ação no juízo de família, nada impede que a vítima proceda ao registro da ocorrência perante a autoridade policial para que a concessão de medida protetiva. Trata-se de competência concorrente. Além das medidas protetivas, há outras. Basta lembrar a inclusão da vítima em programas assistenciais, que tem nítido viés protetivo. Dispõe da mesma natureza a possibilidade de assegurar à vítima servidora pública acesso prioritário à remoção. Trabalhando ela na iniciativa privada, lhe é garantida a manutenção do vínculo empregatício, por até seis meses, se for necessário seu afastamento do local do trabalho. Não há como deixar de reconhecer também como de caráter protetivo o direito de a vítima ser intimada pessoalmente dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente do seu ingresso e saída da prisão. De igual natureza é a vedação de ser ela a portadora da intimação ao agressor. O Conselho Nacional de Justiça expediu resolução sobre a forma de comunicação à vítima dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e a saída da prisão. Talvez uma das maiores revoluções provocadas pela Lei Maria da Penha foi admitir que medidas protetivas de urgência, do âmbito do Direito das Famílias, sejam formuladas perante a autoridade policial. A vítima, ao registrar a ocorrência da prática de violência doméstica, pode requerer separação de corpos, alimentos, vedação de o agressor aproximar-se dela e de seus familiares ou ser ele proibido de frequentar determinados lugares. Essas providências podem ser pleiteadas pessoalmente pela parte, na delegacia de polícia. Ou seja, a Lei atribui à autoridade policial função de serventuário de justiça, ao permitir que a vítima demande medida protetiva de natureza cível quando do registro da ocorrência. Este momento da propositura da ação, em que se considera iniciada a litispendência em relação à vítima. A identificação deste momento é necessária, por exemplo, para estabelecer o fim da comunicabilidade patrimonial e fixar o termo inicial da obrigação alimentar. Quanto a natureza jurídica das medidas protetivas, debate-se a doutrina. Não se trata de discussão meramente acadêmica, pois significativos são os reflexos de ordem processual desta identificação. Uns afirmam que, se a medida protetiva for de natureza penal, pressupõe um processo criminal. Outros pregam sua natureza cível, servindo-se para resguardar um processo civil. Enquanto consideradas acessórias, somente teriam eficácia enquanto perdurasse o processo cível ou criminal. O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas. Certamente por isso as medidas deferidas em sede de cognição sumária, não dispõem de caráter temporário, não podendo ser imposto à vítima o dever de ingressar com a ação principal no prazo de trinta dias, limitação temporal existente na lei processual civil. Ainda pode dispor de natureza satisfativa, sem prazo de eficácia, perdurando indefinidamente, enquanto persistir situação de risco. Já se encontra pacificado na jurisprudência que, no âmbito do Direito de Família, que tais medidas não perdem a eficácia, se não intentadas a ação no prazo legal. A própria Lei

Maria da Penha não dá margem a dúvidas: as medidas protetivas não são acessórias de processos principais e nem a eles se vinculam. No dizer de Fausto Rodrigues de Lima, assemelham-se aos writs constitucionais que, como o habeas corpus ou mandado de segurança, não protegem processos, mas direitos fundamentais do indivíduo. **São, portanto, medidas cautelares inominadas que visam garantir direitos fundamentais e coibir a violência no âmbito das relações familiares, conforme preconiza a Constituição da República.** A violência doméstica não configura somente um ilícito penal, mas também um ilícito civil, capaz de gerar efeitos na órbita civil. Como a jurisdição penal tem por objetivo punir o agente depois do ilícito consumado, há a necessidade de buscar a tutela jurisdicional prevista na lei processual civil. Tanto a tutela inibitória para inibir a prática do ilícito, como a tutela reintegratória para remover ou impedir a sua continuação. Desse modo, é importante distinguir: a sanção penal ao agressor; as consequências civis do ilícito cometido, e as medidas que visam impedir que a violência ocorra ou se perpetue. Para impedir a violência, a sua repetição ou continuação, a Lei Maria da Penha confere um procedimento diferenciado, denominado de medidas protetivas de urgência: providências de conteúdo satisfativo, concedida em procedimento simplificado. Trata-se de procedimentos cautelar, embora sem conteúdo cautelar. Como a ação para a obtenção da medida protetiva de urgência é satisfativa, dispensa o ajuizamento da ação principal em trinta dias. As medidas da Lei Maria da Penha são nada mais do que as medidas provisionais previstas a título de tutela antecipada no processo de conhecimento. Ainda que se processem pelo rito do procedimento cautelar, não dispõem de conteúdo cautelar. Sendo satisfativa não exigem o ajuizamento da ação principal. De muito se encontra pacificado que a separação de corpos, ainda que de natureza cautelar, é medida satisfativa, não estando condicionada à propositura de ação de divórcio ou desconstitutiva da união estável. Este é o motivo de a Lei Maria da Penha não ter imposto prazo de vigência das medidas protetivas. Na prática, os juízes deferem medidas protetivas que implicam em restrição à liberdade do agressor, com prazo de vigência e comunicam à vítima que, se a necessidade de a medida persistir, deve pedir sua prorrogação. Para isso não há a necessidade de ser representada por advogado. Basta comparecer pessoalmente a juízo e justificar o pedido. Tomada a termo a solicitação, é levada à apreciação judicial. Os pedidos de medidas protetivas são encaminhados pela autoridade policial ao JVDPM ou à Vara Criminal nas comarcas em que o juízo especializado não se encontra instalado. Apesar de deferido o prazo de quarenta e oito horas para a autoridade policial encaminhar o expediente a juízo, indispensável que a comunicação ocorra em tempo menor. De forma atenta o Conselho Nacional de Justiça determina que as medidas protetivas sejam apreciadas no período do plantão judiciário. Do mesmo modo, impõe aos oficiais de justiça o prazo de quarenta e oito horas para cumprirem os mandados referentes a medidas protetivas de urgência. Ao promover o registro da ocorrência e formar o expediente a ser encaminhado a juízo, em

face do pedido de concessão de medida protetiva, a autoridade policial deve consignar o número do telefone fixo ou celular, WhatsApp, ou e-mail por intermédio dos quais a vítima pretende receber comunicações. Também deverá comunicar a vítima dos canais de medidas adequados e disponíveis para a comunicação do descumprimento das medidas protetivas de urgência. (DIAS, 2021).

3. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

De acordo com a Organização Mundial de Saúde – OMS, é considerada violência obstétrica desde abusos verbais, restringir a presença de acompanhante, procedimentos médicos não consentidos, violação de privacidade, recusa em administrar analgésicos, violência física, entre outros. A declaração diz ainda que mulheres solteiras, adolescentes, de baixo poder aquisitivo, migrantes e de minorias étnicas são as mais propensas a sofrerem abusos, desrespeito e maus-tratos.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, no mundo inteiro, muitas mulheres sofrem abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto nas instituições de saúde. Tal tratamento não apenas viola os direitos das mulheres ao cuidado respeitoso, mas também ameaça o direito à vida, à saúde, à integridade física e à não-discriminação. (OMS, 2014).

Entende-se por violência obstétrica a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde que se expresse por meio de relações desumanizadoras, de abuso de medicalização e de patologização dos processos naturais, resultando em perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. (Tesser CD, Knobel R, Andrezzo HFA, Diniz SD, 2015).

Ainda de acordo com a Organização Mundial de Saúde – OMS, há muitos relatos sobre desrespeito e abusos durante o parto em instituições de saúde, dentre eles incluem a violência física, humilhação profunda e abusos verbais, procedimentos médicos coercivos ou não consentidos (incluindo a esterilização), não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, a recusa em administrar analgésicos, violações da privacidade, a falta de confidencialidade, a recusa de internação nas instituições de saúde, o cuidado negligente durante o parto levando à complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida. (OMS, 2014).

A violência obstétrica é uma das nuances da violência institucional e abarca também a violência de gênero. Ocorre em desfavor de mulheres durante os procedimentos de gravidez, parto e aborto, sendo a sua maioria praticada pelas instituições públicas, e infelizmente nas instituições privadas, apesar da contraprestação paga pela paciente.

Dentre as formas de desrespeito e abusos relacionados à assistência obstétrica estão o abuso físico, a imposição de intervenções não consentidas, oferecimento de informações parciais e distorcidas, cuidados com ausência de confidencialidade, cuidado indigno e abusos verbais, discriminações baseadas em atributos físicos ou sociais, e abandono, negligência ou recusa de assistência.

O conceito de violência obstétrica também inclui práticas prejudiciais ou ineficazes, que não são recomendadas como rotina de assistência ao parto, tais como: monitorização fetal contínua, depilação do períneo e lavagem intestinal, intervenções para acelerar o trabalho de parto, separação da mãe do bebê, procedimentos desnecessários com o bebê, exame físico e manuseio da placenta de modo a promover dor e desconforto, restrição de movimentos, restrição alimentar, não ofertar métodos farmacológicos de alívio da dor e analgesia quando solicitada pela paciente, realização de cesariana sem indicação clínica e, por fim, restrição de apoio contínuo durante o parto e de acompanhante. (OMS, 2018).

Em razão disso, a legislação pátria decidiu em recentemente, em 27/11/2023, na qual entrou em vigor a Lei nº 14.737/23, que inseriu o capítulo VII, na Lei do SUS, o qual dispõe sobre o "SUBSISTEMA DE ACOMPANHAMENTO À MULHER NOS SERVIÇOS DE SAÚDE": O caput do art. 19-J possui a seguinte redação: " Em consultas, exames e procedimentos realizados em unidades de saúde públicas ou privadas, toda mulher tem o direito de fazer-se acompanhar por pessoa maior de idade, durante todo o período de atendimento, independentemente de notificação prévia".

Dentre os tipos de violências obstétricas, estão intervenções para acelerar o parto, quais sejam: indução do trabalho de parto sem indicação, ocitocina de rotina, Episiotomia, Amniotomia, puxos rígidos, toques vaginais dolorosos e sem indicação, uso de fórceps sem indicação, acesso venoso precoce, posição litômica, Manobra de Kristeller.

Episiotomia

A episiotomia consiste num corte na vulva e na vagina feito com uma tesoura ou bisturi comumente chamado de "pique" ou "episio". Tal procedimento aumenta o risco de laceração perineal de terceiro e quarto graus, de infecção e de hemorragia, sem diminuir complicações a longo prazo de dor e incontinência urinária e fecal.

A Organização Mundial de Saúde e o Ministério da Saúde contraindicam o uso rotineiro da episiotomia. A episiotomia indiscriminada e rotineira é uma violação de direitos sexuais e reprodutivos e uma violação da integridade corporal da mulher.

Outra prática de violência bastante comum é a Manobra de Kristeller, que consiste na compressão do fundo uterino durante o segundo período do trabalho de parto objetivando sua abreviação. Não existem provas do benefício da manobra de Kristeller realizada no segundo período do trabalho de parto e, além disso, existem algumas provas de que tal manobra constitui um fator de risco de morbidade materna e fetal. (CONITEC, 2016)

Uma em cada quatro mulheres sofre violência no parto

O conceito internacional de violência obstétrica define qualquer ato ou intervenção direcionado à mulher grávida, parturiente ou puérpera (que deu à luz recentemente), ou ao seu bebê, praticado sem o consentimento explícito e informado da mulher e/ou em desrespeito à sua autonomia, integridade física e mental, aos seus sentimentos, opções e preferências. A pesquisa "Mulheres", divulgada em 2010 pela Fundação Perseu Abramo, mostrou que uma em cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência durante o parto. As mais comuns, segundo o estudo, são gritos, procedimentos dolorosos sem consentimento ou informação, falta de analgesia e até negligência. Mas há outros tipos, diretos ou sutis, como explica a obstetra e ativista pelo parto humanizado Ana Cristina Duarte: "impedir que a mulher seja acompanhada por alguém de sua preferência, tratar uma mulher em trabalho de parto de forma agressiva, não empática, grosseira, zombeteira, ou de qualquer forma que a faça se sentir mal pelo tratamento recebido, tratar a mulher de forma inferior, dando-lhe comandos e nomes infantilizados e diminutivos, submeter a mulher a procedimentos dolorosos desnecessários ou humilhantes, como lavagem intestinal, raspagem de pelos pubianos, posição ginecológica com portas abertas, submeter a mulher a mais de um exame de toque, especialmente por mais de um profissional, dar hormônios para tornar o parto mais rápido, fazer episiotomia sem consentimento". "Algumas mulheres até entendem como violência, mas a palavra é mais associada a violência urbana, física, sexual" diz a psicóloga Janaína Marques de Aguiar, autora da tese "Violência que entrevistou puérperas (com até três meses de parto) e profissionais de maternidades públicas de São Paulo. "Quando a gente fala em violência na saúde, isso fica difícil de ser visualizado. Porque há um senso comum de que as mulheres podem ser maltratadas, principalmente em maternidades públicas" acredita. E dá alguns exemplos: "Duas profissionais relataram, uma médica e uma enfermeira, que um colega na hora de fazer um exame de toque em uma paciente, fazia brincadeiras como 'duvido que você reclame do seu marido' e 'Não está gostoso? " Além do nosso código penal e dos vários tratados internacionais que regulam de forma geral os direitos humanos e direitos das mulheres em especial, a **portaria 569 de 2000** do Ministério da Saúde, que institui o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento do SUS, diz: "toda gestante tem direito a acesso a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto e puerpério" e "toda gestante tem direito à assistência ao parto e ao puerpério e que esta seja realizada de

forma humanizada e segura” e a **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005** garante às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato nos hospitais do SUS. Mas dificilmente essas normas são seguidas, como explica a pesquisadora Simone Diniz, formada em Medicina Preventiva pela Universidade de São Paulo, que participou de a pesquisa “Nascer no Brasil: Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento”, grande e minucioso panorama realizado pela Fiocruz em parceria com o Ministério da Saúde – ainda sem data para lançamento. “O parto é muito medicalizado e muito marcado pela hierarquia social da mulher no Brasil. Para algumas questões de saúde, como para quem tem HIV, precisa de um antirretroviral ou de uma cirurgia, você tem o mesmo procedimento público e privado, existe um padrão do que é considerado como aceitável. Para o parto não. A assistência ao parto para as mulheres de menor renda e escolaridade e para aquelas que o IBGE chama de pardas e negras, é muito diferente das mulheres escolarizadas, que estão no setor privado, pagantes. Normalmente as mulheres de renda mais baixa têm uma assistência que não dá nenhum direito a escolha sobre procedimentos. Os serviços atendem essas mulheres para um parto vaginal com várias intervenções que não correspondem ao padrão ouro da assistência, como ficar sem acompanhante e serem submetidas a procedimentos invasivos que não deveriam ser usados a não ser com extrema cautela, como o descolamento das membranas, que é muito agressivo, doloroso, aumenta o risco de lesão de colo e infecções, a ruptura da bolsa, como aceleração do parto. É uma ideia de produtividade que parte do pressuposto que o parto é um evento desagradável, degradante, humilhante, repulsivo, sujo e que, portanto, aquilo deve ser encurtado. No setor público é pior, mas é preciso levar em conta que no setor privado, 70% das mulheres nem entra em trabalho de parto, vão direto para cesarianas eletivas”. A imposição de uma cesariana desnecessária também tem sido vista pelos pesquisadores e pelas próprias mulheres como uma forma de violência porque além de um procedimento invasivo, oferece mais riscos a curto e longo prazo para a mãe e o bebê. “Hoje nós sabemos que existe muito mais segurança nos partos fisiológicos do que nas cesáreas. Não tenha dúvidas de que elas são um recurso importante que salva vidas quando realmente necessárias. Mas no parto fisiológico o bebê tem menor chance de ir para uma UTI neonatal, de ter problemas respiratórios, metabólicos, infecções, tem o melhor prognóstico de todos” explica Simone Diniz. “O bebê nasce estéril e à medida que ele entra em contato com as bactérias da vagina durante o parto, é colonizado por elas e isso fará com que ele desenvolva um sistema imune muito mais saudável do que se nascer de cesárea e for contaminado por bactérias hospitalares. Esse é conhecimento recente, mas já saíram pesquisas sobre risco diferenciado de asma, diabete, obesidade e uma série de doenças crônicas”. Apesar do índice máximo de cesarianas aconselhado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) ser o de 15%, o Brasil lidera o ranking na América Latina, segundo a Unicef, com mais de 50% de nascimentos através da cirurgia.

O índice sobe consideravelmente quando se olha apenas para os hospitais particulares. Em 2010, 81,83% das crianças que nasceram via convênios médicos, vieram ao mundo por cesarianas. Em 2011, o número aumentou para 83,8%, segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Há ainda hospitais particulares como o Santa Joana, em São Paulo, que no primeiro trimestre de 2009 apresentou taxa de 93,18% cesarianas, segundo o Sistema de Informações de Nascidos Vivos (SINASC). Questionada a respeito, a ANS declarou por meio de assessoria de imprensa que “vem trabalhando, desde 2005, para a diminuição do número de partos cesáreos, mas o problema é bastante complexo e multifatorial, envolvendo a organização do trabalho do médico, dos hospitais e a própria cultura e informação da população brasileira”. Disse ainda que “não existe limite para a realização de partos cesáreos” e que isso depende da indicação médica. (SESC; ABRAMO, 2010).

A percepção das mulheres sobre violência institucional no parto está relacionada à falta de qualidade na assistência, destacando-se a ausência de vínculo e comunicação entre profissionais e pacientes, seus familiares e outros profissionais, problemas nos diagnósticos médicos, falta de acolhimento e resolutividade. [...] o médico deixou a desejar [...] eu não consegui tirar dúvidas com ele [...]. Não levantava a cabeça pra olhar pra gente [...] tinha uma má vontade de me responder, de atender (P21, 27a, R03).As parturientes identificaram os bons e maus profissionais pela relação que estes estabeleceram com suas pacientes:[...] se não fosse a doutora Y, que é muito boa [...] porque tem uns médicos brutos [...]que, quando a mulher sabe que está no plantão, até chora, de tão triste que fica (P36,35a, R04).A não identificação dos profissionais foi uma constante, conforme esta declaração:“[...] o médico nem mesmo falou o nome dele, me tratou super mal” (P10, 23a, R02) assemelha-se ao que já foi apontado em outras pesquisas (Ana Goretti Kalume MARANHÃO et al., 2012;SCHRAIBER, 2008), nas quais a violência obstétrica acontece no contexto da denominada crise de confiança da medicina tecnológica, com o distanciamento na relação entre profissionais e pacientes (Daphne RATTNER, 2009) paralelamente ao descumprimento das normativas nacionais vigentes de atenção segura à gestação, parto e nascimento, o qual compromete negativamente a qualidade do pré-natal e do parto (Izabel Cristina RIOS,2009).A ausência de informação e a informação negada, fragmentada ou confusa são descritas e assumem uma magnitude considerável de violência institucional, segundo já citado por outros pesquisadores (HOTIMSKY et al., 2002; LEAL; GAMA; CUNHA, 2005; D’OLIVEIRA;DINIZ; SCHRAIBER, 2002).A ausência de vínculo entre os serviços que realizam o pré-natal e a maternidade, ou seja, a descontinuidade da assistência, é apontada diversas vezes: “A gestação em si foi bem tranquila. Agora, se tu me perguntar em relação ao atendimento lá no hospital [...]deixou a desejar [...]”(P35, 34a, R04).O descumprimento da lei do acompanhante de livre escolha surgiu em muitos relatos: “Eu senti falta do acompanhante [...] porque minha mãe ou minha irmã seria uma segurança pra mim”(P35, 34a, R04).A restrição de acompanhante de livre escolha, no cenário do parto, apontada nos resultados desta

pesquisa, demonstra que essa importante questão se constitui ainda como um desafio às maternidades do Estado do Tocantins, diante da implementação morosa da legislação e do seu descumprimento em várias maternidades investigadas. A necessidade da intervenção da acompanhante, durante o processo de parto, lutando por uma assistência melhor, também foi destaque nas falas: “[...] ele não olhou ultrassom [...] não olhou nada [...] simplesmente falou que ia tirar o bebê [...] se eu tivesse sozinha [...] ele teria feito [...]” A percepção – pelas entrevistadas – de que a violência institucional acontece mais frequentemente em serviços públicos aproxima-se de outros resultados encontrados (RIOS,2009; MUNIZ; BARBOSA, 2012). Outro aspecto observado é que o serviço público é percebido pelas mulheres como um favor e não como um direito garantido, vinculando o não pagamento com a falta de qualidade :Eu passei 30 horas de dor [...] e por sorte eu estou aqui para contar a história. Se eu tivesse como sair naquele momento para outra maternidade, pagar um parto, eu teria feito (P11, 36a, R02). A inadequação da ambiência e a precariedade das maternidades foram consideradas pontos negativos e presentes na assistência obstétrica: “Era um quarto comum as cinco pessoas, cheio [...]. A cama alta era muito ruim” (P16, 16a, R03) e “[...] faltou a UTI neonatal para ele”. Os sentimentos negativos vivenciados no momento do parto foram comuns às parturientes, o que também já foi observado em outro trabalho (NAGAHAMA; SANTIAGO,2011). A exteriorização desses sentimentos, ao longo das entrevistas, foi observada de modo bastante enfático por meio dos choros, gestos como o de roer as unhas, tremores nas mãos se movimentos bruscos, além das inúmeras interrupções que se teve que fazer, durante as falas, devido às emoções mais intensas. Muitos relatos expressaram reprovação da postura dos profissionais e reconhecimento de vitimização: “[...] não gostei da assistência da médica [...] depois do parto, tive muito sangramento e, em momento algum, depois que saí do centro cirúrgico, a médica que fez o meu parto passou para me ver [...] tive que voltar para o centro cirúrgico novamente, para parar o sangramento [...]. Foi muito desrespeito, muita ignorância. Quase morri! (P01, 31a,R01). Muitas mulheres relataram que, em suas internações para o parto, vivenciaram momentos de chateação, tristeza, medo da morte de seus bebês e delas próprias, sentimentos de incapacidade e fragilidade atribuídos como consequência do atendimento inadequado proporcionado pelos profissionais: “Eu me senti incapaz, frágil [...] um certo medo [...] uma tristeza muito grande [...]” (P35, 34a, R04). A falta de escuta dos profissionais, a desvalorização da fala da mulher, a não utilização de tecnologias apropriadas e, conseqüentemente, a banalização da dor e da violência são percebidas e relatadas com reprovação pelas mulheres: “[...] é um descaso com as mulheres [...] com a evolução, com tanta tecnologia, eu acho que não era mais para a gente estar sofrendo tanto [...]” (P17, 18a, R03). A invisibilidade se manifesta pelo não reconhecimento da mulher como sujeito nessa relação entre os profissionais de saúde, no momento do parto, mas como objeto de intervenção para chegar a um produto, que é o nascimento. Nesse momento, os profissionais reforçam o

poder, lhes sendo destinado todo o direito de ordenar, cabendo à mulher o direito de obedecer: “[...] parece que eles não acreditam que a pessoa está com toda aquela dor [...]”. Categorizar os tipos de violências não é tarefa simples, uma vez que as diversas formas de violências obstétricas se entrelaçam. Tendo em vista essa perspectiva, optou-se em identificá-los como negligência, violência verbal, violência psicológica, violência física e má qualidade do atendimento. A negligência foi o tipo de violência mais relatado: “Tive uma complicação no parto que foi um erro do médico [...] e eu não vou poder mais ter filhos” (P17, 18a, R03). A ausência de cuidados, atrelada aos abusos cometidos por profissionais de saúde, tem tido repercussões sérias na saúde das mulheres e crianças, aparecendo claramente nas falas, com desfechos trágicos. Esses relatos apontaram a relação desse tipo de violência a óbitos no período neonatal precoce: “[...] a médica nunca esteve presente nas minhas consultas, sempre ficou por conta do estagiário, ela só ia e assinava a receita [...] meu filho morreu [...]” (P12, 28a, R02). A violência física também está relacionada ao descumprimento de boas práticas, como a não utilização de métodos de alívio à dor, a utilização de ocitocina de forma indiscriminada, episiotomias de rotinas e kristeller. Nota-se, portanto, que a violências físicas e associa com a negligência, marcada pelos sentimentos de vergonha, constrangimento dor: “[...] o médico falava que eu não sabia fazer a força correta [...]. Gritava que desse jeito não era possível. Ele forçou na barriga e lá embaixo. Colocou mais remédio no soro e nada. Mandou a estagiária empurrar a minha barriga e nada [...]. Aí a neném nasceu, mas sem chorar. Ele me cortou um bocado também [...] para costurar, e passei mal, desmaiei de dor [...] foram grandes os cortes. Sentia muita dor, fiquei uns dez dias sem poder sentar [...] ficou uma cicatriz muito grande, sinto muita dor nas relações com o meu marido (P40, 23a, R06). Como em outros estudos, a violência verbal destaca-se como o segundo tipo de violência mais identificado nas oito regiões de saúde, figurando sob a forma de tratamento grosseiro, ameaças, repressões, gritos, humilhações e desrespeito: “[...] quando eu fui pra sala de cirurgia, o neném já estava apontando a cabeça [...] aí eu fiz cocô [...] eles gritaram que era pra eu ir pro banheiro pra eu me lavar. Em relação à violência física, destaca-se o exame de toque vaginal doloroso, repetitivo, sem obedecer a critérios, realizado na mesma parturiente por diversos profissionais ainda sob a alegação de finalidade didática. Percebe-se que não se observa a preocupação com a individualidade da parturiente. Há desconforto durante os procedimentos, desrespeito à fisiologia e exposição desnecessária da intimidade da mulher. Esses aspectos são semelhantes aos resultados de uma importante pesquisa nacional (LEAL; Silvana GRANADO, 2012). Me senti muito desrespeitada quando tive meu filho, me deixavam pelada, sem necessidade; toda hora, vinha uma pessoa diferente pra me tocar, sabe, assim, sem falar nada [...] Não tinha necessidade de me deixarem exposta daquele jeito, sabe, era o meu corpo, minha dignidade (P03, 24a, R01). A constatação dessas manifestações de violência obstétrica, com destaque, principalmente, para a violência física, demonstra o reconhecimento, por parte das mulheres, de que essas dores são desnecessárias. Para o meio científico, muitas dessas condutas já foram proscritas. Vasta literatura cita que intervenções inadequadas,

feitas em cadeia, podem desenvolver um fenômeno chamado efeito cascata de intervenções. Como é o caso da manobra de Kristeller, da condução para mesa de parto/mudança de ambiente, imposição de posição ginecológica, comandos de puxo, entre outros. Porém, os profissionais de saúde continuam a realizá-los, apesar de não os registrarem em prontuários (Cariny CIELLO et al., 2012). Verifica-se, ainda, nesta pesquisa, que, nos hospitais utilizados para o ensino de obstetrícia, a reprodução de atitudes e posturas dos profissionais atuantes funciona como mecanismos que colaboram para a perpetuação da violência obstétrica. Constatou-se que, nos hospitais que oferecem estágio, foram destaques, nas falas, as intervenções com finalidades didáticas nas quais as mulheres reclamaram dos procedimentos desnecessários, dolorosos, com exposição a mais riscos e complicações. A ausência do profissional responsável pelos estudantes, em campo de estágio, surgiu como questionamento da legalidade desses atos. Situação está que já foi mencionada em outros estudos (VENEZUELA, 2007; NAGAHAMA; SANTIAGO, 2011). A imposição de normas e valores morais depreciativos por parte dos profissionais foi muito apontada pelas entrevistadas: “Se a mulher chorar, eles ficam com cara ruim [...]saem falando no corredor [...]” (P50, 21a, R08). Outro aspecto é a culpabilização da mulher, sendo ressaltada a questão do grito e característica de escandalosa. Foi comum as mulheres relatarem ter recebido orientações de outras parturientes a permanecerem caladas: “[...] quando as mulheres gritam demais, eles deixam lá e vai cuidar das outras que estão mais calmas [...]”(P39, 29a, R06). A falta de comunicação e ética reforça a violência verbal e psicológica, como se observa no relato abaixo:[...] senti mal e fui para o Regional, me consultaram e pediram um ultrassom, quando a médica estava fazendo o ultrassom, calada [...], resolvi falar pra ela assim: ‘Olhei já tive uma perda antes, tá acontecendo alguma coisa com o meu filho?’ Ela respondeu assim: ‘Minha filha, eu não posso te falar nada’. Aí eu perguntei de novo. Ela se irritou e disse: ‘Minha filha, seu filho morreu e pronto!’ (P36, 35a, R04). A violência psicológica é materializada pela falta de acolhimento, rispidez, negligência: A médica falou assim: ‘Não, você veio de novo? [...] Eu só não vou te mandar embora porque está chovendo’. E, muitas vezes, a violência psicológica associa-se à violência verbal: “Me fizeram muitas perguntas maldosas [...] nunca eu esqueço aquelas coisas que eles me falaram lá no hospital” (P04, 43a, R01). O desrespeito à autonomia e aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher surge em diferentes momentos do trabalho de parto. Passa pela imposição da equipe e pela restrição na posição do parto e está presente igualmente na realização de procedimentos sem informação, esclarecimento e autorização da paciente: Eu gostaria de ter sido informada sobre aqueles procedimentos que eles fazem coma gente (P53, 33a, R08). [...] teve um médico que procurou: ‘Para que esse tanto de menino?’ E saiu rindo [...] (P55, 25a, R08). [...] eu já tinha tido três perdas e três cesarianas, será que eu não merecia ter uma laqueadura pelo SUS? (P36, 35a, R04). A descrição de frases estigmatizantes surgiu muitas vezes, intimamente relacionadas à violência verbal, psicológica e à negligência:

“Não chora que na hora que você estava lá você não lembrou da dor” (p37, 35a, R06). A violência obstétrica é difusa e contempla, além das relações interpessoais, outras relações e várias faces da violência institucional (MINAYO, 2009), (AMARAL; GUIMARÃES; JONAS; 2018).

4. A LEI MARIA DA PENHA

Eis uma parte do relato da história de Maria da Penha Maia Fernandes, mulher que, devido as diversas violências praticadas pelo seu marido, culminou em uma das mais importantes leis do país no que diz respeito a proteção das mulheres:

“No período compreendido entre 1973 e 1977, permaneci na cidade de São Paulo, a fim de fazer o meu curso de mestrado na Universidade de São Paulo, a prestigiosa USP, custeada por uma bolsa de estudos. Para complementar a minha renda salarial, responsabilizei-me, como farmacêutica, pelo funcionamento de uma grande farmácia pertencente ao grupo Farmasil. Posteriormente, mediante concurso público, assumi a função de farmacêutica-bioquímica do Banco de Sangue do Hospital do Servidor Público do Estado de São Paulo. A decisão de ir para essa metrópole fazer mestrado deu-se quando eu já estava definitivamente separada, após um casamento que havia durado cinco anos, e me trouxera decepções. Apoiada por meus pais, viajei com um sentimento de segurança, pois colegas meus de faculdade estavam cursando mestrado na mesma universidade. Passei a viver na cidade universitária, dividindo o alojamento com duas economistas, uma do Rio Grande do Norte, terra de meu pai, e outra, pernambucana. No início, não existia a solidão, tudo era novidade. Eu tinha muitos amigos e amigas, e, geralmente, nos finais de semana, almoçávamos juntos em algum restaurante do bairro de Pinheiros ou na residência de um colega, quando conversávamos sobre nossos estudos, música, cultura em geral. Como o círculo de amizades era constituído por estudantes oriundos de diferentes partes do Brasil e do exterior, as turmas se encontravam nesses fins de semana, participando de reuniões tanto de trabalho como de lazer. Mas, principalmente, recordávamos nossa terra de origem, nossas famílias, amigos, e tudo o que nos trazia saudades. E aprofundávamos nossas amizades. A assiduidade dos encontros favoreceu que alguns namoros surgissem desse intercâmbio sociocultural. Foi através desses amigos que, numa comemoração de aniversário na casa de dois colombianos do nosso círculo de amizades, conheci Marco Antônio, também bolsista, recém-chegado da Colômbia. Ele não falava português, e essa fragilidade o tornava mais interessante,

pois todos queríamos ajudá-lo. Ainda mais, eu, vinda de uma família nordestina, região onde prevalece o sentimento de hospitalidade que minha mãe sempre demonstrou em suas condutas. Mas ele não tinha aspecto frágil, ao contrário, frequentava ginásios esportivos, e não causava a menor sensação de haver algum distúrbio em seu temperamento, dava mesmo uma boa impressão a quem o conhecesse. Não senti por Marco o que costumamos chamar de amor à primeira vista. Fomos nos conhecendo paulatinamente, como amigos, e só depois consolidamos o nosso namoro. Quando isso aconteceu, Marco vinha verme todas as noites, depois da faculdade. Nos finais de semana, habilidoso para serviços de manutenção, sempre se dispunha a fazer reparos no apartamento que eu dividia com as colegas: ora consertava uma fechadura, ora um chuveiro elétrico ou um ferro de engomar.... Sua maneira educada e suas habilidades angariavam a simpatia dos que nos rodeavam. Muitos me parabenizavam por namorar uma pessoa tão atenciosa, gentil e prezada. Certa vez, a mãe de uma colega chegou a lamentar que Marco não tivesse escolhido a sua filha como namorada. Esses fatos e observações reforçaram minha convicção de que, caso nosso casamento se consumasse, teríamos grandes chances de sermos felizes. Quando as pessoas se encontram envolvidas sentimentalmente, tornam-se mais generosas. Eu não fugi à regra e atendia prontamente todas as dificuldades financeiras de Marco, exatamente porque durante o período em que vivi na capital paulista minha situação econômica foi sempre melhor do que a dele. Na condição de namorada, me antecipava e cobria suas despesas extras, pois o que ele ganhava como bolsista não lhe permitia gastos com cinema, passeios ou jantares. A sua situação financeira piorou ainda mais quando, segundo ele, por razões burocráticas, sua bolsa de estudos não foi renovada em tempo hábil e, por isso mesmo, suspensa. A partir daí, assumi todos os seus gastos em razão de sua família, numerosa e de poucos recursos, não ter condições de ajudá-lo, conforme ele me afirmara. Eu não conhecia sua família, que vivia em Bogotá, capital da Colômbia. Ao passar dos dias, como as dúvidas em relação aos nossos sentimentos não existiam mais, decidimos nos unir. Apesar de ser colombiano, ele preferiu que nos casássemos no consulado da Bolívia, por procuração, através de um escritório de advocacia. Não poderia ser um casamento brasileiro devido ao meu estado civil de desquitada, pois não havia ainda o divórcio em nosso país, criado, através de Emenda Constitucional, em 28 de junho de 1977. Marco declarava ser solteiro. Não houve pompas no casamento, nem

festas; o fato foi comunicado através de cartas para as nossas famílias, que desejaram muita harmonia e felicidade ao casal. Tampouco houve lua de mel, e fomos residir no apartamento onde eu já morava, no bairro Itaim Bibi, pois era relativamente perto ao meu local de trabalho e da universidade. A notícia de uma gravidez deixou-nos muito felizes. Apesar de toda a luta diária que é comum na vida de jovens bolsistas, distantes de suas famílias, conseguimos organizar uma nova realidade para que nossa criança pudesse encontrar uma vida calma e saudável, dedicando-lhe o mais precioso afeto. Após o nascimento da nossa primeira filha, finalmente Marco conseguiu encaminhar a documentação necessária para sua naturalização, já que, pelas leis brasileiras, para um estrangeiro ser naturalizado é necessário que constitua família no Brasil. Esse era um dos objetivos que Marco perseguia. Ao se naturalizar, dentre outras vantagens ele seria beneficiado pelas oportunidades de trabalho que o nosso país oferecia, bem como se desligaria dos laços de responsabilidade em relação a um filho seu, nascido na Colômbia, detalhe este que eu viria a saber alguns anos depois da nossa união. Meu marido demonstrava afeto por mim e também pela filha. Era uma vida sacrificada, com muitas ocupações, mas minha mãe conseguiu-nos uma babá, a simpática Jovandira, sobrinha de Dona Olímpia, uma querida funcionária do Instituto de Previdência do Estado do Ceará (IPEC), que era de grande ajuda. Após alguns meses, face à necessidade de levar nossa filha até a creche do hospital onde eu trabalhava, comprei, com recursos advindos de uma poupança minha, um Chevette, ano 1975. A principal finalidade era a de facilitar a vida em relação a nossa filha. Depois de deixar-nos no Hospital do Servidor, no bairro Vila Mariana, Marco ia para a Faculdade de Economia e Administração da USP, onde trabalhava em sua tese de mestrado. No fim da tarde, ele ia nos buscar e voltávamos para o apartamento, com nossa filha querida. A compra do carro contribuiu para que ele aceitasse ser professor no turno da noite, creio que numa faculdade de economia. Quando Marco concluiu o curso de mestrado em administração, tentou conseguir emprego, enviando o seu currículo para empresas paulistas e comparecendo a algumas entrevistas, mas foi em vão: além da sua condição de estrangeiro não naturalizado, a concorrência era grande. Depois de muitas conversas, decidimos morar em Fortaleza. O aumento das despesas, a constatação de uma segunda gravidez e as dificuldades que Marco enfrentava para conseguir sua estabilização econômica justificaram a nossa volta para minha cidade natal. Isso ocorreu tão logo defendi tese de mestrado pela Faculdade de Ciências Farmacêuticas. Também eu sentia saudades da minha terra, do cheiro do mar, da família, de uma vida mais pacata e

segura, ansiava por uma casa espaçosa e acolhedora para que as crianças pudessem crescer com qualidade de vida. Do lado financeiro, eu sabia que em Fortaleza o custo de vida era mais ameno. Além disso, eu possuía um terreno no bairro Papicu, onde poderíamos construir uma casa por meio de financiamento bancário. Chegando a Fortaleza, reassumi a minha função de farmacêutica bioquímica do Instituto de Previdência do Estado do Ceará, de onde estivera licenciada, e começamos a procurar um emprego para Marco. Por intermédio da minha amiga Janice, consegui uma carta de recomendação feita por um dirigente de empresa. Apresentada ao Centro de Apoio à Pequena e Média Empresa, CEAG, hoje Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, SEBRAE, a carta possibilitou ao Marco seu primeiro emprego no Brasil, como economista. Nossa situação melhorou, como prevíamos, mesmo porque, a título de cooperação, ficamos por mais de três anos sem despesas com o aluguel da casa em que residíamos, pois, meus pais nos ajudaram nesse sentido. Após assumir o novo emprego, os contatos profissionais de Marco foram se ampliando, e a sua vaidade pessoal, também. Pouco a pouco, ele se integrou ao meu seletivo círculo de amizades, sempre muito solícito, sem revelar interesses pessoais. Foi, ainda, através do CEAG que Marco expandiu-se profissionalmente, atuando depois no Centro de Treinamento e Desenvolvimento da Universidade Federal do Ceará, CETREDE; assim como na Fundação José Augusto e na Universidade do Rio Grande do Norte, ambas localizadas em Natal. A partir do momento em que Marco foi naturalizado e se estabilizou profissional e economicamente, modificou totalmente o seu modo de ser. O companheiro, até então afável, transformou-se numa pessoa agressiva e intolerante, não só em relação a mim, mas também às próprias filhas. Os meus pareceres já não eram solicitados, a troca de informações não mais fazia parte do nosso convívio. Ele não me permitia opinar, como mãe, o que melhor convinha para minhas filhas. Lembro-me que, certa ocasião, Marco plantou no jardim da nossa casa uma espécie de cacto. Minha filha mais velha, ao brincar, caiu sobre essa planta espinhosa e sentiu-se incomodada ante a penetração, no seu corpo, de inúmeros pelos transparentes, irritantes, provocando-lhe urticária. Quando mencionei a Marco a necessidade de ele mesmo retirar do jardim o cacto que plantara, ante o perigo que representava para suas filhas, ele respondeu: "Não! Evite que as crianças se aproximem do local! " "Mas, como" retruquei, "se é este o espaço onde elas costumemente brincam? " No dia em que, novamente, umas das minhas filhas foi vítima da planta,

irritado pelo fato de eu estar insistindo para que a retirasse do jardim, Marco tomou o prato com o qual eu dava refeição a minha segunda filha e o jogou contra a parede, como ele costumava fazer nos momentos em que se sentia contrariado. Ante mais essa tentativa infrutífera de retirar aquela planta perigosa, através do diálogo, não me restou alternativa senão a de destruí-la de um modo que me ocorreu, regando-a com água fervente. Desse modo foi me possível preservar as crianças de novos acidentes e restituir-lhes a segurança dentro do espaço de suas brincadeiras. Eram muitos os caprichos de Marco. Ceder a eles se constituía, para mim, num misto de medo e esperança: medo da sua agressividade, esperança de que a minha aquiescência lhe tocasse o coração e ele reconsiderasse o seu proceder em relação a mim e às filhas. A mistura desses sentimentos confundia-me e, ao mesmo tempo, causava-me revolta, quando eu verificava que os esporádicos comportamentos aceitáveis de Marco só aconteciam para atender às suas conveniências, aos seus interesses. O meu pensamento me conduzia aos tempos universitários: onde estava o homem gentil e atencioso a quem eu entregara o mais puro dos meus sentimentos? Onde estava o companheiro que eu julgara ter encontrado para partilhar um relacionamento harmônico, maduro e duradouro? A mudança brusca no comportamento de Marco me levava a suspeitar que todas aquelas qualidades e sentimentos iniciais haviam sido forjados para atingir objetivos outros. Aos poucos, fui percebendo que a naturalização de Marco e as possibilidades de se projetar social e profissionalmente o tinham conduzido a uma união de conveniência. Essa minha observação era tão procedente que explicava o fato de que, a partir do momento em que os seus objetivos foram alcançados, Marco não se importava mais de mostrar sua face mesquinha e violenta. No íntimo, eu desejava ardentemente que tudo voltasse a ser como antes, quando reinava a paz em nossa convivência. Eu sofria tanto, sentia-me tão perdida, que apelei para psicólogos e para a religiosidade, participando, inclusive, do Movimento Familiar Cristão, entidade que trabalha com a participação de laicos na Igreja, em busca de uma fraternidade entre todos os membros da grande família humana. Mas tudo foi em vão.” (FERNANDES, 2012).

A Lei Maria da Penha trata da violência praticada contra a mulher no contexto do convívio familiar ou das relações afetivas.

Sobre as relações íntimas de afeto, a Professora Maria Berenice Dias, ensina que a lei empresta proteção íntima de afeto (LMP, art. 5º, III), na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Diante desta nova

realidade não há como restringir o alcance da previsão legal. Não importa o período do relacionamento e nem o tempo decorrente desde o seu rompimento. Basta a comprovação de que a ação agressiva decorreu da relação de afeto. (DIAS, 2021)

Ainda sobre as relações íntimas de afeto, o Professor Rogério Sanches Cunha leciona no mesmo sentido ao afirmar que a lei é clara ao assegurar a proteção da vítima em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação, isto é, dispensando os envolvidos viverem sob o mesmo teto. A coabitação, aliás, é dispensável em todas as situações anunciadas pelo art. 5º. da Lei. Nesse sentido, como já alertado anteriormente, o teor da Súmula n. 600 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima”. (SANCHES, 2023)

Para o reconhecimento da violência doméstica, preocupou-se a Lei Maria da Penha em identificar seu âmbito de incidência. Assim, define unidade doméstica (LMP, art. 5º, I) espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. A expressão “unidade doméstica” deve ser entendida como conduta praticada em razão dessa unidade da qual a vítima faz parte. Segundo Alice Bianchini, unidade doméstica abarca também as pessoas mulheres tuteladas, curateladas sobrinhas, enteadas e irmãos unilaterais. (DIAS, 2021)

Para o Professor Rogério Sanches, a agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança (insere-se, na hipótese, a agressão do patrão em face da funcionária doméstica). A violência no âmbito da família engloba aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta e por afinidade), ou por vontade expressa (adoção). A propósito, o Enunciado 2, do Fonavid (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), prevê *in verbis*: “Inexistindo coabitação ou vínculo de afeto entre agressor (a) e ofendida, deve ser observado o limite de parentesco estabelecido pelos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil, quando a invocação da proteção conferida pela Lei nº 11.340/2006, decorrer exclusivamente das relações de parentesco”. De acordo com a Súmula 600 do STJ, “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da lei 11.340/2006, lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima” (SANCHES, 2023)

Neste sentido, segue entendimento jurisprudencial:

“1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, a agressão perpetrada pelo irmão contra a irmã incide na hipótese de violência

praticada no âmbito familiar, tipificado no art. 5º, II, da Lei nº 11.340/06. Precedentes. 2. “Ademais a análise da demanda, na intenção de averiguar se a violência se deu em razão de gênero e em contexto de vulnerabilidade, demandaria o reexame fático-probatório, providência obstada pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal” (AgRg no REsp 1574112/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 7/11/2016). (...)5. Agravo regimental a que se nega provimento. ((STJ - AgRg no AREsp: 1437852 MG 2019/0029089-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 18/02/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2020).

De acordo com a Professora Maria Berenice Dias, figuram como atores da violência nas relações de parentesco, é possível reconhecer assim a agressão do cunhado em desfavor da cunhada, entre irmãs ou entre ascendentes e descendentes tem admitido a imposição de medidas protetivas. No que tange ao sujeito passivo – ou seja, a vítima da violência – há a exigência de uma qualidade especial: Ser Mulher. Mas não basta esta condição. O STJ tem exigido que reste comprovado que a motivação do agressor seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher. A incidência da Lei Maria da Penha não se cinge a agressões masculinas contra esposas ou companheiras. Estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica e podem integrar o polo passivo da ação delituosa esposas, companheiras ou amantes, bem como a mãe, as filhas, as netas do agressor, e, também a sogra, a avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com o agressor. A agressão do pai contra a própria filha está ao abrigo da Lei Maria da Penha. (DIAS, 2021)

O ciclo de violência contra a mulher baseia-se em três momentos distintos: Aumento de tensão: quando há o aumento de tensão, ou seja, tensões acumuladas no dia a dia, as injúrias e as ameaças feitas pelo agressor, criando uma sensação de perigo; Momento de explosão, quando o agressor maltrata a vítima física e psicologicamente, e pôr fim a fase da lua de mel, momento em que o agressor enche a vítima de carinho e atenções, pede desculpas pelas agressões, prometendo mudar e muitas mulheres acabam aceitando e acreditando.

Entre as formas de violência descritas na Lei Maria da Penha, estão a violência física, patrimonial, sexual, psicológica e moral.

O artigo 7º da referida lei preceitua violência física, aquela entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal.

Quando inexistem elementos probatórios para a concessão de medida protetiva, basta a palavra da vítima. Dispõe de presunção de veracidade. Ocorre a inversão do ônus probatório. Cabe ao réu comprovar que não agrediu a vítima. Apesar de se tratar de

prova negativa, difícil de ser produzida, empresta-se mais credibilidade à palavra de quem procedeu ao registro da ocorrência. Não é necessária a presença de hematomas, arranhões, queimaduras ou fraturas. Mas quando a violência física deixa sinais ou sintomas, sua identificação é facilitada. Para concessão de medida protetiva, não é necessária a existência de corpo de delito. Na esfera penal, este é elemento indispensável para a comprovação da materialidade do crime de lesões corporais. (DIAS, 2021)

A violência psicológica está preceituada no art.7º, II da referida lei e é entendida como qualquer conduta que lhe cause danos 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, expor ao ridículo, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Já o inciso III, do mesmo artigo, trata da 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.

Por sua vez, a violência Patrimonial contida no art. 7º, IV é 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. E por fim, a violência moral que se trata de uma agressão a autoestima da mulher, concomitante a violência psicológica ensejadora de dano moral, consiste em qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Ao concluir, necessário se faz esclarecer que a Lei Maria da Penha não é uma simples lei, é um precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial. Verdadeiro microsistema que visa coibir a violência doméstica trazendo importantes mudanças. Apesar de não ser uma lei penal, nítido o seu colorido penalizador, ao tratar com mais rigor as infrações cometidas contra a mulher, no âmbito familiar, doméstico e em relações íntimas de afeto. Enquanto no processo penal comum vige o princípio *in dubio pro reo*, no caso de violência doméstica, vigora o *in dubio pro mulher*. Pela primeira vez é emprestada credibilidade à palavra da mulher. (DIAS, 2021)

Nesse sentido, segue algumas jurisprudências atuais sobre o tema proferidas pelos Tribunais Superiores brasileiros:

Para aplicar-se a Lei Maria da Penha, não se exige demonstração de hipossuficiência ou de vulnerabilidade da mulher agredida.

A orientação mais condizente com o espírito da Lei nº 11.340/2006 é no sentido de que a vulnerabilidade e a hipossuficiência da mulher são presumidas, sendo desnecessária a demonstração da motivação de gênero para que incida o sistema protetivo da Lei Maria da Penha e a competência da vara especializada.

É desnecessário, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha, pois a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir. (STJ, 5ª turma, AgRg no Resp. 2.080.317- GO, Rel. Min. Joel Ilan Parcionick, julgado em 04/03/2024 (info 803).

O dano moral sofrido pela vítima é inerente aos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, não exigindo instrução probatória específica, mas apenas oportunidade de manifestação do réu durante o curso da ação penal (STF, 2ª Turma, ARE 1369282 AgR/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19/09/2023 (info 1109)

O Ministério Público possui legitimidade para requerer, em ação civil pública, medida protetiva de urgência em favor de mulher vítima de violência doméstica. (STJ, 6ª Turma, REsp 1.828.546 –SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), julgado em 12/09/2023 (info 788).

A decisão que homologa o arquivamento do inquérito que apura violência doméstica deve observar a devida diligência na investigação e o protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do CNJ. (STJ, 6ª Turma, RMS 70.338 –SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 22/08/2023 (info 785)

A aproximação do réu com o consentimento da vítima torna atípica a conduta de descumprir medida protetiva de urgência (art. 24-A da Lei nº 11.340/2006.) STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 2.330.912 – DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 22/08/2023 (info 785)

É constitucional lei municipal de iniciativa parlamentar que veda/ impede a nomeação a cargos públicos de condenados por violência doméstica e familiar contra a mulher, como forma de promover a proteção da moralidade administrativa prevista no art. 37 da CF/88. STF. RE 1.308.883/DF -2021.

O Superior Tribunal de Justiça, diante de uma situação de violência doméstica e familiar em desfavor da mulher, praticada por irmão em desfavor da irmã, rechaçou a competência do Juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como a incidência da Lei Maria da Penha, sob o fundamento de que não teria sido constatada relação de dominação ou poder do acusado sobre a vítima, o que afastaria, por conseguinte, a motivação de gênero na ação delituosa.

Contudo, a orientação mais condizente com o espírito protetivo da Lei nº 11.340/2006, que restou evidenciada pela inovação legislativa promovida pela Lei nº 14.550/2023 e corroborada pelos precedentes mais recentes desta Corte, é no sentido de que a vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher são presumidas, em todas as relações previstas no seu art. 5º, ou seja, no âmbito das relações domésticas, familiares ou íntimas de afeto.

Nesse sentido, o novel artigo 40-A da Lei Maria da Penha passou a prever que o diploma protetivo será aplicado “a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência domésticas e da condição do ofensor ou da ofendida”.

Na mesma toada, o STJ entende ser presumida, pela Lei nº 11.340/2006, a hipossuficiência e a vulnerabilidade da mulher em contexto de violência doméstica e familiar. É desnecessária, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha, pois a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado em gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir” (AgRg na MPUMP 6/DF, relatora Ministra Nancy Andrichi, Corte Especial, DJe de 20/05/2022).

Assim, no caso prático em que o irmão, “ segundo as declarações da ofendida, atacou- a pelas costas com socos, enquanto ela lavava louça e, depois, apossou- se de uma faca com a intenção de feri-la”, denota- se existir situação de violência doméstica e familiar contra a mulher a ser apurada no caso, apta a justificar a incidência do diploma protetivo pertinente e a competência da vara especializada, nos termos do art. 5º, I e II, da Lei nº 11.340/2006.

5. VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA MULHER NA ESFERA VIRTUAL

Visando abordar sobre as formas de violências praticadas contra a mulher na esfera virtual, ou seja, por meio da internet, da rede mundial de computadores. Logo, discorreremos brevemente sobre temas atuais, tendo em vista que o ser humano utiliza o meio virtual tanto como convive no espaço físico. O mundo digital faz parte do cotidiano de todas as pessoas, estando cada vez mais arraigado nos afazeres diários, pois para quase tudo utiliza-se o ambiente virtual, a saber: trabalho, estudos, pesquisas, compras, relacionamentos que se iniciam através de redes sociais, aplicativos nas telas dos celulares para as mais variadas atividades que preenchem e facilitam o dia a dia, seja para pedir um *fast food*, uma compra de mercadoria, um envio de mensagem de cunho pessoal ou profissional, etc. Entretanto, esse constante acesso ao mundo digital para realização das mais diversas tarefas, atraem criminosos para atuarem em todas essas operações que o mundo digital oferece, sendo um ambiente propício para prática de crimes se não houverem as devidas cautelas. Em se tratando da violência praticada contra mulher na esfera virtual, os principais bens jurídicos atingidos são a privacidade, intimidade, a honra, imagem, sua tranquilidade e saúde psicológica, havendo consumado os delitos tratados nestes apontamentos. Além disso, sua principal finalidade é a de esclarecer, alertar e conscientizar a comunidade feminina a se prevenir desses delitos que atingem mulheres diariamente. Tais crimes podem ter como vítimas homens ou mulheres, mas por serem as mulheres mais vulneráveis a estas situações e muito mais subjugadas do que auxiliadas pela sociedade de forma geral, este livro dirige-se à estas últimas.

CRIMES VIRTUAIS DE FORMA GERAL

A vida moderna que atualmente acontece no mundo digital, já foi introduzido no cotidiano das pessoas na sociedade, ocorre de forma automática no dia a dia. Pois faz-se negócios, compras e vendas, transações bancárias, aproxima e conecta pessoas distantes por meio das redes sociais, além de trabalhos profissionais na modalidade home office que já é uma tendência adotada e que pretende se intensificar tanto no serviço público quanto nos contratos de trabalhos regidos pela CLT, bem como no ensino, nos estudos que são cada vez mais frequentes optados pela modalidade online de cursos, palestras, pós graduações, e até mesmo algumas graduações autorizadas pelo MEC, enfim, o mundo digital abarca todas as principais áreas de atuação e evolução do homem e passou a ser um meio rápido, eficaz e econômico em relação a tempo, fácil acesso e mobilidade.

Entretanto, apesar de haver tantos benefícios trazidos por toda essa modernidade que o mundo virtual possibilita, também ocorrem delitos, o mundo digital hoje, também é um local de prática de crimes que acompanham e se atualizam a medida em que se intensificam a forma de viver do cidadão no mundo virtual. São exemplos: golpes de boletos bancários falsos, fraudes em transferências bancárias, clonagem de

cartão de crédito, compras em sites não confiáveis que frustram o consumidor quanto ao recebimento do produto, fraude eletrônica, interceptação telemática sem autorização, crimes de ódio e preconceito, pirataria, peculato eletrônico, enfim há uma variedade de delitos que ocorrem no meio digital e as mulheres, infelizmente, não ficaram de fora destes rol de crimes na qualidade de vítimas, mais especificamente quanto aos crimes de registro não autorizado da intimidade sexual, divulgação de cena de estupro, sexo ou pornografia, *cyberstalking*, tendo a sua liberdade, privacidade e intimidade tolhida por estes criminosos. Apesar da nossa Constituição Federal de 1988, a constituição cidadã, carta magna, viga mestra, Lei maior, trazer em seu art. 5º, inciso x, como direito fundamental, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação na esfera cível, bem como, o Código Penal classificar como crimes e prevê punições para algumas condutas delituosas que serão abordadas no presente artigo, estas práticas estão cada vez mais comum e corriqueiras.

LEI CAROLINA DIEKMANN

A Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012, dispõe sobre a tipificação dos delitos informáticos, alterando o Código penal brasileiro, acrescentando os artigos 154-A e 154 B. Essa lei ficou conhecida como a Lei Carolina Diekmann, pois a atriz global teve seu computador invadido com a finalidade de exposição de fotos íntimas na internet.

Segundo Rogério Greco, A conduta do agente, ou seja, o ato de invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, deve ter sido levada a efeito com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo. Assim, não é a simples invasão, pela invasão, que importa na prática da infração penal tipificada no caput do art. 154-A do diploma repressivo, mas sim aquela que possui uma finalidade especial, ou seja, aquilo que denominamos especial fim de agir, que consiste na obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações sem a autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo. Obter tem o significado de adquirir, alcançar o que desejava, conseguir; adulterar diz respeito a alterar, estragar, modificar o conteúdo, corromper; destruir quer dizer aniquilar, fazer desaparecer, arruinar. Tanto a obtenção quanto a adulteração e a destruição de dados ou informações devem ser levadas a efeito sem a autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo. (GRECO, 2022)

Nas palavras do professor Rogério Sanches, o objeto jurídico do crime, como se percebe, é a privacidade individual e/ou profissional, resguardada (armazenada) em dispositivo informático, desdobramento lógico do direito fundamental assegurado no art. 5º, X, CF/88: " São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

peças, assegurando o direito de indenização pelo material ou moral decorrente de sua violação". (SANCHES, 2020)

Por dispositivo informático entende-se qualquer aparelho (instrumento eletrônico) com capacidade de armazenar e processar automaticamente informações/programas (*notebook, netbook, tablet, ipad, iphone, smartphone, pendrive*, etc). Importante observar ser indiferente o fato de o dispositivo estar ou não conectado à rede interna ou externa de computadores (intranet ou internet). (SANCHES,2020)

Eis o artigo incluído no Código Penal pela Lei Carolina Diekmann:

Art. 154-A. Invasão de dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (Redação dada pela Lei n. 14.155, de 2021) Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei n. 14.155, de 2021) § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resultar prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - Reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (A alteração ocorreu na pena de reclusão)

Neste sentido, há um julgado do TJDF sobre o tema que vale mencionar:

APELAÇÃO CRIMINAL. INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO. FORMA QUALIFICADA. TIPICIDADE CONFIGURADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ANÁLISE ESCORREITA. QUANTUM. READEQUAÇÃO. PENA PECUNIÁRIA. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. I – A expressão "dispositivo informático" não se refere apenas aos equipamentos físicos (hardware), mas também os sistemas, dispositivos que funcionam por

computação em nuvem, Facebook, Instagram, e-mail e outros. II- O crime previsto no art. 154-A do CP possui dois núcleos de conduta típica não cumulativos: (i) invadir dispositivo informático alheio, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização do titular e (iii) instalar vulnerabilidades, visando obter vantagem ilícita. Pela literalidade do dispositivo, a ausência de violação de segurança impede a configuração típica apenas da conduta de invadir. III- Prática a conduta tipificada no art. 154-A, §3º, do CP aquele que, sem o conhecimento de sua então namorada, instala programa espião no notebook dela, com o fim de monitorar as conversas e atividades e, diante dessa vulnerabilidade, consegue violar os dispositivos de segurança e, com isso, ter acesso ao conteúdo das comunicações eletrônicas privadas e outras informações pessoais, inclusive diversas senhas. IV – A constatação de que a conduta do réu causou transtornos de ordem psicológica que excederam a normalidade do tipo justifica a avaliação desfavorável das consequências do crime. V- Ausente determinação legal acerca do quantum de aumento da pena-base, a par da análise desfavorável de circunstância judicial, a jurisprudência entende adequada a fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo abstratamente cominados no tipo legal. VI – A pena de multa é sanção que integra o preceito secundário do tipo penal sob exame e de aplicação cogente. Deve, ainda, ser estabelecido observando os mesmos parâmetros utilizados para fixação da pena corporal. VII – Em se tratando de crime cometido no contexto das relações domésticas, mas sem o emprego de violência ou grave ameaça, admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que presentes os requisitos do art. 44 do CP, VIII – Recurso conhecido e parcialmente provido.

Este artigo 154-A, em suma, fala da conduta de invadir dispositivo informático alheio sem autorização judicial para obter, adulterar ou destruir dados ou informações, além disso, através do conteúdo obtido expor a intimidade da vítima na rede mundial de computadores com a finalidade de atingir sua honra e imagem, além dos casos em que há ameaça à vítima, quanto a divulgação das informações obtidas (fotos, arquivos, vídeos íntimos) para exigir e obter vantagem econômica de forma a controlar a vítima.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

O Código Penal Brasileiro foi alterado pela Lei 13.772/2018, acrescentando o capítulo: Da exposição da intimidade sexual que fala sobre o registro não autorizado da intimidade sexual no artigo 216-B:

Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: (Incluído pela Lei nº 13.772, de 2018)

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. (Incluído pela Lei nº 13.772, de 2018).

Já o artigo 218-C do Código Penal, trata da divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, que foi incluído pela Lei nº 13.718 de 2018, trazendo a punição para quem promove a divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento das pessoas envolvidas, ou o que mais ocorre na prática de homens que expõe publicamente mulheres com quem se relacionaram casualmente ou afetivamente:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Aumento de pena (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

A exposição de imagens íntimas sem consentimento da vítima – pornografia de vingança - lidera ranking de violação de direitos na internet, trata-se de uma prática

criminosa grave, líder em audiência no Brasil, tendo por principal finalidade a humilhação da mulher e atingir a sua dignidade.

Neste sentido, vale colacionar um julgado do TJRS que elucida bem as peculiaridades do delito:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICIZAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS DA DEMANDANTE NA INTERNET PELO EX- NAMORADO. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA OU REVENGE PORN. VALOR DA INDENIZAÇÃO MAJORADO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA AO RÉU. MANUTENÇÃO. 1. Publicização, por parte do réu, de vídeo contendo fotografias íntimas da autora em site pornô, sendo a postagem intitulada com o nome e a cidade em que a vítima reside, a fim de explicitar sua identidade. Ameaças pessoais e virtuais, por parte do demandado, tendo a autora registrado boletim de ocorrência em três situações e requerido medidas protetivas para preservar sua segurança. Valor da indenização, a título de danos morais, majorado para R\$ 30.000,00, porquanto se trata de fato gravíssimo – pornografia de vingança ou *revenge porn* – que atinge homens e mulheres, estas em sua imensa maioria. Tema extremamente sensível à discriminação de gênero e à subjugação que a mulher historicamente sofre da sociedade em geral, por conta dos padrões de comportamento que está lhe impõe. 2. AJG concedida, pelo Juízo a quo, ao réu, que deve ser mantida. Para que seja concedido o benefício da gratuidade judiciária impõe-se a demonstração da insuficiência financeira para arcar com os ônus processuais. No caso... concreto, os documentos acostados demonstram situação financeira compatível com a concessão do benefício da AJG. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível nº 70078417276, décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, julgado em 27/09/2018)

Na exposição pornográfica não consentida, o fato de o rosto da vítima não estar evidenciado de maneira flagrante é irrelevante para configuração dos danos morais. Desse modo, uma vez que a mulher vítima da pornografia de vingança sabe que sua intimidade foi indevidamente desrespeitada e sua exposição não autorizada lhe é humilhante e viola flagrantemente seus direitos de personalidade, caberá indenização por ofensa ao patrimônio moral. (STJ – Resp. 1.735.712 –SP /2020 (info 672).

Têm sido muito comuns, já há alguns anos, situações em que pessoas são surpreendidas pela divulgação de imagens de sua intimidade na rede mundial de computadores. Seja em decorrência de colaboração involuntária da própria pessoa, que se deixa fotografar ou filmar, ou ainda envia imagens íntimas a alguém próximo, em caráter confidencial, e acaba surpreendida pela deslealdade, seja por violação da intimidade sem o conhecimento do interessado, são muitos os casos envolvendo anônimos e famosos que, repentinamente, veem-se envolvidos na constrangedora situação de ter sua intimidade exposta virtualmente a bilhões de pessoas. Há ainda os casos de estupros registrados pelos próprios autores e depois divulgados, o que certamente acentua a já gravíssima ofensa à dignidade sexual da vítima. (SANCHES, 2020)

Ainda nas palavras do Professor Rogério Sanches, as condutas típicas podem ser praticadas pelas mais diversas formas. O tipo faz referência à expressão qualquer meio e ainda esclarece que se incluem aqueles de comunicação de massa ou sistemas de informática ou telemática, isto é, qualquer meio que permita a transmissão de arquivos de fotos ou vídeos (*e-mail, Skype, WhatsApp, Messenger, etc.*) ou que admita a transmissão audiovisual (*streaming*), inclusive em tempo real. Segundo o parágrafo 1º, o crime tem a pena majorada de uma a dois terços se cometido por quem mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com a finalidade de vingança ou humilhação, sendo nesse caso desnecessária a prévia relação íntima de afeto, embora o mais comum seja que ela exista. Com efeito, trata-se aqui do denominado *reveng porn*, em que alguém, normalmente depois de terminado um relacionamento amoroso, divulga na internet imagens ou vídeos íntimos da ex-parceira. Mas o aumento de pena (majorante) pode incidir ainda que o autor e a vítima tenham tido apenas um encontro casual. (SANCHES, 2020)

Nas palavras de Alice de Perdigão Lana, buscar compreender a disseminação não consensual de imagens íntimas sob uma dimensão mais aprofundada. Retomando as teorizações a respeito de *cybercultura* e relacionando-as com a pornografia de revanche, é possível compreender que a exposição de mulheres é um elemento cultural – o que significa que também terá repercussões no ambiente virtual. Como a tecnologia não é um ator autônomo, separado da sociedade e da cultura, pode-se dizer que o machismo intrínseco à *revenge porn* faz parte do conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que definem o ciberespaço. Em outras palavras: o meio virtual não está isento nem é descolado das mazelas da sociedade. Isso se repercute nas violências praticadas – como é visível no caso das violências de gênero, como na pornografia de revanche. Assim como não é possível separar o humano de seu ambiente material, não é possível separá-lo dos signos e das imagens por meio dos quais ele atribui sentido à vida e ao mundo. A internet, hoje, é um dos grandes mecanismos de relação com o mundo e com o outro. Como as relações sociais, as ideias e as práticas que circulam no mundo desconectado, circulam também na

internet; não é de se espantar a imensa misoginia que impera no ambiente virtual. Importante salientar que isso não significa dizer que a tecnologia determina as ações humanas; ela, em realidade, cria as condições de algumas práticas específicas daquele meio – como o caso da *revenge porn*. Dessa forma, a *cibercultura* se relaciona com o conjunto de práticas levadas a cabo por pessoas conectadas à internet, incluindo a prática da pornografia de revanche. (LANA, 2018).

Consistindo na divulgação não autorizada de conteúdo íntimo em redes sociais, a pornografia de vingança tem alcançado patamares de intensidade expressivos no mundo inteiro, inclusive no Brasil, país no qual a violência contra a mulher constitui um fenômeno em crescimento e de larga ocorrência. Observa-se que, embora as violências físicas sejam dotadas de maior visibilidade por conta das lesões aparentes, as violências psicológicas e moral alcançam números alarmantes, correspondendo a aproximadamente trinta e um por cento das denúncias registradas na Secretaria de Políticas Públicas para Mulheres. Tendo em vista os desfechos trágicos, como isolamento e suicídios de vítimas registrados nos últimos anos, o fenômeno tem assumido maior relevo nos âmbitos midiático e científico, chamando a atenção para a complexidade do delito. Nesse contexto, as experiências concretas evidenciam que a liquidez característica das plataformas de internet, dotadas de alto poder destrutivo, contribuem para reafirmar violações já observadas no mundo presencial, a exemplo de outras formas de violência psicológica e moral de gênero. Essas, quando observadas no meio virtual, não acontecem

de modo formalmente distinto das práticas reais, mas reiteram e reproduzem as discriminações construídas socialmente. Conforme afirmado por Franks (2015), a pornografia de vingança pode associar-se a variadas motivações, compreendendo desde as invasões de dispositivos por hackers com a finalidade de cometer extorsões, até a vingança ante o término de um relacionamento afetivo. De todo modo, destaca-se principalmente a gravidade dos casos em que a dissolução do vínculo afetivo é o impulso determinante para o comportamento do agressor, haja vista o imenso poder de sofrimento que, em geral, acompanha um rompimento amoroso, somados aos sentimentos de constrangimento, humilhação, menor valia, culpa, revolta e desespero causados pela exposição de intimidade na internet. Diante da ocorrência dessa modalidade criminosa, observa-se que as consequências vivenciadas pela exposição pejorativa em ambiente virtual comprometem a integridade física e mental da mulher, possuindo clara configuração de violência intrafamiliar de gênero, sendo o comportamento do agressor deliberado e consciente; logo, também previsto de forma literal na Lei nº 13.104/2015, conhecida popularmente como Lei do Femicídio. Esse diploma normativo confere elevado destaque ao fenômeno da violência de gênero, evidenciando a faceta mais extrema desse tipo de discriminação, tipificando-a como homicídio qualificado, ou crime contra a vida. Na Lei do Femicídio, a tipificação penal

criminaliza o assassinato de mulheres motivado pelas questões de gênero, ou a naturalização das diferenças de papéis atribuídos a ambos os sexos, no bojo de processos culturais, conforme o exposto no § 2 – A da norma. A correlação do crime estudado com a violência de gênero também é observada de forma cristalina na Lei Maria da Penha, principal instrumento de enfrentamento do problema no Brasil. Consoante o art. 5º dessa lei, a violência doméstica e familiar contra a mulher consiste em ações ou omissões, baseadas no gênero, que causem morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial, constituindo forma de violação de direitos humanos. Assim, as questões de gênero, retroalimentadas nas dinâmicas social e cultural, constituem os lócus discursivo para prática de violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral contra a mulher, previstas no art. 7º da referida lei. Em atenção à ocorrência da violência de gênero desde as épocas mais primitivas da convivência humana, bem como à sua persistência e crescente aumento de incidência no período contemporâneo, vários estudiosos lançaram mão de parâmetros e conceitos científicos na tentativa de elucidar as dimensões desse problema. Beauvoir (1960), por exemplo, contextualizou com acuidade os principais elementos associados à construção da imagem feminina submissa ao homem, objeto de seus impulsos, desejos, posse e controle. Fatores etiológicos de cunho espiritual, cultural e sociológico ajudam a esclarecer, portanto, a diferença qualitativa de comportamentos aceitáveis para homens e mulheres nos espaços públicos e privados. Adicionando contornos mais precisos para essa discussão, Saffioti (1987) pontuou que é no bojo da própria dinâmica cultural que se observa essa atribuição de significados e papéis distintos conforme o sexo, havendo discriminações adensadas em um processo de naturalização. Nesse sentido, Foucault (1999), autor contemporâneo, destacou o papel ativo dos discursos para a reafirmação das práticas sociais e sua respectiva conservação no agir dos novos sujeitos, não obstante o transcurso das gerações e seus contextos históricos. As peculiaridades do crime de pornografia de vingança apontam para a clara persistência das questões de gênero no inconsciente coletivo, não obstante os discursos de pluralismo, tolerância e repúdio à violência de gênero. Assim sendo, torna-se possível compreender os motivos que mais embasam os julgamentos sociais negativos sobre o comportamento das vítimas mulheres, mesmo no contexto moderno de defesa da liberdade de expressão e disposição individual do próprio corpo. Isso acontece porque a subjetividade presente no meio virtual também se encontra permeada pela moralidade e suas questões afetas de gênero (FARIA; ARAÚJO; JORGE, 2015). Tais discriminações são observadas no comportamento do agressor, que, assumindo a condição de possuidor do corpo e da sexualidade da vítima, publica a intimidade feminina de forma deliberada e não consentida. Dessa forma, acontece a reafirmação dos discursos socioculturais que, desaprovando o comportamento permissivo da vítima, intensificam nela o sentimento de culpa e autopunição, mesmo quando está sendo vítima de violência de gênero. A promoção do sentimento de culpa no interior das vítimas é, pois, um indicativo adicional forte de ocorrência de violência de gênero, tendo em vista que ele surge

simultaneamente como reflexo e como catalisador das lesões psicológicas evidenciadas, ocasionando um conseqüente agravante desse tipo de crime – o castigo psicológico que a vítima se impõe emocionalmente (FERNANDES, 2015). No caso em estudo, essa culpa censura principalmente a mulher que, de forma ousada, partilhou a sua intimidade e, além disso, escolheu erroneamente alguém para desfrutar do status de seu companheiro. Desse modo, ocorre a justificação de toda sorte de violências com base nas escolhas e/ou atitudes da vítima. No caso da pornografia de vingança, a inversão da culpa é fomentada pelos discursos que condenam a permissão para filmar ou fotografar o corpo, bem como o exercício da sexualidade fora dos limites impostos pelo gênero. No contexto da pornografia de vingança, a violência psicológica contra a mulher torna-se tão devastadora quanto a agressão física ou até mais grave que esta, haja vista o alto potencial de dano e facilidade de compartilhamento de vídeos e imagens com conteúdo sexual. Tal gravidade tem despertado nos tribunais a ideia de que a vítima tem direito ao esquecimento de recordações que lhe causem dor ou sofrimento emocional, como material íntimo divulgado na internet, de fácil acesso e permanente exposição. A Lei foi promulgada no contexto do combate à violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, tendo em vista o valor atribuído à instituição familiar, núcleo base do Estado, principalmente visando proteção integral à dignidade da mulher, cujos direitos fundamentais são assegurados de modo que se alcance a igualdade de direitos em relação ao homem e possam deles gozar independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião. Ao dispor no seu artigo 7º sobre as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, reproduz a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, da qual o Brasil é signatário. Nessa discussão, Fernandes (2015) chama a atenção para a importância do combate à violência contra a mulher, tendo em vista suas proporções e gravidade. De acordo com a referida autora, a violência contra a mulher não se trata de uma que estão privadas, mas sim de um grave problema de saúde pública, que acomete milhares de mulheres no mundo todo, gerando comprometimentos de ordem física e psíquica muitas vezes irreparáveis. Além disso, a violência de gênero também implica reflexos nocivos nos filhos e filhas das vítimas, na medida em que esses tendem a repetir os padrões de comportamento aos quais são expostos, em qualquer de suas modalidades, quer seja deixando-se sujeitar a violências futuras ou ainda as reproduzindo em suas relações interpessoais (FERNANDES, 2015; Dias (2011) anota que o legislador infraconstitucional se preocupou em definir criteriosamente os tipos de violência contra a mulher, uma vez que a precisão dos termos e a previsão legal das condutas se coadunam com o princípio da legalidade, vetor de todos os ramos do direito.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Fernandes (2015) pontua que, com a Lei Maria da Penha, houve o rompimento do processo penal tradicional, de forma a proteger

a mulher, garantindo-se a efetividade da tutela jurisdicional, tendo em vista a releitura dos papéis tradicionais atribuídos aos atores do sistema de justiça. Assim, o delegado de polícia presta o socorro imediato à vítima, devendo zelar pela sua proteção, enquanto o promotor de justiça assume a função de interventor na realidade social; o juiz, contrariando os limites processuais do princípio da inércia, pode adotar de ofício medidas protetivas, e o acusado, por sua vez, é alguém que pode ser compelido a modificar seu padrão comportamental (FERNANDES, 2015). De acordo com o art. 5º da Lei Maria da Penha, violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Dessa forma, observa-se a eleição do conceito gênero para a tipificação desse tipo de violência. O rol de atitudes caracterizadas como violência contra a mulher foi ampliado pela Lei Maria da Penha, que, além de considerar como violência doméstica as agressões que incidem sobre o corpo da mulher, tipifica também as agressões revestidas de fatores psicológicos, morais e patrimoniais, enumeradas no artigo 7º da mencionada lei. Nessa discussão, Fernandes (2015) pontua que a violência física consiste em ofender a integridade ou saúde corporal da mulher, provocando danos à saúde ou integridade física, deixando ou não marcas aparentes. Conforme a autora, a gravidade das lesões identifica vias de fato, lesão corporal – entendida como dano à integridade física e mental – tortura, homicídio, entre outros. Por sua vez, a violência psicológica marca o início do processo de dominação do agressor sobre a vítima, mediante controle e rebaixamento. Manifestada de maneira sutil em seus estágios iniciais, enseja o controle emocional da vítima. Não consiste em um ato isolado, mas em um padrão de relacionamento, de crimes em concurso, cíclica e infinitamente repetidos das mais diversas formas. As consequências desse tipo de violência são graves e variadas, como: dano emocional, diminuição da autoestima, prejuízo do pleno desenvolvimento, degradação da vítima, controle de suas ações, comportamentos, crenças e decisões (FERNANDES, 2015). Além dessas modalidades, a Lei também se atenta à violência sexual, imposição da prática de atos sexuais contra a vontade da mulher lesada e à violência patrimonial, subordinação daquela ao agressor mediante a privação de recursos econômicos, por exemplo. Por fim, a Lei Maria da Penha também dispensou tratamento à violência moral, conduta que causa sofrimento por meio de calúnias, injúrias ou difamações, atingindo de forma muito agressiva as vítimas, tendo em vista a rigidez com que a sociedade valora a moralidade feminina. Nesse ponto, destaca-se mais uma faceta da pornografia de vingança, entendida como exposição íntima não autorizada da vítima, cujo comportamento moral tende a ser reprovado socialmente. Essa violência moral prevista na Lei Maria da Penha, caracterizada como violência de gênero, revela-se muito mais adequada aos delitos em discussão do que a mera ofensa moral indiferenciada prevista no Código Penal. Conforme o entendimento de Silva e Alves (2016), existem fundamentos sólidos para a criminalização da violência psicológica, manifestação da violência de gênero, como crime de lesão corporal à saúde, com base no caput e § 9º do art. 129 do Código Penal brasileiro, combinado com o art. 7º, II, da Lei

11.340/2006. Os autores ressaltam que, tanto no âmbito de atuação do Ministério Público quanto no do Poder Judiciário ainda é incomum a condenação do agressor unicamente com base na prática de violência psicológica doméstica e de gênero. Essas agressões cíclicas e crônicas implicam comprometimento significativo da autoestima, atitudes, desenvolvimento e crenças da mulher, causando constrangimento, isolamento, limitação ao direito de ir e vir e, portanto, comprometimento da saúde psicológica da vítima. Nessa discussão, merece destaque a denúncia oferecida pelo Ministério Público de São Paulo no ano de 2012, raciocínio jurídico em que as lesões corporais e desequilíbrio da saúde da vítima figuraram como principais argumentos para a denúncia do agressor, autor de violência psicológica utilizando-se de meios virtuais. Elaborada no ano de 2012, a peça processual apresenta uma tese inovadora no tocante à compreensão transdisciplinar da violência de gênero, violências dela decorrentes e seus efeitos reais na vida das vítimas. Conseqüentemente, observa-se a proteção efetiva da vítima mediante a combinação do tipo penal de lesão corporal com as disposições da Lei Maria da Penha. Assim, observa-se que, nos casos de pornografia de vingança, são relacionadas várias condutas agressivas, entre as quais: violência psicológica (lesão à saúde), violência patrimonial (necessidade de trocar de endereço e emprego, além do custeamento de tratamentos médicos, psicológicos e honorários advocatícios) e violência moral (injúria e difamação), não obstante o entendimento superficial e supressor da magnitude da dor causada por esse tipo de delito, presente na prática cotidiana de tribunais e delegacias. Quanto à pornografia de vingança, Lins (2015) destaca que a correspondência da conduta com a violência psicológica poderia implicar soluções, haja vista a maior proteção trazida pela maior abrangência semântica e normativa do tipo penal, ao contrário do enquadramento limitado comumente adotado pelo sistema de justiça. Para tanto, faz-se necessário que os operadores do direito adquiram conhecimentos transdisciplinares, de modo que possam caracterizar a pornografia de vingança como violência de gênero doméstica. Desse modo, deverão ser observados os seguintes elementos caracterizadores nos crimes de pornografia de vingança: relação de poder baseada no gênero; qualquer um dos planos de violência previstos na lei, seja física, psicológica, patrimonial, moral ou sexual; unidade doméstica, da família ou em razão de qualquer relação de afeto (SILVA; ALVES, 2016) (SILVA; PINHEIRO, 2017)

STALKING E CYBERSTALKING

A Lei de nº 14.132 de março de 2021, consideradamente nova para o Direito, acrescentou o artigo 147-A ao Código Penal Brasileiro. Com as “novas” ou “antigas” demandas que surgem na sociedade e que interferem na vida e privacidade de outrem, sendo nocivas ao bem-estar da mulher e conseqüentemente de toda sociedade, tais demandas devem ser reguladas pelo Direito para que sejam aplicadas as formas de tratamento adequadas, bem como suas devidas sanções.

O artigo 147- A da Lei de nº 14.132/2021, reza que:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime for cometido:

I – Contra criança, adolescente ou idoso;

II – Contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação. "

Como conceito, o verbo *to stalk*, no sentido jurídico que empregamos neste livro, é emprestado originalmente da Biologia, do estudo de predadores. A predação refere-se ao consumo de proteína de outros animais como estratégia de alimentação. Entre as habilidades desenvolvidas por alguns animais para a captura do alimento, está o *stalking*. Há animais que caçam em grupo como os lobos (*pack hunting*); há carniceiros como os urubus (*scavenger hunting*); há os que persigam velozmente suas presas como os guepardos (*pursuit predation*). Há os *stalkers*: animais que, em regra, não atacam aleatoriamente e se utilizam de técnicas de aproximação silenciosa e sub-reptícia. Muitos com seleção da presa por fatores de gênero, idade, porte físico, tamanho e comportamento. Os *stealthy animals* ficam à espreita (*lurking*) e, no momento certo, emboscam (*ambush, trap*) ou saltam de surpresa sobre suas presas (*pounce*). É o caso dos leões, lincas, tubarões brancos e ursos polares. A partir das noções de Biologia, o termo *stalking* passou a ser utilizado para se referir às pessoas que de modo clandestino, às escondidas ou por meio de métodos ardilosos de aproximação, circundam o ambiente físico ou virtual de suas vítimas, monitorando suas vidas *online* e *offline*. Em alguma medida, o *stalker* humano, como na predação animal, quer ser, ao fim, reconhecido como vencedor, vitorioso na sua estratégia. Mas, o *stalking* pode ou não terminar com predação propriamente dita, vale dizer, com emboscada, armadilha ou bote físico traiçoeiro ou frontal que atinja a integridade moral, física, sexual ou o patrimônio da

vítima, mas o curso de conduta em si já é ilícito, tendo em vista que ultrapassa a esfera do desconfortável, incômodo, inconveniente e adentra o âmbito do aterrorizante, amedrontador, assustador, perturbador. (CASTRO; SYDOW, 2023)

Interessante definição vem de Ademir Jesus da Veiga apud, Ana Lara Castro e Spencer Toth Sydow, que o descreve, em seu artigo de 2007, como:

“(...) forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos como, ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores,

Presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados, entre outras. ”

Na jurisprudência pátria atual, o TJDF de forma sucinta resume o crime de *Stalking*:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO PENAL E PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. STALKING POR MEIO DE REDES SOCIAIS. DOSIMENTRIA. REGIME SEMIABERTO. RÉU REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. REPARAÇÃO DO DANO À VÍTIMA. DANO MORAL IN RE IPSA. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA INDENIZAÇÃO COMPROVADAS. 1. Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas da contravenção penal de perturbação da tranquilidade, por acervo probatório harmônico, a condenação é medida que se impõe. 2. A perturbação da tranquilidade e da incolumidade psíquica da vítima, efetuadas sistematicamente pelo ex-companheiro por meio de mensagens em redes sociais, utilizando-se de perfis falsos, caracteriza a contravenção do art. 65 do Decreto – Lei 3688/41, por *stalking*. 3. Nos crimes praticados no âmbito da violência contra a mulher, por motivação de gênero, a palavra da vítima merece especial relevo, conforme remansosa jurisprudência deste Tribunal de Justiça. 4. Os critérios legais para fixação de regime dispostos no art. 33, §2º, alínea b, e §3º, determinam o regime inicial semiaberto para o réu reincidente e com

circunstâncias judiciais desfavoráveis, por ser portador de maus antecedentes. 5. Recurso conhecido e não provido.

O *stalking*, segundo nosso entendimento, tem na sua estrutura cinco componentes essenciais: a existência de curso de conduta; que seja intencional; indesejado pela vítima; consistente em importunação, vigilância, perseguição ou assédio; capaz de acarretar ofensa à integridade física ou psicológica (medo ou abalo emocional substancial). O *stalking* é, portanto, comportamento doloso e habitual, caracterizado por mais de um ato de importunação, vigilância, perseguição ou assédio à vítima, cuja consequência é a ofensa a sua integridade física ou psicológica. (CASTRO; SYDOW, 2023)

Há uma grande relação entre o *stalking* e o *cyberstalking*, ainda nas lições de Ana Lara Castro e Spencer Toth Sydow, enquanto no *stalking* a vítima se sente constrangida e ameaçada pela presença física do agressor, no *cyberstalking* isso ocorre de modo diverso. Via de regra, a vítima não teme por sua integridade física ou encontro pessoal com seu agressor, mas, sim, apavora-se de checar *e-mails*, conferir as redes sociais, usar indexadores para pesquisas do seu próprio nome e assim por diante. A vítima teme postar vídeo, foto, opinião, avaliar aplicativo, fazer *check-in*, fazer *live*, enviar mensagem instantânea. Ela teme os contatos virtuais feitos pelo agressor e, em especial, os danos a sua imagem, fama e honra virtuais, bem como a violação ao segmento informático da sua vida privada como, por exemplo, a acesso à *webcam* e aos sítios que frequenta. Não há necessariamente contato físico – prévio ou presente – entre vítima e ofensor. Em verdade, em muitas das vezes, o *cyberstalker* sequer conhece a vítima pessoalmente. *Cyberstalkers* podem conhecer suas vítimas em aplicativos de relacionamento como *Tinder*, *Grindr* e *Monkey (Holla)* e, a partir de então, passar a acompanhar suas trocas informáticas. O desconhecimento acerca da verdadeira identidade do perpetrador, muito comum no *cyberstalking*, exacerba sua gravidade, pois, costuma deixar a vítima em estado de pânico generalizado, de grande impacto à integridade psicológica. É mais provável que o *stalker* esteja geograficamente próximo da vítima para poder persegui-la. O *cyberstalker* pode estar muito distante, falar outro idioma e nunca, em absoluto, encontrar-se com ela. *Cyberstalker* e vítima podem ser (como muitas vezes o são) completos desconhecidos. Entretanto, *cyberstalkers* podem virar *stalkers* e vice-versa. (CASTRO; SYDOW, 2023)

No aspecto conceitual podemos ter por perseguição a conduta a ser definida como aquela praticada por meios físicos ou virtuais que interfira na liberdade e na privacidade da vítima. A pena será de seis meses a dois anos de reclusão (prisão que pode ser cumprida em regime fechado) e multa. O novel tipo penal apresenta a seguinte redação: “Perseguição Artigo 147-A — Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade: Pena — reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. §1º. A Pena é

aumentada de metade se o crime é cometido: I – contra criança, adolescente ou idoso; II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do §2-A do art. 121 desde Código; III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma. §2º. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. § 3º Somente se procede mediante representação”. Assim, pela tipificação supra, doravante quem praticar perseguição, por qualquer meio, ameaçando a integridade física ou psicológica, e ainda invadindo a sua esfera de liberdade e privacidade, poderá ser responsabilizado a uma pena de até 2 (dois) anos de reclusão, podendo ainda ser aumentada da metade a depender da situação fática. O verbo do injusto penal do novel artigo é “perseguir”, implicando em “molestar”, “assediar”, “importunar”, “incomodar” alguém, exigindo estes vocábulos suma reiteração comportamental. Há doutrina apregoando que o novel art. 147-Ado CPB deve ser classificado como crime habitual, porquanto o núcleo do tipo penal reclama conduta daquele que persegue alguém rotineiramente perturbando a vítima, a ponto de fazer com que se sinta tolhida na condução de sua vida cotidiana (GILABERTE, online, 2021). Pode surgir algumas inquietações, tais como se haveria prazo ou não é quantidade de perseguições para configuração do tipo penal do art. 147-A do CPB? Em resposta, pensamos não haver um prazo para que a perseguição reiterada seja caracterizada, como ocorrem geral nos crimes habituais. Entendemos que apenas basta que a perseguição reiterada seja contínua ou frequente. Exemplos citados de perseguição reiterada pelo delegado de polícia, Bruno Gilaberte, são: “ligações insistentes, que solapam a paz da vítima, vigílias em frente ao local em que a pessoa importunada reside, contatos com amigos da vítima para afugentá-los e outros comportamentos análogos podem caracterizar o crime em apreço” (GILABERTE, online, 2021). O delito em estudo é classificado como crime de forma livre, existindo inúmeras possibilidades de meios executórios. A *tipia delitiva*em qualquer de suas facetas deve ser apta a atingir a vítima em sua integridade física ou psíquica, ainda que nenhum resultado ocorra de fato, bastando-se no risco. Neste ponto, o art. 147-A do CPB deve classificado como crime de dano, por exigir uma lesão à liberdade individual, de onde podem surgir riscos de lesões a outros bens jurídicos (GILABERTE, online, 2021). Em hipótese de ocorrer efetiva lesão corporal, aplicar-se-á a regra de afastamento da consunção prevista no § 2º, do art. 147-A (GILABERTE, online, 2021). Igualmente, o tipo penal pode configurar de outros modos, ainda que inexistente as referidas ameaças para o reconhecimento do crime de perseguição do art. 147-A do CPB: (a) restrição da capacidade de locomoção; (b) invasão ou perturbação da esfera de liberdade ou privacidade (GILABERTE, online, 2021).

Possibilidade de ocorrência do crime do art. 147-A, do CPB por meios virtuais (cyberviolência ou cyberbullying). Em hipótese de eventual promulgação, a lei alcançará como sujeito ativo do delito, as pessoas físicas as quais praticam *cyberviolência* ou *cyberbullying*, já que é crime cuja ação é livre. **Causas de**

aumento de pena do art. 147-A do CPB: O § 1º, do art. 147-A do CPB preconiza uma majorante de metade da pena quando a infração penal em estudo for praticada contra criança, adolescente ou idoso (inciso I); contra mulher, por razões da condição de sexo feminino (II); e mediante o concurso de duas ou mais pessoas ou com o emprego de arma (III). Já o art. 147-A, inciso II, do CPB prevê a hipótese que tende de ser a mais comum de perseguição (*stalking*), que é aquela prática em face da mulher, em razão da condição de sexo feminino. O legislador ordinário buscou as hipóteses presentes no § 2º-A do art. 121 para determinar o que são as razões de condição de sexo feminino: (a) violência doméstica e familiar contra a mulher; e (b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Seguimos nesse sentir, as lições de Bruno Gilaberte que defende em sua obra "Crimes Contra a Pessoa" (3ª ed., 2021) que, a palavra sexo deve ser lida como gênero e isso não representa analogia em desfavor do sujeito ativo. O primeiro argumento do renomado delegado, é de que a interpretação que melhor se harmoniza para com a axiologia constitucional e o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre de preconceitos. Ademais, ao importar da Lei nº 11.340/2006 o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, traz consigo a referência ao gênero, que é um dos conceitos centrais do diploma protetivo (GILABERTE, online, 2021). **Crime de menor potencial ofensivo em regra:** Em regra, o injusto penal do art. 147-A do CPB será crime de menor potencial ofensivo. Todavia, com a incidência de uma das causas de aumento da pena, o crime de perseguição deixa de ser considerado infração de menor potencial ofensivo. **Ação penal no caso do art. 147-A do CPB ("estalking").** A ação penal é pública condicionada à representação do ofendido. **Situações polêmicas do art. 147-A do CPB:** As situações de telemarketing, operadoras de telefonia, de cartões de crédito, escritórios de recuperação de crédito, entre outras similares configurará o crime do art. 147-A, do CPB? As pessoas jurídicas também poderão ser sujeitos ativos do tipo penal em cartaz? Em resposta, Antonio Belarmino Junior e Emanuela de Araújo Pereira lecionam que: [...] Porém, um caso de necessária análise e reflexão é sua aplicabilidade em face das empresas de telemarketing, operadoras de telefonia, de cartões de crédito, escritórios de recuperação de crédito, entre outros, pois, no âmbito do Direito Civil, através do instituto do dano moral, são de notório conhecimento as condenações por perturbação, sendo que em um caso exemplificativo uma operadora de telefonia foi condenada a pagar a importância de R\$ 40 mil de indenização por ligar mais de dez vezes por dia, amoldando-se a conduta da operadora ao final do previsto no tipo penal "*perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade*". A responsabilização na esfera penal poderia ser aplicável às empresas perpetradoras da violação da liberdade em forma de perturbação e perseguição, consistentes *a priori* nos famosos telefonemas aos domingos pela manhã, caso existisse o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo que o ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na Constituição Federal, comporta através dos artigos 173, §5º, e 225, §3º, a responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de atos ilícitos contra o meio ambiente. Em uma análise comparativa com a legislação espanhola, o professor sevilhano Miguel Polaino-Navarrete explica que

aquele Código Penal dispõe sobre regulação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e prevê vários âmbitos regulatórios, a instituição de agir por conta de outrem (artigo 31.1 CP) e a responsabilidade penal direta e adequada da pessoa coletiva no Direito Penal (instituída pela LO 5/2010), a determinação das penas aplicáveis às pessoas coletivas; a prestação de convocatórias, consequências acessórias igualmente aplicáveis a eles (artigos 129 e 33.7 CP) e o atual sistema de responsabilidade penal das pessoas coletivas estabelecido pela LO 1/2015, de 30 de março, que alterou o Código Penal de 1995. **Com a sanção presidencial, a legislação que atuaria de forma preventiva será ineficaz para as pessoas jurídicas. Cabe ao legislador promover a evolução da lei na medida em que atenda às demandas sociais no intuito de responsabilizar penalmente essas empresas com base no novel artigo, pela invasão de privacidade e liberdade com práticas abusivas e lesivas a bens jurídicos intrínsecos do indivíduo, conforme demais países, uma vez que a Constituição Federal prevê a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de forma não restrita, devendo o legislador infraconstitucional versar sobre essa matéria** (artigo 22, I, CF) (BELARMINO JUNIOR; PEREIRA, online, 2021). A par da doutrina acima, encampamos a crítica de que teria que ter sido criado uma figura similar na própria lei nova direcionada às pessoas jurídicas, tendo em vista que também penalmente invadem a privacidade e liberdade com práticas abusivas e lesivas a bens jurídicos intrínsecos do indivíduo, já que a Constituição Federal prevê a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de forma não restrita, em que o legislador infraconstitucional perdeu a oportunidade de versar sobre essa matéria. **Das problemáticas iniciais que o Projeto de Lei em voga possuía** a versão inicial do Projeto de Lei nº 1.369, de 2019 do Senado Federal previa a pena de 06 (seis) meses a 2 (dois) anos, porém na forma de detenção, o que fazia com que ela pudesse ser cumprida em regime aberto ou semiaberto. Entretanto, a Câmara dos Deputados modificou a duração da pena, de 01 (um) a 4 (quatro) anos, transformando a modalidade em reclusão e tornando a multa cumulativa à pena. O Plenário do Senado Federal manteve a reclusão e a multa, porém alterou a duração da pena sob a justificativa de “criar uma incongruência, aumentando por demais uma pena que acaba ficando desproporcional com crimes de maior gravidade”, conforme afirmou o senador Jean Paul Prates (PT-RN). Além disso, os deputados federais também alteraram os aumentos da pena que podem levá-las a ser majoradas em até metade: se o crime for cometido contra criança, adolescente ou idoso; contra mulher por razões da condição de sexo feminino; mediante concurso de duas ou mais pessoas; ou com o emprego de arma. Estas alterações foram incorporadas no texto definitivo da Lei Federal nº 14.132/2021 sancionada recentemente pelo Presidente da República. **Das críticas quanto à revogação do art. 65 da Lei de Contravenções Penais** Entendemos que o legislador não precisava ter promovido à revogação do art. 65 da Lei de Contravenções Penais, ainda que parcela esmagadora da doutrina entenda que o aludido arcabouço legal do

diploma legal que trata da Lei de Contravenções Penais devesse ser revogado “*in totum*”. Nossa argumentação é de que o legislador ordinário poderia ter optado pela manutenção do aludido dispositivo, já que agora poderá deixar a porta aberta para a impunidade em condutas de poluição sonora e similares que não se enquadre no art. 54 da Lei do Meio Ambiente e nem no art. 42 da LCP – em que o operador subsidiariamente tinha o art. 65, da LCP. Logo, teria um possível vácuo criado pelo legislador. Com a revogação do dispositivo contravencional pela Lei Federal nº 14.132/2021, pensamos que se terá a problemática de não incidência do princípio da continuidade normativa-típica, primeiro porque a lei cria exigência para conduta penalmente relevante que não se amoldaria às disposições contravencionais e sendo também mais gravosa. Deste modo, inclinaríamos a dizer que as pessoas que respondessem por este fato contravencional seriam contempladas pelo instituto penal da “*abolitio criminis*”. O art. 65 da LCP então revogado, era um verdadeiro “*coringa*” jurídico extirpado do ordenamento jurídico. De mais a mais, como já sublinhado em tópico anterior, encampamos a crítica de que teria que ter sido criado uma figura similar na própria lei nova direcionada às pessoas jurídicas, tendo em vista que também penalmente invadem a privacidade e liberdade com práticas abusivas e lesivas a bens jurídicos intrínsecos do indivíduo, já que a Constituição Federal prevê a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de forma não restrita, em que o legislador infraconstitucional perdeu a oportunidade de versar sobre essa matéria na recém sancionada lei federal em estudo. (JÚNIOR, 2021)

Por fim, acredita-se que o novo crime de perseguição surge no sistema normativo brasileiro para suprir a insegurança jurídica que havia com a utilização da contravenção penal de perturbação à tranquilidade para punir atos persecutórios (revogada pela lei 14.132/21). Visto que, a mencionada contravenção penal podia ser utilizada em diversas situações contrárias à perseguição, além disso, não se exigia habitualidade para configuração, o que deve ocorrer em casos de *stalking*. Além disso, o novo ilícito previsto no artigo 147-A do Código Penal surge como mais um mecanismo de proteção para vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo inclusive, causa de aumento de pena do crime. (BRITTO; FONTAINHA, 2021)

6. INQUÉRITO POLICIAL E ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS

Segundo Maria Berenice Dias, apud Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, no livro sobre violência doméstica, p.20, a Lei Maria da Penha, não é uma simples lei, é um precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas sobretudo, preventivo e assistencial.

Verdadeiro microssistema que visa coibir a violência doméstica trazendo importantes mudanças. **Apesar de não ser uma lei penal, nítido o seu colorido penalizador, ao tratar com mais rigor as infrações cometidas contra a mulher, no âmbito familiar, doméstico e em relações íntimas de afeto. Enquanto no processo**

penal vige o princípio *in dubio pro reo*, no caso de violência doméstica vigora o *in dubio* pró-mulher. Pela primeira vez é emprestada credibilidade à palavra da mulher. Quando se está diante de situação de violência doméstica, é indispensável reconhecer a condição de vulnerabilidade da vítima que jamais dispôs de um instrumento ágil e eficaz para se proteger do agressor com quem coabita. Cabe lembrar que, antes da Lei Maria da Penha, o registro da violência perante a autoridade policial não gerava qualquer iniciativa protetiva imediata. Era necessário o ingresso de um procedimento cautelar de separação de corpos no juízo de família. O tempo decorrido entre o ato de violência e a resposta do Estado deixava a vítima à mercê do agressor. Certamente esta era uma das causas de a mulher ter dificuldade de denunciar a violência da qual era vítima. Como nem sempre a violência deixa vestígios visíveis, e acontece entre quatro paredes sem a presença de testemunhas, assim, é necessário emprestar credibilidade à palavra da mulher tanto para a concessão de medidas protetivas como subsidiar a condenação criminal. Impõe-se a inversão dos encargos probatórios, apesar de a prova negativa ser considerada diabólica, cabe ao agressor provar que a violência não ocorreu. Ainda assim, não se trata de um direito penal de gênero, mas sim, de efetivo que protege a vítima. Também não se edifica o chamado direito penal do inimigo, uma vez que o sujeito ativo, no caso, etiquetou-se como agressor. Para atender seus propósitos, a Lei Maria da Penha promoveu alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções penais. Porém, não houve a previsão da violência doméstica como delito-tipo. Limitou-se a inserir mais uma agravante (CP, art. 61, inciso II, alínea f), uma majorante (CP, art.129, §11), sendo alterada a pena do delito de lesões corporais (CP, art.129, §9º). Também foi admitida mais uma hipótese de prisão preventiva (CPP, art.313, III), além de permitir a imposição ao agressor, em caráter obrigatório, o comparecimento à programa de recuperação e reeducação (LEP, art.152, paragrafo único). O único tipo penal é de recente vigência. Diz com o descumprimento das medidas protetivas (LMP, art.24-A). (DIAS,2021)

A Lei Maria da Penha incide diretamente nas relações familiares, uma vez que a violência ocorre no âmbito das relações familiares, sua prática produz efeito não somente no âmbito criminal. Quando ocorre a aplicação da medida cautelar de afastamento do agressor do lar comum, deve o juiz, independentemente de solicitação, fixar alimentos provisórios a favor de crianças ou adolescentes que sejam dependentes do agressor (ECA, art. 130, parágrafo único). Às claras que há a possibilidade de estabelecimento de alimentos a favor da vítima, bem como de outras pessoas que viviam na residência, assim como filhos incapazes ou pessoas idosas. A condenação do genitor pela prática de crime doloso sujeito à pena de reclusão, contra a mãe dos filhos comuns, implica em destituição do poder familiar (Código Civil, art. 1.638, parágrafo único, a). A mudança legislativa alcançou também o Código Civil. Foram previstas mais causas que levam à perda do poder familiar. Entre elas, a condenação de crimes envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher: homicídio,

feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte (CC, art. 1.638, parágrafo único). De enorme significado a imposição de atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras às vítimas de violência doméstica, pelo SUS. Outro cuidado que restou positivado é a prioridade na realização dos exames de corpo de delito para investigação de crimes que envolvam violência doméstica (CPP, art. 158, parágrafo único). (DIAS, 2021)

Quanto as alterações no Código Penal, as mudanças levadas a efeito pela Lei Maria da Penha na legislação infraconstitucional foram de pequena monta. No código Penal, limitou-se a acrescentar mais uma circunstância agravante quando o agente se prevalece de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade. (CP, art. 61, II, f). Quando o delito de lesões corporais é cometido em decorrência do relacionamento familiar, houve aumento da pena máxima e diminuição da pena mínima. Tal alteração acabou por abrandar a apenação da lesão corporal leve, pois a tendência dos juízes é quantificar a pena perto do mínimo legal. Também foi estabelecida uma majorante quando a vítima da violência doméstica é portadora de alguma deficiência (CP, art.129, §11º). Após a edição da Lei Maria da Penha, alterações mais significativas foram introduzidas no Código Penal para coibir a prática de delitos contra as mulheres. São efeitos da condenação a incapacidade para o exercício do poder familiar, nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos por um genitor contra o outro. (CP, art. 92, II). Foi inserida uma forma qualificada do delito de homicídio, com o nome de feminicídio (CP, art. 121, §2º, VI), o que acabou por escancarar uma realidade ainda chocante. O perigo a que estão expostas as mulheres pelo simples fato de desejarem sair de um relacionamento. Foi alterado o Código Penal para tipificar como crime: importunação sexual (CP, art. 215 –A); divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (CP, art. 218- C); estupro coletivo (CP, art.226, IV, a) e o estupro corretivo (CP, art.226, IV, b). Também foram tipificados como crime: induzimentos, instigação, incitação ou apologia ao crime contra a dignidade sexual (CP, art. 128-D e parágrafo único). Esclarece a lei que ocorre estupro de vulnerável. Os crimes praticados contra a liberdade sexual (CP, art.213 a 216-B) e os crimes sexuais contra vulneráveis (CP, art.217 a 218-C) são reconhecidos como de ação pública incondicionada (CP, art.225). Deste modo, Ministério Público tem legitimidade para o oferecimento da denúncia, independentemente de representação da vítima. Todos estes crimes, quando perpetrados à noite, em lugar ermo ou em local público, aberto ao público, em grandes aglomerações ou em transportes públicos, têm a pena aumentada em um terço (CP, art.226, I). E a pena é elevada à metade quando o agente tem vínculo de conjugalidade ou parentesco com a vítima, é seu empregador ou tem autoridade sobre ela (CP, art.226, II). Assim, apesar de não ter sido alterada a Lei Maria da Penha, os delitos de exibição de cenas de nudez, sexo, pornografia ou estupro, quando o agente manteve relação íntima de afeto com a vítima, têm a pena aumentada. Quanto a lesão corporal qualificada, a violência doméstica, como forma qualificada do delito de lesões

corporais, foi inserida no Código Penal em 2004, ao ser acrescentado o §9º ao art. 129: Se a lesão corporal for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. O texto não foi alterado pela Lei Maria da Penha. Permaneceu sendo um crime sujeito à pena de detenção, a ser cumprida em regime semiaberto ou aberto (CP, art.33). Houve somente mudança dos limites mínimo e máximo de duração da pena. Antes era de seis meses a um ano e agora, de três meses a três anos. Como a proposta da Lei foi tratar a violência doméstica com mais rigor, é considerada estranhíssima a redução da pena mínima à metade. Cabe um alerta. Ainda que a Lei tenha vindo em benefício da mulher, o delito de lesão corporal qualificado pela violência doméstica tipifica-se independentemente do sexo do ofendido. Tanto uma mulher como um homem podem ser vítimas do delito de lesão corporal qualificado pela violência doméstica. O código penal não faz distinção quanto ao gênero da vítima e nem à orientação sexual dos integrantes do núcleo familiar. Basta o fato de a agressão ocorrer no âmbito familiar ou decorrer de relação de afeto para configurar-se o delito como qualificado. Quando a vítima é o homem, comprovada a ocorrência de lesão corporal decorrente de violência doméstica, o agressor – seja homem ou mulher- não faz jus a nenhuma benesse da Lei dos juizados especiais, em face da pena máxima atribuída ao delito: três anos. Grande polêmica entreteve a doutrina em face do uso da conjunção alternativa “ou” na parte final do parágrafo: de coabitação “ou” e hospitalidade, questionando-se a possibilidade de até mesmo as lesões corporais praticadas contra visitas serem qualificadas como violência doméstica. O fato é que, mesmo não tendo havido alteração no texto descritivo do tipo penal, dilatou-se seu campo de incidência. O conceito de relação doméstica foi ampliado. Identificadas como domésticas as relações existentes não só no âmbito da família, mas também na unidade doméstica e em relações íntimas de afeto, a expressão relações domésticas, referida no código penal, passou albergar as demais formas de família trazidas pela Lei Maria da Penha. Seja qual for o delito cometido, aproveitando-se o infrator de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade a pena é agravada (CP, art. 61, II, f): com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica. A causa especial de aumento de pena não configura uma dupla apenação. Portanto, há mais uma causa de agravamento da pena: quando algum delito é praticado com violência doméstica. Claro que, se o crime é a de lesão corporal, não incide a agravante, uma vez que esta circunstância já qualifica o delito (CP, art.129, §9º), e não pode haver dupla penalização pela prática do mesmo fato. O maior rigor imposto à prática dos delitos no âmbito das relações familiares acabou por atentar também à condição de vulnerabilidade da vítima. Com a inclusão do §11 ao art. 129 do CP, é mais severamente punido quem pratica lesões corporais quando a vítima é pessoa com deficiência, assim considerada

qualquer carência ou imperfeição física ou psíquica. A pena é aumentada de um terço. Aqui também cabe lembrar que, o só fato de a alteração ter sido levada a efeito pela Lei Maria da Penha, não tem incidência somente quando a vítima é mulher. Que ninguém sustente que a majorante incide, apenas, quando a pessoa portadora de deficiência é do sexo feminino. A preocupação do legislador em aproveitar a lei que protege a mulher para alcançar pessoas com deficiência poderia ter ido além. Ao invés de prever esta circunstância como majorante do delito de lesão corporal, deveria inseri-la entre as agravantes genéricas elencadas no art.62 do CP. Seria a forma mais correta de assegurar proteção específica a quem tem necessidades especiais. (DIAS, 2021)

Já a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal de acordo com o CPP, art. 312, para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência à instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Também é cabível a prisão preventiva, nos termos do art.313 do CPP, nos crimes dolosos cuja pena máxima cominada seja superior a quatro e nos casos de reincidência em crime doloso.

A Lei Maria da Penha criou mais uma possibilidade de prisão preventiva (CPP, art.313, III): se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Em sede de violência doméstica, a Lei Maria da Penha prevê as possibilidades de prisão preventiva do agressor: para assegurar a tramitação do processo (LMP, art. 20) e para garantir a eficácia das medidas protetivas de urgência (LMP, art.42). A tipificação do descumprimento de medida protetiva como crime (LMP, art.20) e para garantir a eficácia das medidas protetivas de urgência (LMP, art.42) apud Erica Canuto, em as hipóteses de prisão preventiva da Lei Maria da Penha, p.178. A tipificação do descumprimento de medida como crime (LMP, art.24-A), não se mostra suficiente para impedir atos de violência, até porque, pelo quantitativo de pena, o simples descumprimento – em face ao novo crime cometido – sequer autorizaria a decretação da prisão preventiva, o que somente seria possível em razão do descumprimento da própria medida protetiva. Mais reiteradamente é imposta quando do descumprimento das medidas protetivas deferidas à vítima. Não se exige dolo e nem a presença de qualquer outro requisito, mesmo aqueles previstos no art. 312 do CPP. Pode ser decretada, inclusive, em casos de contravenção penal e crimes punidos com pena de detenção. A prisão pode ser determinada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal. De ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (LMP, art. 20, parágrafo único). Mesmo que o Código Eleitoral (art.236) vete a prisão de qualquer eleitor desde cinco dias antes e até 48 horas depois do encerramento da eleição, que não impede a decretação da prisão preventiva do autor de violência doméstica. Quer porque a lei eleitoral, datada de 1965, é anterior à Constituição da República, que assegura assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, determinado que se criem mecanismos para coibir a

violência no âmbito de suas relações (CR, art. 226, §8º). Quer porque o direito de sufrágio não se sobrepõe ao direito de incolumidade física e psíquica da mulher, sob pena de se criar no período das eleições salvo conduto aos agressores. É preferível que se justifique a perda de um voto do que se chore sobre um cadáver em pleno dia de votação. Houve quem sustentasse a inconstitucionalidade da nova hipótese de decreto de prisão preventiva como forma de garantir de execução de medida protetiva de índole civil. Porém, a possibilidade de aprisionamento decorre exatamente da violência doméstica. Sua prática é que autoriza a concessão da medida protetiva e, para garantir o seu cumprimento, cabe sim o encarceramento do agressor. A mudança foi festejada pela doutrina e acabou consagrada pelo Supremo Tribunal Federal que, além de ratificar o cabimento da prisão provisória quando da prática de atos de violência doméstica contra a mulher, também autorizou a manutenção da prisão inicialmente em flagrante, quando presentes os requisitos da prisão preventiva. De tão eficazes as medidas protetivas adotadas pela Lei Maria da Penha, que o Código de Processo Penal, admitiu a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art.319). O descumprimento da medida protetiva configura crime, punido com pena de três meses a dois anos de prisão (LMP, art.24-A), o que não interfere na decretação da prisão preventiva. Independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu a medida (LMP, art.24-A, § 1º). O desencadeamento da ação penal não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis (LMP, art. 24-A, § 1º). É possível a aplicação das penas substitutivas previstas no código Penal, vedada, no entanto, a concessão de penas pecuniárias ou pagamento isolado de multa. Às claras, não é razoável a conversão da prisão preventiva em alguma medida cautelar semelhante a que foi descumprida. De um modo geral, o agressor é preso em flagrante justamente porque descumpriu medida já aplicada e que se mostrou ineficaz. O Código de Processo Penal não admite a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, na fase do inquérito policial. No entanto, em sede de violência doméstica esta restrição não existe. Dita possibilidade é prevista, de modo expresso (LMP, art. 20). Por ser lei especial, não está sujeita à regra geral. E, fazendo-se uma ponderação de interesses, há que prevalecer a norma de proteção à mulher em situação de risco (LMP, art.4º). A decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento da medida protetiva de urgência pode ocorrer em crimes punidos com detenção, sem que isso signifique violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a medida é assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro (Lei nº 12.304/2011), em respeito e proteção ao bem juridicamente tutelado. Em se tratando de violência doméstica, não cabe imposição de pena pecuniária, quer por expressa previsão da Lei Maria da Penha (LMP, art.17), quer pela possibilidade de decretação da prisão preventiva (CPP, art. 313, III). Sempre divergiu a doutrina sobre a possibilidade de arbitramento de fiança no âmbito da violência doméstica. Agora, de modo expresso a Lei Maria da Penha a admite, concedendo apenas à autoridade judicial a possibilidade de arbitrar fiança (LMP, art. 24-A §2º). (DIAS, 2021)

Em caso de crime continuado, a violência doméstica se perpetua no tempo, dispõe de várias formas e sempre é revestida de enorme perversidade, tanto que se fala no ciclo da violência, tal a espiral de atos que acaba anulando a reação da mulher. Tanto esta é a realidade que, ao buscar a autoridade policial, a vítima sempre diz estar cansada de apanhar. Daí a busca frequente de reconhecimento de se tratar de crime continuado. No entanto, descabe contemplar o agressor com o benefício de se ver apenado por somente um delito, com simples aumento da pena de um sexto a dois terços (CP, art.71). Segundo a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante, para a aplicação do crime continuado, exigem-se a presença concomitante de requisitos objetivos e subjetivos. São requisitos objetivos do crime continuado, a pluralidade de condutas, a pluralidade de crime da mesma espécie, e a semelhança de condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional). Já o requisito subjetivo, ao revés, é fruto da adoção da teoria objetivo-subjetiva, pela qual se inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva. Exige-se um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente. Como se pode perceber, não há como reconhecer continuidade delitiva aos delitos praticados nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar e muito menos com relação nos crimes que se repetem ao longo do tempo. (DIAS,2021).

Com relação ao comparecimento à programa de repercussão e reeducação e acompanhamento psicossocial, talvez a mais salutar previsão da Lei Maria da Penha seja a possibilidade de o juiz aplicar ao agressor, de imediato, como medida protetiva, o comparecimento do agressor a programa de recuperação e reeducação (LMP, art.22, VI), bem como a acompanhamento psicossocial. Com a inclusão do parágrafo único ao art. 152 da Lei de Execução Penal (LMP, art. 45), em sede de violência doméstica contra a mulher, o juiz está autorizado a determinar o comparecimento compulsório do agressor a programas de recuperação e reeducação. A substituição da pena privativa da liberdade por pena restritiva de direitos não é uma novidade. Entre as penas restritivas de direito elencadas no Código penal, uma delas é a limitação de fim de semana (CP, art.43, VI). Seu cumprimento consiste na obrigação do réu de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (CP, art.48). Durante esse período, é facultada a realização de cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas (CP, art.48, parágrafo único e LEP, art. 152). Dispõe de caráter restritivo da liberdade, podendo ser chamada de pena somente a limitação dos finais de semana. Já a frequência a curso de reeducação durante este período, como não é obrigatória e não restringe a liberdade do apenado, não se trata de pena. A substituição só cabe quando a pena aplicada é inferior a quatro anos e não tenha o crime sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa da vítima (CP, art.44). Assim, para haver tal possibilidade substitutiva, além dos demais requisitos dos incisos II e III do

art.44 do CP, é necessário o implemento cumulativo de dois requisitos: o *quantum* da pena ser inferior a quatro anos e a inexistência de violência ou ameaça contra a vítima. A possibilidade de ocorrer esta substituição em sede de violência doméstica, em um primeiro momento, causou perplexidade, uma vez que um dos requisitos para ser admitida a substituição é a inocorrência de violência ou grave ameaça. E nos casos de violência doméstica – como o próprio nome diz – a violência faz parte da estrutura constitutiva do ato. Ou seja, se não houver violência física, psíquica, moral, sexual ou patrimonial, não há violência doméstica. Desse modo, em tese, não haveria a possibilidade de substituição da pena. No entanto, a Lei Maria da Penha veio explicitamente abrir uma exceção à regra que impede sua aplicação, mesmo havendo violência ou grave ameaça. Assim, em sede de violência doméstica, independentemente da pena aplicada – se superior ou inferior a quatro anos-, e da forma da violência perpetrada contra a vítima, pode – ou melhor, deve – o juiz determinar que o agressor, obrigatoriamente, compareça à programa de recuperação e reeducação. Outra diferença. Imposta a pena de limitação de finais de semana, durante o período em que o condenado permanecer albergado, podem ser ministrados cursos e palestras, ou disponibilizadas atividades educativas. Porém, nem o Código penal e nem a Lei de Execução Penal traz qualquer previsão no sentido de ser obrigatório o acompanhamento de tais atividades. Como não é imposta nenhuma sanção para o caso de descumprimento, não há como obrigar a participação do réu. Já a Lei Maria da Penha, ao admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restrição de final de semana, autoriza o juiz a determinar o comparecimento coacto do réu a programas de recuperação e reeducação. Ou seja, o condenado por delito doméstico é obrigado a participar dos programas de acompanhamento psicossocial, dispondo assim do caráter de pena, ao limitar a liberdade do agressor durante sua realização. Já aos réus apenados pela prática de outros delitos não pode ser imposta a frequência a cursos e palestras. Em sede de violência doméstica é admitida expressamente a aplicação da pena restritiva de direito de limitação de final de semana, sem impedimento de serem impostas outras medidas. Basta atentar que o rol das medidas protetivas de urgência que obriguem o agressor é exemplificativo, em face da expressão “entre outras” (LMP, art. 22). A regra é repetida no § 1º do mesmo artigo ao dizer que tais medidas não impedem a aplicação de outras (LMP, art.22§1º). (DIAS, 2021)

Além disso, o *Sursis* que nada mais é do que um estrangeirismo que identifica a suspensão do cumprimento da pena de prisão. Quando a sentença fixa pena inferior a dois anos, o juiz suspende o seu cumprimento, pelo prazo de dois a quatro anos, mediante condições (CP, art. 77). Daí o nome suspensão condicional da pena. Tal figura não se confunde com o *sursis* processual, como é chamada a suspensão condicional do processo, prevista na Lei dos juizados especiais. Neste caso o que suspende é o processo e o indiciado sequer é processado. No que diz com violência doméstica, em se tratando

do crime de lesão corporal, como a pena é de três meses a três anos (CP, art. 129, §9º), o agressor tem direito à suspensão condicional da pena. **O direito a esta benesse não está condicionado à natureza do crime, mas tão só à quantidade da pena: basta não ter sido aplicada pena superior a dois anos.** O *sursis* tem duração de dois a quatro anos. Durante o primeiro ano, fica o réu sujeito a limitação de fim de semana (CP, art.78, §1º). Em se tratando de réu que foi condenado por violência doméstica, concedido o *sursis*, a frequência a programas de recuperação e reeducação é obrigatória. (LEP, art. 152, parágrafo único). Já com referência à suspensão condicional do processo, como a Lei Maria da Penha expressamente afasta a incidência da Lei dos Juizados Especiais (LMP, art.41), não é possível sua aplicação em sede de violência doméstica. A matéria foi sumulada pelo STJ. (DIAS, 2021)

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou acerca de vários temas envolvendo a Lei Maria da Penha. Quanto a audiência de retratação (LMP, art.16), pressupõe a iniciativa da vítima. E é indispensável a designação de audiência específica para tal fim, não servindo a manifestação feita na audiência de instrução e julgamento, depois do recebimento da denúncia. Quanto a tutela da identidade de gênero, como a Lei Maria da Penha, em duas oportunidades, afirma que a mulher está sob o seu abrigo, sem distinguir sua orientação sexual ou identidade de gênero (LMP, artigos. 2º e 5º, parágrafo único), de enorme significado o julgamento do STF que, em que foi reconhecida repercussão geral, assegurando aos transgêneros o direito de obter, administrativamente, a alteração do nome e da identidade de sexo, mediante autodeclaração, sem a necessidade de comprovar a realização de hormonioterapia ou cirurgia de redesignação genital. O julgamento deu ensejo a fixação da tese. Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça se pronuncia quanto a desnecessidade de coabitação para configuração de violência doméstica. A matéria foi simulada pela Corte e foi objeto de tese. Quanto a lesão corporal leve e contravenção penal, o tema mais recorrente que aportou ao STJ foi quanto à necessidade ou não de representação no delito de lesões corporais leves decorrentes de violência doméstica. Ou seja, se a lesão corporal leve praticada no âmbito das relações domésticas era crime condicionado à representação da vítima ou se o Ministério Público poderia desencadear a ação penal independente da vontade da vítima. A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha, afastando a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 no que se refere aos crimes de violência doméstica ou familiar contra a mulher, houve uma guinada na posição do STJ, que acolheu o novo entendimento. Passou a reconhecer também que a ação é pública incondicionada. Inclusive formulou nova súmula e firmou tese a respeito. O mesmo ocorreu com referência à contravenção penal. O STJ revisou sua posição inicial e firmou a competência do juizado de violência doméstica. Não só os delitos considerados de pequeno potencial ofensivo foram deslocados para o âmbito do JPDFM. As contravenções penais também. No que tange a retratação, mesmo havendo possibilidade

de a vítima se retratar nos delitos que exigem representação, a audiência prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha não pode ser realizada de ofício. A retratação somente pode ocorrer quando a vítima manifesta, antecipada, espontânea e livremente, o interesse de se retratar. O enunciado do fórum nacional de violência doméstica diz que a audiência é cabível, mas não obrigatória. E o não comparecimento da vítima à audiência implica em prosseguimento da ação. Sua realização não é condição para instauração do inquérito policial, sob pena de constrangimento ilegal, a configurar ato de ratificação da representação, que é inadmissível. A retratação somente pode ser manifestada antes do oferecimento da denúncia. Quanto a reconciliação entre a vítima e o agressor não implica no reconhecimento da atipicidade material da conduta ou da desnecessidade de pena. Quanto a motivação as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não possuem a mesma natureza. A primeira tem caráter subjetivo, ao passo que a segunda é objetiva, não há, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea. Quando se trata do crime de feminicídio, somente devem ser excluídas da decisão de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes ou sem nenhum amparo nos elementos dos autos, sob pena de usurpação da competência constitucional do Tribunal do júri. Admitida a análise da culpabilidade do agente em razão da intensidade da violência perpetrada contra a vítima em crimes de lesão corporal em contexto de violência doméstica contra a mulher, o ciúme é de especial reprovabilidade em situações de violência de gênero, por reforçar as estruturas de dominação masculina – uma vez que é uma exteriorização da noção de posse do homem em relação à mulher – e é fundamento apto a exasperar a pena base. Com relação a garantia de trabalho, compete ao JPDFM ou à Vara Criminal apreciar o pedido de manutenção do vínculo trabalhista da vítima de violência doméstica. As claras que a vítima tem direito a receber salário. Assim, por falta de previsão legal, cabe interpretação analógica para reconhecer que a situação advém da ofensa à integridade física e psicológica da mulher e deve ser equiparada aos casos de doença da segurada. Deste modo, cabe ao empregador o pagamento dos quinze primeiros dias de afastamento, ficando a cargo do INSS o pagamento do restante do período de afastamento estabelecido pelo juiz. Quanto a indenização por dano moral, com a reforma do Código de Processo Penal, ao proferir sentença penal condenatória, o juiz deve fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, devendo considerar os prejuízos sofridos pelo ofendido (CPP, art. 387, IV). Transitada em julgado a sentença, a execução do valor fixado é buscada no juízo cível (CPP, art.63), sem prejuízo de eventual liquidação para ser apurado o dano efetivamente sofrido (CPP, art.63, parágrafo único). Tal possibilidade, no entanto, não impede que a vítima intente ação indenizatória no juízo cível. (CPC, art.64). O STJ reconhece a necessidade de ser formulado pedido específico da condenação indenizatória ou pela vítima ou pelo Ministério Público. No entanto, o reconhecimento da ocorrência de dano moral e material no âmbito da violência doméstica, sempre esbarrou na questão probatória. A

divergência sobre a necessidade ou não de ser indicado o valor pretendido para a reparação do dano sofrido, restou solvido em julgamento com repercussão geral, com edição de tese. Como afirmado pelo relator, a dor, o sofrimento, a humilhação da vítima deriva da própria prática criminosa experimentada, sendo de difícil mensuração. Assim, não há razoabilidade na exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo ao valor da mulher como pessoa e à sua própria dignidade. Com relação ao Princípio da insignificância, o STJ solveu, via edição de súmula, a controvérsia sobre a aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela reconhecendo como imprópria aos crimes ou às contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. Já com relação a suspensão condicional do processo e da pena, quando a sentença fixa pena inferior a dois anos, o juiz suspende o seu cumprimento, pelo prazo de dois a quatro anos, mediante condições (CP, art.77). É o que se chama de *sursis* ou suspensão condicional da pena. Tal figura não se confunde com a chamada suspensão condicional do processo, prevista na Lei dos Juizados Especiais. Neste caso, o que se suspende é o processo e o indiciado sequer é processado. No que diz com a violência doméstica, aplicada a pena não superior a dois anos, o agressor tem direito à suspensão condicional da pena. Concedido o *sursis*, a frequência a programas de recuperação e reeducação é obrigatória. (LEP, art.152, parágrafo único). Já com referência à suspensão condicional do processo, como a Lei Maria da Penha expressamente afasta a incidência da Lei dos Juizados Especiais (LMP, art.41), não é possível sua aplicação em sede de violência doméstica. (DIAS, 2021) A Justiça ordinária significa comum não especializada. O conceito de justiça ordinária ou comum é residual e corresponde ao que não é da competência das justiças especiais: eleitoral, trabalhista ou militar. O que sobra, automaticamente, é justiça comum, seja federal, seja estadual. Como a competência da justiça federal é definida pela presença da união e suas autarquias, as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher restam mesmo para a justiça comum estadual. Como a competência da justiça federal é definida pela presença da união e suas autarquias, as causas decorrentes da prática de violência e familiar contra a mulher restam mesmo para a justiça estadual. Apesar da crença generalizada, a Lei Maria da Penha não é uma lei de natureza criminal, ainda que traga algumas disposições de âmbito penal. Não tipifica como crimes as ações que definem como violência doméstica e nem cria novos tipos penais. Tanto que não são impostas penas às práticas definidas como violência doméstica. Ainda assim, foi atribuída competência aos juízos criminais para as demandas provenientes da sua aplicação enquanto não criados e instalados os juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher. A preocupação maior diz com a aplicação de medidas protetivas, sem haver definição da natureza jurídica de tais provimentos que, escancaradamente, tem origem no âmbito do Direito das Famílias. Ainda assim, onde não estiver instalado JVDFM, o procedimento é encaminhado à Vara Criminal (LMP, art.33). Cabe ao Tribunal de Justiça de cada Estado

designar uma vara criminal para responder pela violência doméstica, em face da proibição de ser atendida pelos juizados especiais criminais. A Lei que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência recomenda a criação de juizados ou varas especializadas em crimes contra crianças e adolescentes. Diz que as leis de organização judiciária “poderão” criá-los. Até serem criados estes juízos, parágrafo único do seu art. 23 atribui aos juizados ou varas especializadas em violência doméstica o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência. Apesar de inexistir um levantamento sobre a implantação desses juizados, é de todo descabido atribuir tal competência os JPDFMS. Além de excessiva sobrecarga aos ainda escassos juizados existentes, compete às leis de organização judiciária estaduais dispor sobre a competência dos seus órgãos jurisdicionais e administrativos (CR, art. 96, I, a). Quanto a competência da Justiça Federal, veio a Lei Maria da Penha atender os compromissos assumidos pelo Brasil em tratados internacionais, que impõem o reconhecimento de direito das mulheres como direitos humanos. (LMP, art.6º). Apesar da tendência de definir como sendo da Justiça Federal a competência para julgar crimes cometidos em afronta aos direitos humanos, que não pode ser invocado em sede da Lei Maria da Penha, que prevê a criação de juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher – JPDFMS, órgãos da justiça ordinária com competência civil e criminal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. No entanto, há a possibilidade de qualquer processo envolvendo violência doméstica ser deslocado para a justiça federal. Ocorrendo grave violação dos direitos humanos, para assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, a Constituição da República autoriza que o Procurador-Geral da República suscite, perante o STJ, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. Ou seja, ainda não se questione a competência da justiça comum estadual para apreciar as causas envolvendo a violência doméstica, flagrada em algum processo ou inquérito grave violação dos direitos humanos das mulheres, a demanda pode migrar para a Justiça Federal. Quando da competência de juízo, após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, muitos foram os questionamentos sobre o fato de a violência doméstica ter sido excluída do âmbito dos Juizados especiais criminais. Mas esta foi, indiscutivelmente, a intenção do legislador: deixar claro que a violência contra a mulher não é crime de pequeno potencial ofensivo. Tanto, que a lei é enfática e até repetitiva, em afastar os delitos que ocorrem no âmbito da família, do juízo especial que aprecia infrações de pequena lesividade. A alteração da competência justifica-se. A Constituição assegura alguns privilégios a delitos de menor lesividade, delegando à legislação infraconstitucional, definir os crimes que assim devem ser considerados. Foi o que fez a Lei dos Juizados Especiais. Sem dar nova redação à Lei das contravenções penais e nem ao Código Penal, considerou de pequeno potencial ofensivo: as

contravenções penais, os crimes a que a Lei comina pena máxima não superior a dois anos, e os delitos de lesões corporais leves e lesões culposas. A Lei Maria da Penha- lei da mesma hierarquia- expressamente afastou a violência doméstica de sua égide. Trata-se de Lei especial e afastou a violência doméstica de sua égide. Trata-se de Lei especial e protetiva de natureza híbrida, editada, com o claro objetivo de punir com mais rigor os delitos cometidos no ambiente doméstico. Assim, se a vítima é mulher e o crime aconteceu no ambiente doméstico, não é delito de pouca lesividade, não podendo mais ser apreciado pelos juizados especiais criminais (JECRIMS). Onde não se encontram instalados os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher JVDFM, a competência é das Varas Criminais. Como o legislador usou a expressão “crimes” para repudiar os juizados Especiais, inúmeras controvérsias surgiram sobre as contravenções penais: continuaram nesses juizados ou passariam ao abrigo da Lei Maria da Penha? Tanto o STJ como o STF pacificaram o tema, proclamando a competência dos juízos da violência doméstica. Ora, de todo o descabido que a lesão corporal e os demais crimes fossem encaminhados aos JVDFMS, e a contravenção de vias de fato, importunação ofensiva ao pudor e perturbação da tranquilidade, por exemplo, persistissem apreciadas nos JECRIMS. Como infelizmente a Lei Maria da Penha não impôs a criação dos JVDFMS e nem definiu prazo para seu funcionamento, enquanto tal não ocorrer, a competência para conhecer e julgar as varas de violência doméstica é das Varas Criminais. Em se tratando de violência doméstica, como afirma Luiz Flávio Gomes, há uma norma fundamental: a competência é firmada em razão da pessoa da vítima (mulher), assim como em virtude do seu vínculo pessoal com o agente do fato (ou seja, também é imprescindível a ambiência doméstica, familiar ou íntima). Não importa o local do fato, pois não é ele que define a competência. Fundamental é que se constate a violência contra mulher e seu vínculo com o agente do fato. Para o processo, julgamento e execução das causas cíveis e criminais do âmbito da Lei Maria da Penha, é determinada a aplicação subsidiária tanto dos códigos de processo penal e civil, como do ECA e do Estatuto do Idoso (ECA, art.13). Um não exclui direitos reconhecidos nos outros, uma vez que os três estatutos visam a concretizar valores constitucionalmente reconhecidos. Descabe a aplicação pura e simples dos métodos tradicionais de solução de conflito (hierárquico, cronológico e especializados), o que evidencia a necessidade de esmerada acuidade jurídica e sensibilidade, visando sempre adotar posição que possibilite resguardar, ao máximo, os direitos reconhecidos em cada uma dessas normas. No âmbito processual penal, a identificação da competência atenta ao critério do lugar da infração (CPP, art.70). Dispondo o agressor de foro privilegiado por prerrogativa de função, a competência para o julgamento das ações criminais desloca-se para o órgão julgador indicado na lei, que se sobrepõe à competência do lugar da infração. O Código de Processo civil elegeu a competência territorial, local da residência do réu (CPC, art.46). Mas há exceções para as ações de desconstituição do casamento ou da união estável (CPC, art.53, I): de domicílio do guardião de filho incapaz, do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz, de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo

domicílio do casal, de domicílio da vítima de violência doméstica e familiar. O Estatuto do Idoso impõe a competência absoluta do domicílio do idoso somente para as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos que lhes são assegurados. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente firma a competência pelo domicílio dos pais ou responsáveis. Na falta deles, o lugar onde se encontra a criança ou o adolescente. Neste sentido, enunciado do fórum nacional de juízes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Quando se trata de ato infracional, a autoridade competente é a do lugar onde ocorreu ação ou omissão. Em todos os códigos, estatutos e leis, a competência em sede de jurisdição penal é definida pelo local da prática do delito. Para as demandas de natureza civil, o critério é o domicílio do réu, com algumas exceções. Claro que diante desse emaranhado de regras surgem dúvidas na hora da identificação do juízo competente. Em sede de violência doméstica, o critério definidor da competência é: que a violência seja contra a mulher; e que ocorra no âmbito doméstico, familiar ou decorra de relacionamento íntimo do agente do fato, pouco importando o local da agressão. A Lei Maria da penha alterou a competência funcional do Código de Processo Civil para garantir à vítima escolher o juízo para requerer medidas protetivas ou propor as ações cíveis que tenham por causa de pedir a violência doméstica. Em se tratando de violência doméstica, as dificuldades são ainda maiores porque nos processos cíveis é delegado à ofendida o direito à eleição do foro (LMP, art.15): o de sua residência ou domicílio, o lugar do fato em que se baseou a demanda, ou o local do domicílio do agressor. Hipótese que gera mais questionamentos é a que diz com as medidas protetivas de urgência que, em sua grande maioria, dispõem de natureza cível. Apesar de oportunizado à vítima eleger o foro competente, o encaminhamento a juízo é levado a efeito pela autoridade policial (LMP, art.12, VIII). De qualquer modo, imperioso é que seja respeitada a vontade da ofendida. Caso manifeste o desejo de exercer o direito de escolha assegurado na lei, a remessa deve ser feita ao juízo eleito por ela. Havendo necessidade de adoção de medida protetiva de urgência, o expediente deve ser levado a juízo em quarenta e oito horas. Claro que este prazo é excessivo. Quer porque a violência deve cessar de forma imediata, quer porque os atuais meios de comunicação virtual permitem que o expediente seja enviado on-line para o juízo. Em momento posterior – no prazo de trinta dias -, se o indiciado estiver solto-, é enviado à justiça o inquérito policial. Como em relação à medida protetiva o foro pode ser eleito pela vítima e o inquérito policial deve ser encaminhado ao juízo do local em que ocorreu a infração, pode não haver coincidência de cidades. Atendendo à manifestação da vítima, o pedido de providência pode ser remetido ao foro que não seja o do local da infração. Deste modo, há a possibilidade de a medida protetiva ser processada em uma comarca enquanto a ação penal se desencadeie perante distinto foro. Ainda que não exista conexão ou continência entre ambos, é possível que surjam algumas dificuldades. A desistência da representação pode se dar perante o juiz que recebeu o pedido de medida protetiva. Em face da

necessidade de tal fato ser comunicado ao juízo que recebeu o inquérito, o impasse pode gerar eventual demora, e a comunicação só chegar quando já recebida a denúncia. Assim, mesmo que a retratação tenha ocorrido tempestivamente, há a possibilidade de o juiz só tomar conhecimento da manifestação de vontade quando já iniciada a ação penal, o que torna ineficaz a manifestação da vítima de não ver o réu processado. A Lei Maria da Penha criou os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), mas não impôs sua instalação e nem fixou prazo para que ocorra sua implantação. Enquanto não estruturados os JVDFMs, foi atribuída competência civil e criminal às Varas Criminais. Porém, a competência dos Juizados especializados e das Varas Criminais não é a mesma. Aos JVDFMs das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Além disso, a ofendida tem a opção de propor, neste juízo, ação de divórcio ou de dissolução de união estável. Somente é excluída matéria referente à partilha de bens. Claro que esta possibilidade só existe quando a causa de pedir diga com a prática de violência doméstica. No entanto, promovida no Juizado da Violência Doméstica ação de divórcio ou de dissolução de união estável cumulada com a partilha de bens, cabe ao juiz declinar da competência para a Vara de família. Já as varas criminais dispõem de competência tão só para o processo e o julgamento de causas decorrentes da prática de violência doméstica. Mas neste juízo não cabe a propositura de ações buscando a dissolução do vínculo de convivência. É que tal possibilidade é assegurada ao Juizado da Violência Doméstica. Ocorre que onde há Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, deferida medida protetiva, sua execução, fica a cargo do mesmo juízo. E, havendo inadimplemento, a ele compete a decretação da prisão preventiva do infrator, comunicando à autoridade policial a prática do crime, para que seja instaurado o respectivo inquérito policial. Importante destacar que as ações de divórcio e de dissolução de união estável são da competência dos Juizados de família. Mas quando tenham por fundamento a ocorrência de violência doméstica podem ser propostas perante o JVDFM. Trata-se de uma competência híbrida, reiterada por este dispositivo, impõem que a solução dos problemas jurídicos-familiares ocorra em procedimento único. Para isso sustenta que todas as demandas envolvendo Direito das Famílias sejam apreciadas indistintamente pelas Varas de Família e pelos JVDFMs, havendo ou não alegação da prática de violência doméstica. Onde não existe Juizado especializado – infelizmente, na maior parte do país- devem ser encaminhadas às Varas Criminais tanto os pedidos de medidas protetivas de urgência como os inquéritos policiais. Ao juízo cabe apreciar o pedido liminar. Deferida ou não a medida protetiva, o juiz determina o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, para o ajuizamento da ação de divórcio ou de dissolução de união estável. Ocorrendo descumprimento de medida protetiva, pode o juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade policial ou da ofendida decretar a prisão preventiva do agressor. O que não impede que seja processado pela prática do crime, sujeito à pena de detenção de três meses a dois anos. Independe de quem deferiu a medida, se o juiz do JVDFM, da Vara cível, de família ou criminal. Em sede de execução das medidas

protetivas, há uma distinção, a depender da instalação ou não dos JVDFMS. O processo, o julgamento e a execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher é da competência dos JVDFMS. Nas comarcas em que não foram instalados os juizados especializados, o juiz criminal dispõe de competência cumulativa, cível e criminal, somente para conhecer e julgar as causas decorrentes da violência doméstica. Como não há referência à execução, esta não pode processar-se perante o juízo criminal. Assim, é de se questionar, enquanto as demandas tramitarem nas varas criminais que não dispõem de competência executória, a quem compete executar as medidas protetivas deferidas pelo juiz da vara criminal? Só pode ser o juízo cível. Cabe figurar hipótese a partir dos alimentos. Autoriza a lei que o juiz, constatando a prática de violência doméstica, imponha ao agressor, como medida protetiva, o pagamento de alimentos provisórios. Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina a imposição de alimentos a favor dos filhos quando determinado o afastamento do genitor da morada comum. Alimentos provisórios são concedidos, a título de antecipação de tutela, em sede de ação de alimentos. A Lei não prevê, mas estão inseridos no conceito de alimentos provisórios os alimentos gravídicos. A decisão proferida a título de medida protetiva gera título executivo judicial, podendo ser buscado o cumprimento da sentença em ação autônoma no juízo de família. A violência doméstica não autoriza somente o registro de ocorrência e o pedido de medidas protetivas perante a autoridade policial, a ser encaminhada ao JVDFM ou Vara Criminal. A lei Maria da penha pode ser invocada nas demandas familiares. Nas ações propostas perante as Varas de Família, que tenham como causa de pedir a violência doméstica, é possível buscar a concessão das medidas protetivas elencadas na Lei Maria da Penha a título de tutela antecipada de caráter antecedente. Trata-se de competência concorrente. A Lei Maria da Penha confere à vítima o direito de optar pelo JVDFM para propor ação de divórcio ou de dissolução de união estável. Caso em que pode pedir a aplicação de medidas protetivas. Também nos juízos de família, é possível buscar a concessão de medidas protetivas em demandas outras, como na ação de alimentos e de partilha de bens. Caso ocorra o inadimplemento da liminar concedida, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva do réu e comunicar à autoridade policial pela prática do crime de descumprimento de decisão judicial. Por fim, os crimes dolosos contra a vida, são julgados pelo Tribunal do Júri. Porém, em se tratando de feminicídio – consumado ou tentado – em decorrência de vínculo doméstico, a instrução do processo deve ocorrer nos JVDFM. O deslocamento da ação para a Vara do Júri ocorre após a inquirição das testemunhas e do oferecimento das alegações finais. No fim da primeira fase, antes da pronúncia, é que o processo deve ser encaminhado à Vara do júri. A sentença de pronúncia, que encaminha o julgamento do réu a plenário, cabe ao presidente do Tribunal do Júri. Mesmo neste juízo podem ser aplicadas medidas protetivas a favor da vítima ou familiares. As vítimas de crime de feminicídio e seus familiares devem contar

com a assistência jurídica gratuita, devendo o juiz designar defensor público ou advogado dativo para atuar em defesa nos processos de competência do Tribunal do Júri, exceto se estiverem assistidos por advogado e ou defensor público. Nas comarcas em que não se encontram instalados juizados da Violência doméstica, as duas fases da ação competem ao Tribunal do Júri. Vale corroborar que a Lei Maria da Penha tem natureza híbrida. Ainda que empreste relevo à natureza criminal da violência doméstica, traz disposições do âmbito do direito civil, tanto que é atribuída competência cível e criminal não só aos JVDfMS, mas também às varas Criminais que respondem pela sua aplicação enquanto não instalados os juizados especializados. Por isso é determinada a aplicação das normas do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal, no que não conflitem com o nela estabelecido. (DIAS, 2021)

Em razão do que foi exposto, num primeiro momento, após ocorrência do fato típico é necessário que a vítima vá até uma delegacia especializada que trata de violência contra a mulher, de preferência, as “DEAMS” – Delegacias Especializadas para atendimento à Mulher, não havendo na comarca ou nas proximidades, poderá ser uma delegacia distrital, de bairro, mais próxima da residência da vítima, para registrar um boletim de ocorrência que dará início ao inquérito policial, fase administrativa, extrajudicial, peça informativa e de investigação.

Havendo embasamento e iniciada a investigação, a autoridade policial, tomará as medidas necessárias para fundamentar a peça informativa, tais como, havendo marcas e hematomas visíveis ou pelo relato da vítima, a autoridade policial perceber sinais de violência física, de acordo com o caso, será necessário o delegado providenciar e encaminhar, com urgência para a realização do exame de corpo de delito, antes que as evidências desapareçam a depender do crime e do grau da lesão.

As intervenções corporais, investigação corporal ou ingerência humana são medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade do consentimento destas. Exame de sangue, ginecológico, identificação dentária, endoscopia, exame do reto, exame de matérias fecais, urina, saliva, DNA, usando fios de cabelo, identificação datiloscópicas de impressões dos pés, unhas e palmar e também a radiografia. As provas não invasivas, fios de cabelos encontrados no chão, mesmo que o agente não concorde poderá ser usada desde que não implique colaboração ativa do acusado. Porquanto o que torna a prova ilícita é a coação por parte do estado obrigando o sujeito a produzir prova contra si mesmo.

Vale ressaltar que o Inquérito policial tem características próprias como inquisitiva, investigativa, escrito, documentado, sigiloso, não cabe ampla defesa e contraditório por não se tratar de fase judicial, bem como cinco importantes funções, segundo a melhor doutrina, a saber: função preparatória, função preservadora, função satisfativa ou restaurativa, função simbólica e função reveladoras de fatos ocultos.

A função preparatória consiste em fornecer elementos de informação no Inquérito policial, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, além de acautelar meios de prova que poderão desaparecer com o decurso do tempo.

Na função preservadora, a existência prévia de um inquérito inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado.

Na função satisfativa ou restaurativa, o inquérito policial visa o retorno ao status quo ante, é dizer, restaurar as condições existentes antes da prática criminosa, para o autor e para a vítima. Nos crimes patrimoniais, por exemplo, sob o ponto de vista da vítima, mais importante do que a responsabilização do criminoso é a recuperação do produto da infração.

Enganam-se quem pensa que uma persecução penal exitosa é aquela em que os criminosos são presos, pois, dentro de uma sociedade delinquente, não basta assegurar a imposição da pena como efeito jurídico do crime, sendo imprescindível a desarticulação de toda estrutura desenvolvida a partir da prática de infrações penais.

Nesse cenário, as medidas assecuratórias, como a busca e apreensão e o sequestro, se tornam extremamente valiosos no combate à criminalidade, pois:

1. O confisco de bens e valores promove a asfixia econômica de certos crimes;
2. Tendo em vista a fungibilidade dos integrantes das organizações criminosas, a neutralização de bens e valores desestabiliza a estrutura criada;
3. Evita-se a possibilidade do uso do produto do crime após o cumprimento da pena.

Para a função simbólica, a investigação preliminar, contribui para reestabelecer a tranquilidade social, ao mostrar para a comunidade que o Estado está tomando medidas para responsabilizar os criminosos. Em outros termos, contribui para analisar o mal-estar causado pelo crime, posto que os órgãos estatais atuaram, evitando a impunidade.

Já a função reveladora de fatos ocultos está relacionada com as cifras negras do direito penal, ou seja, todas aquelas infrações cometidas que não chegam ao conhecimento dos órgãos encarregados da persecução penal.

Vale salientar que em se tratando de crimes de violência praticados contra a mulher não elucidados pelas autoridades policiais, fala-se em cifras rosas.

Há inúmeros fatores que contribuem para o aumento das cifras negras, quais sejam:

1. Revitimização: processo mental que faz com que a vítima se sinta novamente lesada, seja pela relação com outras pessoas ou instituições públicas (heterovitimização) ou pelo sentimento de culpa (auto vitimização);
2. Falta de confiança no sistema de justiça;
3. Medo de represálias
4. Tolerância ao crime.

Nesse contexto, a investigação preliminar deve desempenhar o papel de desvendar os fatos ocultos, como forma de diminuir o descrédito no sistema penal e amenizar a insegurança social.

Importante lembrar os tipos de vitimização que são a vitimização primária, secundária e terciária: A vitimização primária ocorre com os prejuízos advindos diretamente do crime sofrido. Por sua vez, a vitimização secundária, diz respeito ao sofrimento da vítima no curso do processo com os desrespeitos às garantias processuais e aos direitos fundamentais que lhes são garantidos. Já a vitimização terciária, a vítima sofre com o abandono do Estado e do seu grupo social.

MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Elenca a Lei Maria da Penha um rol de medidas para dar efetividade ao seu propósito: assegurar a mulher o direito de uma vida sem violência. Tentar deter o agressor, bem como garantir segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole agora não é encargo somente da polícia, mas também do juiz e do Ministério Público. Todos precisam agir de modo imediato e eficiente. As providências não se limitam às medidas protetivas de urgência previstas nos artigos. 22 a 24. Medidas outras voltadas à proteção da vítima e encontram-se espalhadas, em toda a Lei e merecem igualmente serem chamadas de protetivas. A autoridade policial deve tomar as providências cabíveis, no momento em que tiver conhecimento de episódio que configure violência doméstica. A Vítima tem direito de receber atendimento prestado por servidores capacitados e, preferencialmente, do sexo feminino. Havendo risco à vida ou à integridade física da vítima ou de seus dependentes, o agressor deve ser imediatamente afastado do lar. Esta é providência a ser tomada pela autoridade judicial. No entanto, nos municípios que não são sede de comarca, cabe à polícia civil realizar esta diligência. Quando não houver delegado disponível no momento da denúncia, a autoridade policial pode promover o afastamento. Nessas hipóteses, no prazo de vinte e quatro horas, deve haver a comunicação ao juiz da medida aplicada, a quem cabe, em igual prazo, manter ou

revogar a providência policial, dando ciência ao Ministério Público. A adoção de qualquer providência está condicionada à vontade da vítima. Ainda que a mulher proceda ao registro da ocorrência, é dela a iniciativa de pedir proteção por meio de medidas protetivas, somente nesta hipótese assim é formado expediente para deflagrar a concessão de tutela provisional de urgência. No entanto, a partir do momento em que a vítima requer medidas protetivas, o juiz pode agir de ofício, adotando as medidas outras que entender necessárias para tornar efetiva a proteção que a lei promete à mulher. Esta possibilidade não chega a ser uma novidade. Por exemplo, a lei processual civil admite a imposição de multa diária, independentemente de pedido do autor, bem como a determinação de busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividades nocivas, além de requisição de força policial. Também o Estatuto da infância e juventude autoriza que o juiz fixe alimentos provisórios a favor de filhos vítimas de maus tratos. Não é apenas quando do recebimento do expediente da autoridade policial, com o pedido de medidas protetivas, que cabe a concessão de tutela de urgência. Novas medidas podem ser concedidas, quando do recebimento do inquérito policial ou durante a tramitação da ação penal. Para garantir efetividade às medidas deferidas, a qualquer momento cabe substituí-las ou até conceder outras medidas. Igual compromisso tem o Ministério Público de requerer a aplicação de medidas protetivas ou a revisão das que já foram concedidas, de modo a assegurar proteção à vítima. Seja o juiz do JVDFM, da Vara Criminal ou da vara de família ele tem a faculdade de requisitar o auxílio da força policial ou decretar a prisão preventiva do agressor. **De outro lado, mesmo tramitando ação no juízo de família, nada impede que a vítima proceda ao registro de ocorrência perante a autoridade policial para a concessão de medidas protetivas. Tratava-se de competência concorrente.** Dedicada a Lei Maria da Penha um capítulo às medidas protetivas de urgência. Reserva um único artigo às medidas que obrigam o agressor e uma seção às chamadas “ Das medidas protetivas de urgência à ofendida”. As hipóteses elencadas são exemplificativas, não esgotando o rol de providências protetivas passíveis de adoção, consoante ressalvado no art. 22 § 1º e no caput dos artigos 23 e 24. No dizer de Fredie Didier, subsiste um verdadeiro princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência, a corroborar ao magistrado a possibilidade de se valer, em cada caso concreto, da medida que reputar mais adequada, necessária e proporcional para alcançar o resultado almejado, ainda que a medida não esteja prevista na lei. É a forma encontrada para manter a abertura do sistema. Além das medidas nominadas como protetivas, há outras. Basta lembrar a inclusão da vítima em programas assistenciais, que tem nítido viés protetivo. Dispõe da mesma natureza a possibilidade de assegurar à vítima servidora pública acesso prioritário à remoção. Trabalhando ela na iniciativa privada, lhe é garantida a manutenção do vínculo empregatício, por até seis meses, se for necessário seu afastamento do local de trabalho. Não há como deixar de reconhecer também como de caráter protetivo o direito de a

vítima ser intimada pessoalmente dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente do seu ingresso e saída da prisão. De igual modo, é a vedação de ser ela a portadora da intimação ao agressor. O Conselho Nacional de justiça expediu resolução sobre a forma de comunicação à vítima dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão. Talvez uma das maiores revoluções provocadas pela Lei Maria da Penha foi admitir que medidas protetivas de urgência, do âmbito do Direito das famílias, sejam formuladas perante a autoridade policial. A vítima, ao registrar a ocorrência da prática de violência doméstica, pode requerer separação de corpos, alimentos, vedação de o agressor aproximar-se dela e de seus familiares ou ser ele proibido de frequentar determinados lugares. Essas providências podem ser pleiteadas pessoalmente pela parte, na delegacia de polícia. Ou seja, A Lei atribuir à autoridade policial função de serventário da justiça, ao permitir que a vítima demande medida protetiva de natureza cível quando do registro da ocorrência. Este é o momento da propositura da ação, em que se considera iniciada a litispendência em relação à vítima. A identificação deste momento é necessária, por exemplo, para estabelecer o fim da comunicabilidade patrimonial e fixar o termo inicial da obrigação alimentar. Debate-se sobre a natureza jurídica das medidas protetivas. Não se trata de discussão meramente acadêmica, pois significativos são os reflexos de ordem processual desta identificação. Uns afirmam que, se a medida for de natureza penal, pressupõe um processo criminal. Outros pregam sua natureza cível, servindo para resguardar um processo civil. Mas há mais. Enquanto consideradas acessórias, somente teriam eficácia enquanto perdurasse o processo cível ou criminal. Fausto Rodrigues de Lima afirma que a discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas. Certamente por isso, as medidas deferidas em sede de cognição sumária, não dispõem de caráter temporário, não podendo ser imposto à vítima o dever de ingressar com a ação principal no prazo de trinta dias, limitação temporal existente na lei processual civil. Ainda pode dispor de natureza satisfativa, sem prejuízo de eficácia, perdurando indefinidamente, enquanto persistir situação de risco. Subtrair a eficácia da medida depois do decurso de determinado prazo, conforme sustentado por alguns, pode gerar situações para lá de perigosas. Basta supor a hipótese de o ofensor ter sido afastado do lar em face das severas agressões perpetradas contra a mulher, permanecendo ela e os filhos no domicílio comum. Decorridos trinta dias da efetivação da medida, de todo descabido que, pelo fim da eficácia da medida, tenha o agressor o direito de retornar ao lar. O mesmo se diga com referência aos alimentos. Desarrazoado depois de trinta dias suspender sua vigência e deixar a vítima e os filhos sem meios de subsistir. Já se encontra pacificado na jurisprudência que, no âmbito do Direito das famílias, que tais medidas não perdem a eficácia, se não intentada a ação no prazo legal. A própria Lei Maria da Penha não dá margem a dúvidas: as medidas protetivas não são acessórias de processos principais e nem se assemelham-se aos writs constitucionais

que, como o habeas corpus ou o mandado de segurança, não protegem processos, mas direitos fundamentais do indivíduo. São, portanto, medidas cautelares inominadas que visam garantir direitos fundamentais e coibir a violência no âmbito das relações familiares, conforme preconiza a Constituição da República. As tutelas inibitórias e reintegratórias que cabem ser asseguradas como medidas protetivas de urgência são espécies de tutela específica: modalidade de tutela jurisdicional em que se busca viabilizar à parte um resultado específico. Têm por finalidade impedir atos ilícitos, o que justifica a possibilidade de o juiz impor obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa, no intuito de tutelar especificamente o resultado almejado pela ofendida. Em alguns casos é recomendável o estabelecimento de limitação temporal. Ou seja, ao deferir a medida o magistrado pode estipular período de vigência. Fluído o prazo, a medida perde automaticamente a eficácia. Cabe um exemplo: quando o juiz, ao determinar ao agressor a prestação de caução, pode estabelecer prazo para a vítima intentar a ação indenizatória, sob pena de perda de eficácia da medida. Ninguém aborda melhor o tema que Fredie Didier. Afirma ele que a grande virtude da Lei Maria da Penha é ter regulamentado meios de prevenção do ilícito. A violência doméstica não configura somente ilícito penal, mas também ilícito civil. Como a jurisdição penal tem por objetivo punir o agente depois do ilícito consumado, há a necessidade de buscar a tutela jurisdicional prevista a lei processual civil. Tanto a tutela inibitória para inibir a prática do ilícito, como a tutela reintegratória para remover ou impedir sua continuação. Desse modo é importante distinguir: a sanção penal ao agressor; as consequências civis do ilícito cometido; e as medidas que visam impedir que a violência ocorra ou se perpetue. Para impedir a violência, a sua repetição ou continuação, a Lei Maria da Penha confere um procedimento diferenciado, denominado de medidas protetivas de urgência: providências de conteúdo satisfativo, concedida em procedimento simplificado. Trata-se de procedimento cautelar, embora sem conteúdo cautelar. Como a ação para obtenção da medida protetiva de urgência é satisfativa, dispensa o ajuizamento da ação principal em trinta dias. As medidas da Lei Maria da Penha são nada mais do que as medidas provisionais previstas a título de tutela antecipada no processo de conhecimento. Ainda que se processem pelo rito do procedimento cautelar, não dispõem de conteúdo cautelar. Sendo satisfativa não exigem o ajuizamento de ação principal. De há muito se encontra pacificado que a separação de corpos, ainda que de natureza cautelar, é medida satisfativa, não estando condicionada à propositura da ação de divórcio ou desconstitutiva da união estável. Seria desastroso admitir o retorno ao lar de quem foi coactamente afastado. E, quando a separação decorre de episódio de violência, com mais razão não há como limitar sua eficácia. O mesmo se diga com relação à determinação de o agressor manter distância da vítima, familiares e testemunhas. Este é o motivo de a Lei Maria da Penha não ter imposto prazo de vigência das medidas protetivas. Na prática, os juízes deferem medidas protetivas que implicam em restrição à liberdade do agressor,

com prazo de vigência e comunicam à vítima que, se a necessidade persistir, deve pedir sua prorrogação. Para isso não há necessidade de ser representada por advogado. Basta comparecer pessoalmente a juízo e justificar o pedido. Tomada a termo a solicitação, é levada à apreciação judicial. Caso seja indeferido o pedido de prorrogação, persistindo a violência, a vítima pode promover novo registro de ocorrência perante a autoridade policial, requerendo novamente a concessão de medida protetiva. Quando é determinado o afastamento do agressor do lar comum e a proibição de contato, a vítima é advertida de que, se permitir o retorno dele ou sua aproximação aquém dos limites fixados, a medida restará revogada. Os pedidos de medidas protetivas de urgência são encaminhados pela autoridade policial ao JVDPM ou à Vara Criminal nas comarcas em que o juízo especializado não se encontra instalado. Apesar de deferido o prazo de quarenta e oito horas para a autoridade policial encaminhar o expediente a juízo, indispensável que a comunicação ocorra em tempo menor. É igualmente excessivo o igual prazo concedido ao juiz para apreciar o pedido de medida protetiva. Afinal, a finalidade da própria lei é estancar a violência da maneira mais eficiente e rápida possível. De forma atenta o Conselho Nacional de Justiça determina que as medidas protetivas sejam apreciadas no período do plantão judiciário. Do mesmo modo, impõe aos oficiais de justiça o prazo de quarenta e oito horas para cumprirem os mandados referentes a medidas protetivas de urgências. Ao promover o registro da ocorrência e formar o expediente a ser encaminhado a juízo, em face do pedido de concessão de medida protetiva, a autoridade policial deve consignar o número de telefone fixo, celular, WhatsApp ou e-mail por intermédio dos quais a vítima pretende receber as comunicações. Também deverá comunicar à vítima dos canais adequados e disponíveis para a comunicação do descumprimento das medidas protetivas de urgência. Mesmo que a lei garanta a mulher em situação de violência acesso aos serviços da Defensoria Pública ou da Assistência judiciária gratuita, em sede policial o pedido de tutela de urgência não está condicionado à representação por advogado. Fredie Didier Jr. Reconhece a capacidade postulatória da vítima para pedir a concessão de medida protetiva de urgência, não havendo necessidade de estar acompanhada de advogado ou defensor público. O pedido de medida protetiva também pode ser formulado pessoalmente pela vítima perante o JVDPM ou a Vara Criminal com competência para atender a violência doméstica. Seja qual for o juízo que aprecie o pedido de medida protetiva – sendo ela deferida ou não –, a vítima precisa ser comunicada. De todo nefasta a prática adotada pela autoridade policial de solicitar que a vítima depois de dois dias compareça a juízo para tomar conhecimento da decisão judicial. A informação deve ser-lhe transmitida por meio dos contatos que devem ficar registrados: telefone, WhatsApp ou e-mail. Não só a vítima. O próprio agressor pode ser intimado da medida protetiva pelos mesmos meios, contanto, que o oficial de justiça se certifique de sua identidade. A aplicação de medidas protetivas não tem origem somente nos procedimentos instaurados perante a autoridade policial. Também nas demandas cíveis intentadas pela vítima ou pelo Ministério Público, que têm origem em situação de violência doméstica,

pode ser requerida a concessão de tais medidas. Inclusive o magistrado pode determinar de ofício a adoção das providências necessárias à proteção da vítima e dos integrantes da unidade familiar, principalmente quando existem filhos menores de idade. A jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de as medidas protetivas serem deferidas de forma autônoma, no juízo cível, a título de tutela cautelar, independentemente da existência de eventual processo-crime. Quando do registro da ocorrência, em que é pedida a concessão de medida de urgência de natureza cível, a vítima tem o direito de optar quanto à competência. Pode escolher entre o foro de seu domicílio, do domicílio do agressor ou o local onde ocorreu a violência. Para o expediente criminal, no entanto, há que se buscar as regras gerais de competência estabelecidas no Código de Processo Penal. A Lei esqueceu de dizer, mas é indispensável que os procedimentos que envolvem violência doméstica tramitem em segredo de justiça. Não só o pedido de medida protetiva, como também a ação penal e a ação cível que tenha como causa de pedir a ocorrência de violência doméstica. Assim, quando o juiz não determinar que assim seja, deve a vítima requerer. O CNJ determina às autoridades judicial, ministerial e policial que seja assegurado absoluto sigilo dos dados sobre as medidas concedidas, os mandados a que se refere o caput, além de adotar as medidas cabíveis, caso necessárias, em relação à observância do sigilo pela autoridade ministerial e policial. Deferida a medida em sede de liminar ou depois de audiência, cabe ao juiz assegurar sua execução. Para isso pode, a qualquer momento, requisitar auxílio da força policial. Em se tratando de medida que obrigue o ofensor, ele pode, de ofício, determinar as medidas necessárias, como a imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas etc. A remissão feita ao CPC anterior, corresponde ao § 1º do art. 536 da atual lei de processo. Como diz Fredie Didier, o dispositivo municia o juiz para que possa dar efetividade às suas decisões, o que se chama de poder geral de efetivação. Enquanto não instalados os JVDfMs, os pedidos de medidas protetivas são enviados ao juízo criminal. A este compete apreciá-los, inclusive as de natureza cível: decretar a separação de corpos, fixar alimentos, suspender visitas etc. A execução das medidas protetivas que obrigam o agressor é providência a ser determinada pelo juiz que as deferiu. Assim, cabe ao juízo da vara criminal fazer cumprir a separação de corpos, retirando o varão do lar e assegurando o retorno da vítima. Quanto às medidas de trato sucessivo, como a imposição de alimentos e a regulamentação de visitas, depois de intimado o agressor e decorrido o prazo recursal, o procedimento é enviado ao juízo cível ou de família. Havendo inadimplemento, a execução cabe ser buscada junto à Vara cível ou de família. Indeferida a medida protetiva pleiteada no procedimento enviado a juízo pela autoridade policial, nada obsta a que a vítima promova ação no âmbito da jurisdição com o mesmo propósito. Não há como falar em coisa julgada, até porque se tratam de relações continuativas. Deste modo, rejeitado, o pedido de separação de corpos ou a fixação de alimentos, pode a mulher propor cautelar de separação de corpos ou ação de

alimentos perante a Vara de família. Indeferida a medida protetiva pleiteada no procedimento enviado a juízo pela autoridade policial, nada obsta a que a vítima promova ação no âmbito da jurisdição de família com o mesmo propósito. Não há como falar em coisa julgada, até porque se tratam de relações continuativas. Deste modo, rejeitado o pedido de separação de corpos ou a fixação de alimentos, pode a mulher propor cautelar de separação de corpos ou ação de alimentos perante a Vara de Família. Tendo a ação como causa de pedir a ocorrência de violência doméstica, a busca de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha pode ser levada a efeito no juízo cível. As medidas protetivas que obrigam o agressor – nem todas, mas a maioria – restringem o direito de liberdade. Limitam seu direito de ir e vir, por isso têm caráter provisional. Estão concentradas no art. 22 da Lei Maria da Penha, o que não impede a aplicação de outras medidas, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem. O descumprimento das medidas protetivas de urgência configura infração penal, sujeito à pena de detenção de três meses a dois anos. Como se está falando em violência, sendo esta denunciada à polícia, a primeira providência deve ser desarmar quem tem ou faz uso de arma de fogo. Trata-se de medida de caráter administrativo e francamente preocupada com a incolumidade física da mulher. Ao receber o pedido de medida protetiva, cabe ao juiz determinar a apreensão imediata de arma de fogo que esteja na posse do agressor. Este novo dispositivo acaba derogando o inciso I do art. 22 da mesma Lei que autorizava o juiz, como medidas protetivas de urgência, a suspensão ou a restrição do porte de arma. O Estatuto do desarmamento proíbe tanto possuir como usar arma de fogo sem a devida autorização. Para ter a posse de uma arma, ainda que no interior da casa, é necessário o respectivo registro, que é levado a efeito junto a Polícia Federal conforme Lei 10.826/2003. Dispondo o agressor da posse regular e autorização de uso, o desarmamento só pode ocorrer mediante solicitação da vítima, como medida protetiva. Caso o uso ou o porte sejam ilegais, as providências podem ser tomadas pela autoridade policial, quando configurada a prática de algum dos delitos previstos na lei. Sendo legal a posse e o uso da arma de fogo pelo agressor, denunciando a vítima à autoridade policial a violência e justificando a necessidade de desarmá-lo, por temer pela própria vida, é instalado expediente a ser remetido a juízo. Deferido o pedido e subtraído do ofensor o direito de manter a posse da arma, a decisão deve ser comunicada a quem procedeu ao registro e concedeu licença: o Sistema Nacional de Armas – SI – NARM e a Polícia Federal. Caso o agressor tenha direito ao uso de arma de fogo, segundo o rol legal, o juiz comunica ao respectivo órgão, corporação ou instituição a apreensão levada a efeito. Caso não seja encontrada a arma, o superior imediato do agressor fica responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer no crime de prevaricação ou de desobediência. A restrição é válida para evitar tragédia maior. Se o homem agride a mulher, de modo a causar-lhe lesão corporal, se possuir arma de fogo, é possível que no futuro, progrida para homicídio. Deve o Ministério Público ser comunicado das providências tomadas, podendo requerer o que entender cabível para a efetividade da tutela deferida. Como o número mais significativo de violência contra

mulher acontece no recôndito do “lar doce lar”, a providência mais requisitada pela vítima é manter o agressor distante. Assim, para garantir o fim da violência é necessário impor a saída de agressor da residência comum. Daí a previsão de medidas que obrigam o agressor e medidas que asseguram proteção à vítima. Mesmo que ambos não convivam sob o mesmo teto, imperioso garantir que o agressor não se aproxime da vítima. Daí a necessidade do estabelecimento de um limite mínimo de distância, não somente com relação à ofendida, mas também com seus familiares e testemunhas. Determinado o afastamento do ofensor do domicílio ou do local de convivência com a ofendida, ela e seus dependentes podem ser reconduzidos ao lar. Também pode ser autorizada a saída da mulher de casa, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda de filhos e alimentos. Em qualquer das hipóteses, trata-se de decreto de separação de corpos decorrentes de crimes e não de outras questões de natureza exclusivamente civil. A lei do divórcio e o Código Civil admitem a separação de corpos como tutela antecipada à dissolução do casamento e da união estável. Ainda que se questione se estas medidas previstas têm igual natureza do afastamento ou do agressor ou da ofendida prevista na Lei Maria da Penha, a tendência é considerar que a separação de corpos tem eficácia meramente jurídica, desconstitui o vínculo jurídico entre agressor e ofendida, enquanto o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal tem eficácia material, representa a separação de fato, com vistas a coibir atos de violência. Esta distinção não provoca reflexos diferenciados. A partir do momento em que ocorre a separação de fato, cessam os deveres tanto do casamento como da união estável. Fidelidade, lealdade, mútua assistência e comunicabilidade patrimonial deixam de existir. Desimporta se a separação ocorreu de forma consensual, se decorreu de separação de corpos ou da concessão da medida protetiva pelo afastamento coacto do agressor doméstico. A separação de corpos pode ser deferida quer ofensor e vítima sejam casados, quer vivam em união estável heterossexual ou homoafetiva. O casamento se rompe, ainda que se faça necessária a chancela judicial. Não custa lembrar que a separação de corpos ou o afastamento de qualquer um do lar não substitui o divórcio. Simplesmente marca a separação de fato, que põe fim aos deveres do casamento e ao embaralhamento de bens. Finda a vida em comum, a união estável deixa de existir. A Separação de corpos tem o condão de dissolvê-la. Outra forma de impedir contato entre agressor e ofendida, seus familiares e testemunhas é fixar limite mínimo de distância de aproximação. Além de inibir a reiteração dos atos de violência, evita a intimidações e ameaças que eventualmente possam causar constrangimentos ou interferir nas investigações. O juiz tem a faculdade de fixar, em metros, a distância a ser mantida pelo agressor da casa, do trabalho da vítima e do colégio dos filhos. Ao contrário do que sugere Guilherme de Souza Nucci, andou bem o legislador em não definir a extensão da distância. Ainda que a falta de prévia delimitação possa gerar algumas discussões, é melhor que a individualização do espaço de aproximação fique ao arbítrio do juiz. A depender de

determinadas circunstâncias espaciais, a margem de segurança pode variar de caso a caso. E também pode haver algumas dificuldades como, por exemplo, quando o casal reside em comunidades muito pequenas ou quando ambos trabalham juntos. A vedação não configura constrangimento ilegal e em nada infringe o direito de ir e vir consagrado em sede constitucional. A liberdade de locomoção encontra limite no direito do outro de ter a vida preservada e a integridade física garantida. Assim, na ponderação entre vida e liberdade há que se limitar está para assegurar aquela. Não cabe sequer habeas corpus para o trancamento da ação penal. Outra restrição positiva é a possibilidade de proibir o contato do agressor com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. A vedação abrange diversas formas: telefone, carta, e-mail, WhatsApp, redes sociais, e etc. Para Marcelo Lessa Bastos, as medidas protetivas nos incisos I, II e III, a, b, e c, do artigo 22 são cautelares de natureza penal. Daí conclui: vinculadas à infração penal cuja ação seja de iniciativa do Ministério Público, não pela ofendida, até porque são medidas que obriguem o agressor, não se destinando, simplesmente à proteção da ofendida. Sendo assim, não está ela legitimada a requerer tais medidas, o que só pode ser feito pelo titular da ação penal, porque não faria sentido poder ela promover a ação cautelar e não poder promover a ação principal. O equívoco de tal assertiva é evidente. Não há como reconhecer de natureza penal, por exemplo, a determinação do afastamento do agressor do lar, uma vez que o Código Civil prevê a separação de corpos no juízo cível como ação a ser proposta pela vítima. Ora, dispondo ela de legitimidade para buscar a tutela por meio de ação a ser proposta no juízo cível, nada justifica obstaculizar a possibilidade de pleitear o mesmo direito perante a autoridade policial em face de episódio de violência doméstica. De qualquer modo, a lei expressamente admite essa hipótese e é de todo descabido tentar tirar-lhe a eficácia. Havendo risco à integridade quer da ofendida, quer dos filhos, é impositivo que a suspensão de visitas seja deferida quando a medida protetiva de afastamento do agressor e proibição de aproximação. A recomendação para que seja ouvida equipe multidisciplinar bem revela a preocupação em preservar o vínculo de convivência entre pais e filhos. Mas não é necessário que parecer técnico anteceda a decisão judicial. A não ser que equipe interdisciplinar recomende a restrição ou a suspensão do contato com a prole, a convivência paterno-filial precisa ser mantida. Preservada a segurança da vítima, o juiz não deve impedir a convivência do pai com os filhos. Para que os filhos não percam a referência paterna, a medida deve ser temporária, perdurando apenas enquanto houver ameaça de reiteração dos atos de violência. Ainda assim a justiça insiste em não admitir que o pedido de afastamento do agressor seja cumulado com a regulamentação das visitas. Assim, esta é uma questão temporária que precisa ser equacionada pelo juiz ao deferir a medida protetiva. Imprescindível que estabelecido um regime de convivência, como por exemplo, determinar que os filhos sejam buscados e devolvidos por pessoa da confiança da mãe. Vem sendo admitido o estabelecimento de um local para as visitas acontecerem de forma supervisionada, sem que haja contato do ofensor com a vítima. Dita possibilidade preserva a integridade física da mulher e não impede a convivência do

ofensor com os filhos. Inclusive, a tendência é determinar que os encontros se realizem em ambiente terapêutico, para que o juiz possa contar com a colaboração do técnico que acompanha as visitas para subsidiá-lo na hora de decidir o regime de visitação. A mesma dificuldade se verifica quando é imposta a proibição de contato entre ambos por qualquer meio de comunicação. É necessário ressaltar a possibilidade de contato exclusivamente para questões referentes aos filhos. Ainda que alimentos provisórios não possam ser identificados como medida protetiva, trata-se de providência que assegura a manutenção da entidade familiar. Em face da realidade, ainda tão saliente nos dias de hoje, em que o varão é o provedor da família, sua retirada do lar não pode desonerá-la da obrigação de continuar sustentando a mulher e os filhos. Não há como liberá-los dos encargos para com a família. Seria um prêmio. A vítima pode requerer alimentos para ela e os filhos, ou só a favor da prole. Em relação à cônjuge e a companheira, a obrigação alimentar decorre do dever de mútua assistência. Frente aos filhos, o dever de sustento situa-se no âmbito do poder familiar. Apesar da falta de clareza da lei e dos desencontros da doutrina, que provocam decisões divergentes, impositivo reconhecer que os alimentos são devidos desde a data em que são fixados, e antecipadamente, pois de todo descabido aguardar o decurso do prazo de um mês para que ocorra o pagamento. Como a denúncia é de violência doméstica, se era o varão quem mantinha a família, além de determinar o afastamento do agressor da morada comum, é impositiva a fixação de alimentos provisórios a favor dos filhos dependentes do agressor. O pedido de fixação dos alimentos pode ser requerido pelo Ministério Público. A competência para sua concessão é do JPDFM ou da Vara Criminal, sendo que o juiz sequer precisa perquirir a necessidade da vítima para a fixação do encargo. De um modo geral, a pretensão de alimentos provisórios é veiculada por meio de uma ação, intentada perante o juízo de família, devendo a parte estar representada por advogado. A partir da Lei Maria da Penha, diante de episódio de violência familiar, o pedido de alimentos pode ser formulado pessoalmente pela vítima à autoridade policial. O registro de ocorrência e o pedido de concessão de medida protetiva de urgência levam à formulação de expediente a ser enviado ao juiz que irá apreciar o pedido. Deve ser remetido ao JPDFM, onde é processado, julgado e executado. Onde não existir vara especializada, o destino é a Vara Criminal. O juiz defere os alimentos e determina o seu cumprimento. Mas, na hipótese de inadimplemento, não pode executá-lo. A credora deve propor a execução na Vara de Família. Sustenta Fredie Didier que deferidos alimentos, cessada a violência, deixa de existir fundamento para sua manutenção. Neste caso, a fixação de nova prestação depende do ajuizamento de ação própria perante o juízo de família. Não lhe assiste razão. Não há como sujeitar alimentos a condição resolutiva, qual seja o fim da violência. Caberia questionar sobre a forma de o agressor buscar a cessação dos alimentos. Como é encargo do próprio alimentante, é ele que teria que provar que, com o fim da violência cessou a necessidade dos alimentandos. A única hipótese, seria, no máximo, comprovar a

reconciliação do casal. Deferidos alimentos, a ofendida não precisa propor ação principal no prazo de trinta dias. Indeferida a pretensão alimentar em sede de medida protetiva de urgência, nada impede que o pedido seja levado a efeito por meio da ação de alimentos perante o juízo de família. Falando em alimentos, não prevê a lei, mas talvez devesse, que comprovada a prática de violência doméstica, perderia o agressor o direito a alimentos frente a vítima e aos filhos. A previsão seria salutar, pois em sede de obrigação alimentar vige o princípio da reciprocidade. Apesar do silêncio da lei, para desonerar-se do encargo, é possível a alegação de procedimento indigno, que faz cessar o direito de alimentos. As medidas protetivas de urgência à ofendida encontram-se previstas no art. 23 da Lei Maria da Penha. Quando é determinado o encaminhamento da vítima e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento, cabe a autoridade policial providenciar o deslocamento. Como o Ministério Público tem direito de requisitar serviços públicos de segurança, pode determinar o recolhimento da ofendida. Nessa hipótese, a medida seria de cunho administrativo. Porém, quando a providência parte do juiz, é saliente seu caráter jurisdicional. A lei confere à vítima um punhado de medidas para assegurar sua integridade física e psicológica, entre elas: acesso prioritário à remoção quando servidora pública, afastamento do local de trabalho por até seis meses, como garantia de remoção, e encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de desconstituição do casamento ou união estável. Outra providência é garantir à vítima acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das doenças sexualmente transmissíveis – DST e da Síndrome da Imunodeficiência adquirida – AIDS e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual. Não cabe só ao juiz deferir medidas que assegurem proteção a vítima. A própria autoridade policial pode aditar, de imediato, as providências legais cabíveis. Entre elas: encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal; quando houver risco de vida, fornece a ela e seus dependentes transportes para abrigo ou local seguro; acompanha-la para que retire seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar, e informar-lhe dos seus direitos e dos serviços disponíveis, inclusive os de assistência judiciária para o eventual ajuizamento da ação de divórcio ou dissolução de união estável. Os pedidos de medida protetiva bem como a propositura da ação de família, visando a desconstituição do vínculo de convivência, que tenham por fundamento a prática de violência doméstica e familiar poderão ser propostas no juízo de família ou no JVDFM. Tratando-se de demanda jurisdicional, precisam ser atendidos todos os requisitos processuais, entre eles a necessidade de a autora se fazer representar por advogado. Apreciado o pedido liminar, realizada a audiência de apresentação, a vítima é encaminhada à assistência judiciária, para eventual ajuizamento da ação de divórcio ou de dissolução de união estável perante o juízo competente. Existe também a possibilidade de a vítima pessoalmente, sem a necessidade de estar acompanhada de advogado, solicitar a concessão de medida protetiva perante o JVDFM. Tomado a termo

o pedido é apreciado pelo juiz. Prevê a Lei Maria da Penha a possibilidade de concessão de medidas de cunho eminentemente patrimonial: restituição de bens da vítima que lhe forem indevidamente subtraídos pelo agressor, proibição temporária de compra e venda ou locação de bens comuns, e suspensão de procuração outorgada pela vítima. Tanto no casamento como na união estável, a depender do regime, os bens adquiridos durante o período de convívio pertencem ao casal. É o que se costuma chamar de mancomunhão, ou seja, propriedade comum. A exceção fica por conta do regime da separação convencional dos bens, eleito pelos noivos por meio de pacto antenupcial. Sendo comuns os bens, a presunção é de que, adquiridos durante o período de convívio, são de propriedade de ambos. Mas tal regra comporta exceções, até no regime da comunhão universal de bens. No momento em que é assegurado à vítima o direito de restituição de seus bens, a referência é tanto aos bens particulares como aos que integram o acervo comum, pois a metade lhe pertence. Assim, se um bem comum é subtraído pelo varão que passa a deter sua posse com exclusividade, significa que houve a subtração da metade que pertence à mulher. O pressuposto para a concessão da medida protetiva é que os bens estejam na posse exclusiva de quem a vítima mantém um vínculo familiar. Tal situação configura delito de furto. A partir da vigência da Lei Maria da Penha, o varão que subtrair objetos da sua mulher pratica violência patrimonial. Diante da nova definição de violência doméstica, que compreende a violência patrimonial, não se aplicam as imunidades absolutas, ou relativas previstas no Código Penal. Não está mais chancelado o furto nas relações afetivas. Cabe a ação penal, e a condenação sujeita o réu ao agravamento da pena. Como a Lei fala em "subtrair", a medida justifica-se exclusivamente com relação a bens móveis, pois esta é a expressão que consta na definição legal do crime de furto. Até porque, bens imóveis não são sujeitos a furto. Sua transferência se opera por meio do registro imobiliário. De outro lado, a venda de bem imóvel depende da concordância do cônjuge, não havendo possibilidade de o varão desfazer-se do patrimônio immobilizado sem que a mulher assine a escritura. Porém, no que diz com a união estável, ainda que a aquisição de bens durante sua constância gere estado de comunhão, o fato é que não há como controlar a alienação do patrimônio que não estiver em nome de ambos. Adquirido imóvel durante a vigência da união, feita a escritura somente por um dos companheiros, mesmo que o bem passe a pertencer a ambos, não há como terceiros saberem da situação familiar do adquirente. Não existe a previsão de um estado civil que identifique a condição de ordem familiar de quem vive em união estável. Assim, o companheiro que adquire o bem em nome próprio pode livremente aliená-lo, pois o título de propriedade está só no seu nome. O adquirente não tem o como saber que o vendedor vive em união estável e o bem não lhe pertence com exclusividade. Esta é mais uma hipótese em que é possível a busca da medida protetiva, pois tal manobra configura forma de subtração de bem da mulher. Quando o agressor está na posse exclusiva de bem comum, possível impor-lhe o pagamento pelo uso do

que não é só seu. E se os bens rendem frutos, cabe o deferimento de alimentos compensatórios, como a determinação da entrega da metade da renda líquida dos bens comuns administrados por ele. Não vislumbrando o magistrado justificativa suficiente para conceder a restituição reclamada pela vítima, ele pode, de ofício, determinar 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. Na hipótese em que o varão transfere parte ou a totalidade de seus bens a um filho, a um terceiro, ou ainda constitui uma pessoa jurídica, para posteriormente alegar não possuir bens para dividir ou não ter condições de cumprir obrigação alimentar, possível o reconhecimento da ineficácia dessas manobras, por meio de ação judicial. Não só a alienação do bem cabe ser vedada. A vítima da violência doméstica tem o direito de se insurgir contra a compra de bens. Ainda que os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges ou companheiros passem a integrar o patrimônio comum, o negócio pode ser ruinoso aos interesses da mulher ou da família. Havendo este temor, quando do registro da ocorrência de violência doméstica perante a autoridade policial, a vítima tem a possibilidade de requerer medida protetiva de urgência para obstaculizar a compra do bem. Para locação de bens comuns, não é necessário que o contrato seja firmado pelo casal. Somente quando o prazo da locação for superior a dez anos é necessária a vênua conjugal. Assim, bem andou o legislador em conceder à mulher a faculdade de buscar, em sede liminar como medida protetiva de urgência, a proibição de o varão locar bens comuns. Vedada a locação, o varão vai depender de autorização judicial para alugar bem comum, por meio de procedimento judicial de suprimento do consentimento. Este pedido não cabe ser formulado nos autos da medida protetiva. Necessário que o varão ingresse com procedimento autônomo perante o JVDFM. Não instalado este juízo, o pedido de autorização judicial há de ser formulado na Vara de Família e não perante a Vara Criminal que deferiu a medida impedindo o aluguel. Para deferir o pedido, claro que o juiz vai levar em consideração as causas que ensejaram a suspensão da locação. A medida, além de impor ao agressor dever de abstenção, retira-lhe a capacidade de praticar determinados atos e de exercer determinados direitos civis que eventualmente recaiam sobre o patrimônio comum do casal ou particular da mulher. Assim, qualquer ato praticado em desobediência à decisão judicial é passível de invalidação. Além disso, configura crime, sujeito à pena de três meses a dois anos. A proibição temporária de celebração de contrato de compra, venda ou locação do patrimônio comum deve ser comunicada ao Cartório de Registro de Imóveis. Já a suspensão da procuração precisa ser informada ao Tabelionato onde a procuração foi outorgada. Em todas as hipóteses, para que a decisão possa ser oponível a terceiros, é aconselhável também o registro junto ao Cartório de Registro de Títulos e documentos. A total confiança que as mulheres depositam em seus cônjuges ou companheiros as leva a autorizá-los a tratar “dos negócios” da família. Para isso concedem procurações muitas vezes com plenos poderes, o que as coloca em situação de absoluta dependência e vulnerabilidade à vontade do varão, das mais providenciais medidas previstas na Lei Maria da Penha: a possibilidade de

o juiz suspender procurações outorgadas pela ofendida ao agressor. Diante de uma desavença do casal, muitas vezes surge sentimento de vingança do homem, que pode tentar desviar patrimônio, utilizando-se de tais procurações. Indispensável assim que medida urgente impeça tal agir. Assim, ao invés de a mulher revogar a procuração, o que pode sujeitá-la a algum risco, pois é necessário dar ciência ao mandatário, melhor mesmo que a revogação seja levada a efeito judicialmente, em expediente que teve início perante a autoridade policial. A revogação pode ocorrer em sede liminar, no prazo de quarenta e oito horas após a vítima ter denunciado à polícia episódio de violência. Ainda que a Lei fale em suspensão, a hipótese é de revogação. O direito de revogar estende-se também ao mandado judicial conferido ao varão, na hipótese de ser ele advogado. De outro lado, é possível revogar procuração outorgada a advogado ligado ao agressor quando a sua concessão tenha decorrido desta condição. Todas estas são medidas patrimoniais extrapenais, que podem ser formuladas perante a autoridade policial quando do registro da ocorrência. Desencadeiam o procedimento de medida protetiva de urgência a ser enviado a juízo. Essas mesmas pretensões podem ser buscadas a título de tutela de urgência de natureza cautelar. Ainda que se trate de ações cíveis, como a causa de pedir é a ocorrência da violência doméstica, devem ser propostas perante o JVDFM. Nas comarcas em que esses juizados não estão instalados, as ações devem ser intentadas no juízo cível ou de família e não na vara criminal. Deste modo, perante a autoridade policial, independentemente da natureza do crime cometido pelo agressor, a vítima pode comparecer sozinha e pedir providências, que serão enviadas a juízo como medidas protetivas de urgência. As regras para o cumprimento de fazer ou não fazer foram transpostas para o âmbito da violência doméstica. Cuida-se de tutela inibitória, que se destina a impedir, de forma imediata e definitiva, a violação a um direito. A multa por tempo de atraso é mais uma alternativa para a efetividade do processo, com natureza jurídica de execução indireta. Para assegurar maior efetividade à Lei Maria da Penha, restou reconhecido como delito penal o descumprimento da decisão judicial que defere de medidas protetivas de urgência, ao qual é cominada a pena de três meses a dois anos. A tipificação do crime independe de quem concedeu a medida, se foi o juízo cível ou criminal. Do mesmo modo, não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. Para sanar a controvérsia que existia sobre a concessão de fiança, restou assentado que, na hipótese de prisão em flagrante, a fiança somente pode ser concedida pela autoridade judicial. Quando se trata de feminicídio praticado em descumprimento de medida protetiva, a pena é majorada de um terço até a metade. (DIAS, 2021)

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL

Inquérito policial é um procedimento preliminar, extrajudicial e preparatório para ação penal, sendo por isso considerado como a primeira fase da *persecutio criminis*, e, por sua vez, é instaurado pela polícia judiciária e tem como finalidade a apuração de

infração penal e de sua respectiva autoria. A atividade de polícia investigativa e de polícia judiciária.

A respeito do inquérito policial do TCO e do TCIP, vale salientar que a presidência do Inquérito é de competência do Delegado de Polícia, logo, a investigação criminal é conduzido pelo delegado através do inquérito policial.

Dentre as atribuições do delegado de polícia estão o poder requisitório do delegado, estrutura básica de uma escrita técnica, medidas cautelares pessoais prisionais, não prisionais, medidas cautelares probatórias, medidas cautelares assecuratórias reais, bem como a atividade de polícia investigativa e policia judiciaria.

O artigo 144 da Constituição Federal preceitua que a segurança pública é dever do estado e direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: polícia federal, polícia civil. Policias federal e policiais civis são policias investigativas e judiciárias.

A polícia investigativa visa investigar infrações penais por meio do inquérito policial ou outro procedimento policial, e tem por fim apurar autoria, materialidade e circunstância da infração penal motivação crime ou contravenção penal. A polícia judiciaria funciona como auxiliar do poder judiciário e atua na execução de medidas determinadas pelo juízo.

São órgãos que fazem parte da estrutura da Segurança Pública: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Penal, Polícia Civil, Polícia Militar, e Corpo de Bombeiro Militar.

A Polícia Federal é a polícia da união, trabalha para apurar tráfico de drogas e de pessoas, descaminho, contrabando, atua nas fronteiras marítima, aeroportuárias, e investiga e apura crimes internacionais e interestaduais conforma a Constituição Federal de 88, art. 144, §1º, e destina se a apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bem serviços e interesses da "união" ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas (não se inclui sociedade de economia mista S/A., Apurar outras infrações cuja pratica tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, previne e reprime o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins , o contrabando e o descaminho. Cumpre esclarecer que a Polícia Federal exerce, com exclusividade, as funções de polícia judiciaria da união, assim como a Polícia Civil que tem caráter residual, atua na apuração de infrações penais no âmbito dos Estados e Distrito Federal.

§4º art.144, CF/88 – as policias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da união, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto aos militares.

De acordo com a Lei nº 12.830/2013, a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia e o indiciamento é ato privativo do delegado de polícia, além de avocar ou redistribuir o inquérito policial ou outro procedimento investigatório, por ato fundamentado, ou motivo de interesse público. Cumpre esclarecer que a remoção do delegado só pode ocorrer por ato fundamentado (não se aplica a regra da inamovibilidade).

Os policiais militares ou as infrações envolvendo militares das forças armadas, tais como, Exército, Marinha, e a Aeronáutica quem apuram são os militares, regidos pelo Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, perante a Justiça Militar.

O indiciamento que consiste em investigar o sujeito e apurar a materialidade, indícios de autoria, circunstâncias, motivação e discorrer, ao final, no relatório, vai indiciar ou não o sujeito como autor do delito e se convencendo, o indiciamento tem como base indícios suficientes de autoria, o delegado indicia, pois, nesse caso, o indiciamento é obrigatório. Já o Ministério Público denuncia, pois, o Ministério Público não é obrigado a denunciar, cabe ao poder judiciário intervir ou não. Entretanto, o delegado pode indiciar no início das investigações sem relatório, ou ao final das investigações com relatório.

Inquérito Policial, Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO, e - Termo Circunstanciado de Infração Penal – TCIP.

Como já sabemos, o Inquérito policial elencado entre os artigos 4º ao 23 do Código de Processo Penal Brasileiro é um procedimento administrativo conduzido pelo delegado e visa apurar a autoria, materialidade, circunstâncias de uma infração penal, assim como o **TCO - Termo Circunstanciado de Ocorrência ou Termo Circunstanciado de Infração Penal – TCIP.**

Para o Supremo Tribunal Federal tanto o TCO quanto o TCIP elencados na Lei nº 9.9099/1995, dos Juizados Criminais, são direitos penais de segunda velocidade, pois há a flexibilização de alguns institutos de privação de liberdade. São as chamadas Medidas Despenalizadoras, ou não encarceradoras, tais como o Sursis, Composição Civil de Danos, Transação Penal, e Suspensão condicional do Processo.

No Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO, consta o relato breve dos fatos. Já o procedimento investigatório criminal – PIC de competência do Ministério Público

conforme a Resolução 181/17 e 183/18 do CNMP, é o nome dado a investigação realizada pelo *Parquet*.

Além disso, as polícias militares, segundo jurisprudência dos Tribunais Superiores estão aptas para fazer o Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO.

Entre as características do inquérito policial estão o fato dele ser sigiloso, escrito, documentado, inquisitivo, oficial, discricionário, obrigatório, indisponível, indispensável, oficioso. Entretanto o Ministério Público pode dispensar o inquérito policial, por ser uma mera peça informativa.

O Inquérito Policial pode iniciar muitas vezes através de Portaria ou através de Auto de Prisão em Flagrante. O Inquérito Policial inicia através de Portaria quando for de requisição do Ministério Público, Juiz, ou a requerimento da vítima, nesses casos, se iniciam através de portaria. Por sua vez, o Inquérito Policial pode iniciar através do Auto de Prisão em Flagrante – APF, quando o autor está cometendo, ou acabou de cometer o crime, é perseguido logo após com objetos, armas, papéis do crime pela autoridade policial.

Quando se trata de crianças ou adolescentes, fala-se em Ato Infracional – criança até 12 anos incompletos e adolescentes até 18 incompletos – Boletim de Ocorrência Circunstanciado BOC – Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional -AAFAI. E, nesse caso, o adolescente responde Medidas Protetivas e Socioeducativas.

Dentre as atribuições do Delegado de Polícia, estão a Investigação de infrações penais, Presidência do inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei – TCO – TCIP, que podem ser feitos por outras polícias, como a Polícia Militar., Representação por medidas cautelares pessoais (prisão e não prisão), probatórias e assecuratórias reais, (Requerimento diferente de representar sendo o Requerimento feito pelas partes e o Ministério Público e a Representação pelo Delegado), Representar pela prisão, Busca e apreensão, Representar pela interceptação telefônica, Requisição de informações para fins de subsidiar as investigações, Autuações em flagrante delito – lavrar Auto de Prisão em flagrante, indiciamento, captura, condução coercitiva e recolhimento ao cárcere, Realização de procedimentos para apuração de infrações administrativas, Cumprimento de medidas determinadas pelo juízo - polícia judiciária, Chefia e gestão da unidade policial (lembrando que o gabinete do delegado é inviolável abrangido no conceito de caso do art. 5º da Constituição Federal, inviolabilidade de envergadura constitucional), Planejamento e execução de operações policiais, conforme a Lei do Delegado de Polícia nº 12.830/13. Além do poder requisitório do delegado de polícia durante uma investigação, englobando perícias (informações), e Documentos (dados) que interessam a apuração dos fatos. Havendo recusa da requisição feita pelo Delegado de Polícia, o sujeito incorrerá no crime de desobediência que consta no art. 330 do Código Penal, que

consiste em desobedecer a ordem legal de funcionário público, com pena de detenção de 15 dias a 6 meses e multa.

Para as investigações de infrações penais, o Poder requisitório de Requisição de dados feitas pelo Delegado, estão situados em leis esparsas, a saber: Organizações Criminosas – ORCRIM (art. 15 da Lei nº12.850/13), Lei de lavagem de dinheiro (art. 17-b da lei nº 9.613/98), Marco civil da internet (art. 10 da Lei nº 12.965/14).

De acordo com o art. 13 do Código Penal, para os crimes de sequestro ou cárcere privado; redução a condição análoga de escravo, tráfico de pessoas; extorsão na modalidade sequestro relâmpago; extorsão mediante sequestro; ato destinado a envio de criança ou adolescente ao exterior, a recusa da requisição de dados, a exceção da lei da ORCRIM, enseja no crime de desobediência do art. 330 do CP. As autoridades responsáveis tem o prazo de 12 horas para atender a requisição de dados do Delegado, para não incorrer em crime de desobediência.

Dentre as atribuições do Delegado de Polícia estão os Requerimentos de Medidas cautelares, Medidas cautelares pessoais prisionais, Representação pela prisão temporária, prisão temporária é a prisão de competência do delegado, Representação pela prisão preventiva, Medidas cautelares não prisionais, Representação pelas medidas cautelares diversas da prisão, Medidas cautelares assecuratórias reais, Sequestro de bens, Medidas cautelares probatórias, Busca e apreensão domiciliar, Interceptação das comunicações telefônicas, Captação ambiental, Quebra de sigilo de dados telefônicos, Quebra de sigilo bancário, Quebra de sigilo fiscal, Ação controlada que consiste no retardamento da atuação policial, Infiltração de agente que pode ser na modalidade física e virtual.

São peças usadas pelo delegado de polícia no exercício do seu mister: Portaria Inquérito Policial quando requisitado pelo MP, juiz ou as partes; Despachos de indiciamento; Despacho em auto de prisão em flagrante e despacho ordinatório; Relatório do Inquérito Policial; Auto de prisão em flagrante – APFD, Representação pelo exame de sanidade mental; Determinação de afastamento do lar em medida protetiva decretada pelo delegado de polícia; Internação provisória – ato infracional; Colaboração premiada. Cumpre informar que não é cabível exceção de suspeição contra a autoridade policial, por ser a natureza jurídica do inquérito, um mero procedimento administrativo, razão pela qual – conforme visto anteriormente – os vícios constantes do Inquérito Policial, não tem o condão de contaminar o processo penal subsequente, salvo nos casos de provas ilícitas.

A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica essenciais e exclusivas de Estado. Ao

delegado de polícia, cabe a condução da investigação criminal por meio de Inquérito ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo, a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Características do Inquérito Policial

Procedimento administrativo de caráter investigatório:

Não existe um rito ou uma ordem determinada pela lei, razão pela qual não é possível o reconhecimento de nulidade procedimental;

Preparatório e informativo: busca apurar indícios de autoria e materialidade para a propositura de ação penal;

Obrigatório: sempre que tomar conhecimento da ocorrência de infração penal que caiba ação penal pública incondicionada deverá instaurar o inquérito;

O delegado de polícia pode deixar de lavrar auto de prisão em flagrante, nas hipóteses em que é cabível? Há divergência doutrinária sobre o tema?

Parte da doutrina afirma que não. Isso porque, o delegado de polícia deve fazer um juízo apenas quanto à tipicidade formal e punibilidade. Em outras palavras, a análise do delegado de polícia restringe-se tão somente à existência de autoria e materialidade típica e punível, não possuindo qualquer margem de atuação quanto as excludentes.

Por outro lado, a doutrina moderna vem entendendo que sim. Conforme esse entendimento, o delegado de polícia possui margem de atuação para o controle de excludentes cabais da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, de modo que pode deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante quando se deparar com tais circunstâncias. Nessa hipótese, o delegado não lavra o Auto de Prisão em flagrante, fazendo apenas o registro de ocorrência.

A doutrina moderna, no sentido de que os delegados de polícia deixam de lavrar o Auto de Prisão em flagrante, quando há manifesta causa de excludente da tipicidade (formal ou material), ilicitude ou culpabilidade.

Outra característica do Inquérito Policial é que ele é indisponível para a autoridade policial: a indisponibilidade do inquérito, está relacionada com a impossibilidade de o delegado de polícia arquivá-lo, nos moldes do art. 17 do CPP, sendo assim, a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

Além disso, o inquérito é dispensável para a persecução penal. O inquérito é uma peça meramente informativa que tem a finalidade de colher elementos de informação

quanto à infração penal e sua autoria. Contudo, caso o titular da ação penal disponha desse substrato mínimo necessário para o oferecimento da peça acusatória, o inquérito será dispensável. Parte da doutrina entende que a dispensabilidade do inquérito policial é um dos fundamentos para a não contaminação do processo penal por eventuais vícios constantes do inquérito.

Art. 39, §5º o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 dias.

O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. Nessa esteira, o STF já decidiu, que é possível o oferecimento de ação penal com base em provas colhidas no âmbito de inquérito civil conduzido por membro do Ministério Público. Em caso de denúncia formulada com base em inquérito policial é possível o oferecimento de ação penal (denúncia) com base em provas colhidas no âmbito de inquérito policial, conduzido por membro do Ministério Público.

Outra característica é que o inquérito é escrito, vide art. 9º, CPP, segundo o qual, todas as peças do inquérito policial serão num só processo reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade. Modernamente diz ser que é um procedimento que deve ser documentado e não escrito. Documentado por que hoje em muitos estados, o inquérito é digital. São tomados depoimentos, declarações, interrogatórios, tudo por áudio visual. Ressalta-se que é necessário documentar e relatar todos os elementos que forma encontrados. Nesse sentido, dispõe o art. 9º do CPP: "Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade".

Percebam que o dispositivo diz que ele deve ser escrito, datilografado e rubricado. Com o inquérito digital não há mais necessidade desses procedimentos, pois todas as peças são digitais. Mas há previsão legal para isso? Sim, constante no art. 405, do CPP: Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. Percebam que a lei se valeu da expressão investigado e indiciado, denominação técnica inerente ao inquérito policial.

Além disso, o inquérito policial é sigiloso, nos moldes do art. 20 do CPP. É cediço que a Constituição Federal, em seu art. 93, IX, garante o direito a publicidade. Contudo, o princípio da publicidade é válido na fase judicial da persecução penal, e não na fase investigatória. Nas investigações, em regra, o inquérito policial deve ser conduzido de maneira sigilosa, até mesmo para se garantir a eficácia das investigações.

O art. 20 do CPP, dispõe que a autoridade assegurará, no inquérito policial, o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Assim, se a autoridade policial verificar que a publicidade pode causar prejuízos a elucidação dos fatos, pode decretar o sigilo do inquérito policial. No entanto, é direito do advogado ter acesso aos autos já documentados e desde que não frustre diligências em andamento. A doutrina afirma que o sigilo no inquérito policial possui dupla função: Utilitarista: que é importante para assegurar a eficácia das investigações. Exemplo: não pode divulgar a decretação da interceptação telefônica, sob pena da prova ser prejudicada; e a função Garantista: importante para preservar os direitos dos investigados. Exemplo: evitar a exposição midiática do investigado (presunção de inocência sob a perspectiva da regra de tratamento).

Nesse sentido, o Código de Processo Penal: "A autoridade assegurará no inquérito policial o sigilo necessário à elucidação do fato exigido pelo interesse da sociedade". A regra é que a investigação preliminar deve tramitar de forma sigilosa, sob pena de frustrar a eficácia das medidas, entretanto há exceção a forma sigilosa que é a publicidade que acontece, por exemplo, no retrato falado chega a ser, inclusive, importante para o desenvolvimento das investigações a publicidade nesta hipótese. Nesse caso, a publicidade é de caráter importante para constatar outras pessoas que foram vítimas daquele criminoso.

Quanto ao acesso do advogado aos autos, o sigilo pode ser interno ou endógeno, quando não pode ser oponível ao juiz, membros do Ministério Público e ao advogado do indiciado, e externo ou exógeno, situação em que se opõe a terceiros estranhos aos autos. O sigilo do inquérito policial é um sigilo, em regra, externo, ou seja, não é possível opor sigilo as partes, como defensor, membro do Ministério Público ou Juiz. A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXII, assegura a garantia da assistência do advogado, de modo que, o direito a defesa é uma garantia constitucional. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo lhe assegurada a assistência da família e de advogado. O Estatuto da OAB prevê que em regra, o advogado não precisa de procuração para acessar os autos, pois são direitos do advogado: 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 a autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital. Porém, nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos seus direitos.

A Súmula Vinculante de nº 14 prevê que o advogado tem o direito de acessar as informações que digam respeito a defesa, desde que já documentadas nos autos, para que não haja risco ao comprometimento e eficácia das diligências: "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de provas já

documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa, desde que já documentados nos autos, para que não haja risco ao comprometimento da eficácia das diligências em curso”.

É também cabível o acesso aos elementos de prova já documentados nos autos de inquérito policial aos familiares das vítimas, por meio de seus advogados ou defensores públicos, em observância aos limites estabelecidos pela Súmula Vinculante de nº 14.

O STF, em decisão veiculada no informativo 964, entendeu que a negativa de acesso ao investigado a peças que digam respeito a dados sigilosos de terceiros, que não possuem relação com seu direito de defesa, não ofende a Súmula Vinculante de nº 14. Mesmo que a investigação criminal tramite em segredo de justiça será possível que o investigado tenha acesso amplo aos autos, inclusive a eventual relatório de inteligência financeira do COAF, sendo permitido, contudo, que se negue o acesso a peças que digam respeito a dados de terceiros protegidos pelo segredo de justiça. Essa restrição parcial não viola a S.V. nº 14. Isso por que é excessivo o acesso de um dos investigados a informações, de caráter privado de diversas pessoas que não dizem respeito ao direito de defesa dele.

O Estatuto da OAB passou a prever a possibilidade de o advogado acompanhar seus clientes durante a apuração das infrações. Isso não altera a natureza inquisitorial do inquérito policial, ou seja, a participação do advogado não se torna obrigatória, mas apenas facultativa. Na hipótese de o advogado querer acompanhar seu cliente, o delegado de polícia não poderá obstar sua participação. Assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e subsequente. De todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração. Caso seja injustificadamente negado ao defensor do investigado o acesso aos autos da investigação? Uma das características do inquérito é o sigilo, e sabe-se que este sigilo possui uma dupla função; interno ou endógeno: não podendo ser oponível ao juiz, membros do Ministério Público ou advogado do indiciado; externo ou exógeno, quando se opõe a terceiros estranhos aos autos.

Entretanto trata-se de um sigilo eminentemente externo. Após contextualizar, deve passar a resposta da questão: são três os mecanismos judiciais previstos em caso de recusa injustificada por parte do delegado de polícia, a saber: Reclamação ao STF, em razão da ofensa a Súmula Vinculante de nº 14, Mandado de Segurança em razão da

ofensa ao direito líquido e certo do advogado de ter acesso ao inquérito policial, e Habeas Corpus em razão da ofensa ao art. 5, LXVIII da CF/88.

Apesar de o advogado ter o direito de acessar aos autos do inquérito, a própria lei aponta exceções, como por exemplo, em crime nos quais seja decretado o segredo de justiça, em que não poderá outro advogado, senão o do investigado ter acesso aos autos. Os crimes contra a dignidade sexual tramitam em segredo de justiça, sendo assim, somente o advogado do investigado pode ter acesso. No mesmo sentido, os crimes praticados por ORCRIM -organização criminosa.

O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, salvo os referentes as diligências em andamento.

Sobre o tema não é necessária, mesmo após a Lei nº 13.245/16, a intimação previa da defesa técnica do investigado para a tomada de depoimentos orais na fase de inquérito. Não é necessária a intimação previa da defesa técnica do investigado para a tomada de depoimentos orais na fase do inquérito policial. Não haverá nulidade dos atos processuais caso essa intimação não ocorra, pois, o inquérito é um procedimento policial, um procedimento informativo, de natureza inquisitorial, destinado precipuamente à formação da *opinio delicti* do órgão acusatório. Logo, no inquérito há uma regular mitigação das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Esse entendimento justifica-se porque os elementos de informação colhidos no inquérito não se prestam, por si só, a fundamentar uma condenação criminal.

A Lei nº 13.245/16 implicou um reforço das prerrogativas da defesa técnica, sem, contudo, conferir ao advogado, o direito subjetivo de intimação previa e tempestiva do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade policial.

Ausência do contraditório (procedimento inquisitorial)

Diferentemente do processo, que é acusatório, e exige para sua validade a observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, no inquérito policial, esses elementos são apenas acidentais, perfeitamente dispensáveis. Cuida-se, de investigação preliminar, de mero procedimento de natureza administrativa, com caráter instrumental, e não de processo judicial ou administrativo. Dessa fase pre processual não resulta a aplicação de uma sanção, destinando se tão somente a fornecer elementos para que o titular da ação penal possa dar início ao processo penal. Logo, ante a impossibilidade de aplicação de uma sanção como resultado imediato das investigações criminais, como ocorre, por exemplo, em um processo administrativo disciplinar, não se pode exigir a

observância do contraditório e da ampla defesa nesse momento inicial da persecução penal. Na realidade, pode existir ampla defesa e contraditório em sede inquérito policial, entretanto, se não existir, o inquérito policial continua a ser válido, ao contrário do que ocorre no processo, que passa a ser inválido, se no processo não houver contraditório e ampla defesa. Um exemplo disso é o art. 5º da Constituição Federal que afirma que o indiciado terá direito ao silêncio e à assistência de um advogado. Assim, isso já mostra um direito de defesa do indiciado.

Quanto a oficiosidade, ao tomar conhecimento do crime, a autoridade policial age de ofício, independentemente de provocação. Contudo, há de se ter em mente que, para que a autoridade policial haja de ofício, depende da natureza da ação penal do crime em análise. O delegado só pode atuar de ofício em crimes cuja ação penal seja pública incondicionada, porquanto, caso seja condicionada à representação ou de iniciativa privada, deve aguardar a referida representação ou requerimento para deflagrar o procedimento administrativo. Nos crimes de ação pública o inquérito será iniciado: De ofício; mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la. Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito, caberá recurso para o chefe de polícia. Em regra, a autoridade policial deve instaurar inquérito de ofício, sem aguardar provocação, estando dispensada a anuência dos envolvidos e a necessidade de requerimento ou requisição de quem quer que seja.

Considerando a oficiosidade do inquérito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em 2019 que é possível deflagrar investigação criminal com base em matéria jornalística. No que diz respeito a oficialidade, somente os órgãos estatais podem presidir o inquérito policial. A presidência de investigação criminal não é privativa da polícia judiciária, pois, outras autoridades podem presidir a investigação, a exemplo do Promotor de Justiça ou Procurador Geral de Justiça que pode presidir o inquérito policial para apurar crime praticado por juiz ou promotor; ou a Comissão Parlamentar de Inquérito, que preside os inquéritos parlamentares. Há também investigação por agentes da administração; Inquérito do CADE; Investigação do CADE; Investigação pela comissão de inquérito do BACEN, que segundo o Supremo Tribunal Federal, o relatório dessa comissão, encaminhando o Ministério Público, constitui justa causa para o oferecimento de ação penal.

Quanto ao Ministério público, embora o tema seja polemico, a 2ª turma do STF já admitiu que o Ministério Público investigue, sem que isso implique usurpação de função

da polícia civil. Outrossim, promotor que atue investigando na fase preliminar não estará impedido de oferecer denúncia (súmula 231 STJ)

No que tange as Forças armadas, nos crimes militares da competência da justiça militar da união, as investigações serão realizadas pelas forças armadas através de um inquérito policial militar. Já nos crimes militares de competência da justiça militar estadual será competente a polícia militar ou o corpo de bombeiros.

Procedimento discricionário: discricionariedade significa liberdade de atuação dentro dos parâmetros legais. Existe uma liberdade de atuação da autoridade policial nos limites traçados pela lei. Por exemplo, ao teor dos artigos 6º e 7º do CPP, consta um rol exemplificativo de diligências que poderão ser realizadas pelo delegado de polícia. Não há um rito procedimental rígido que deve ser observado pelo delegado, trata-se de rol exemplificativo. Assim, a diligência será realizada ou não, a cargo da liberdade de atuação da autoridade. A discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. A discricionariedade não é de caráter absoluto de modo que existem diligências que são de realização obrigatórias. Assim, quanto a estas, o delegado não poderia negar a sua realização, como na hipótese do exame de corpo de delito.

O delegado de polícia só pode indeferir requerimentos quando se tratarem de diligências impertinentes e protelatórias, não podendo indeferir os relevantes, como, por exemplo, o exame de corpo de delito. Nesse sentido, o art. 158 do CPP, dispõe que quando a infração deixar vestígios, o exame de corpo de delito é imprescindível. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Temporário: Obviamente o inquérito policial tem prazo para finalizar. A doutrina defende que a garantia da razoável duração do processo também se aplica ao inquérito, evitando-se com isso inquéritos eternos. Ressalvados os prazos previstos em leis especiais, em regra, temos o seguinte cenário: Indiciado preso (inclusive preso provisório) prazo de duração do inquérito será de dez dias, podendo ser prorrogado por mais quinze dias. Quando o indiciado estiver solto, o prazo de duração do inquérito será de trinta dias. E finalmente o prazo para concluir o inquérito será, regra geral, indiciado preso, prazo de dez dias prorrogável por até quinze dias, mas se o indiciado estiver solto, o prazo de duração do inquérito será de trinta dias, quando de competência das Polícias Cíveis estaduais.

Quando se tratar da Polícia federal o prazo de duração do inquérito será de quinze dias, podendo ser prorrogável por mais quinze dias se o indiciado estiver preso, e de trinta dias se o indiciado estiver solto. Quanto aos crimes contra a economia, o prazo

para duração do inquérito será de dez dias se o indiciado estiver preso, bem como dez dias se o indiciado estiver solto.

Quanto a Lei de drogas o prazo de duração do inquérito é de trinta dias prorrogáveis por mais trinta, se o indiciado estiver preso, e de noventa dias prorrogáveis por mais noventa dias se o indiciado estiver solto. Nos Inquéritos militares, os prazos de duração dos inquéritos são de vinte dias se o indiciado estiver preso, e de quarenta dias prorrogáveis por mais vinte dias se o indiciado estiver solto. Lembrando que o Código penal militar tem uma aplicação totalmente diferenciado do Código penal.

O pacote anticrimes trouxe a possibilidade de o juiz das garantias prorrogar o inquérito policial de investigado preso. Assim, o juiz das garantias poderá determinar a prorrogação do inquérito por até quinze dias, mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público, possibilitando a conclusão das investigações. Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o ministério público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até quinze dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

O STF conferiu interpretação conforme ao dispositivo, reconhecendo a necessidade de novas prorrogações do inquérito, diante de elementos concretos e da complexidade da investigação e que a inobservância do prazo previsto em lei não implica na revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a avaliar os motivos que a ensejaram. Acerca dos prazos para encerramento de inquéritos policiais, considerando o disposto do Título II e a Legislação Extravagante, é correto afirmar que caso um dos investigados seja preso preventivamente no curso das investigações, a autoridade policial terá, como regra, o prazo de dez dias após o cumprimento da ordem de prisão para finalizar o inquérito.

O prazo de conclusão do inquérito quando o acusado estiver solto é improprio, nos termos da jurisprudência do STJ, conforme o informativo 747: " o prazo para a conclusão do inquérito policial, em caso de investigado solto é improprio. Assim, pode ser prorrogado a depender da complexidade das investigações. Contudo, consoante precedentes desta corte superior, é possível que se realize, por meio de Habeas Corpus, o controle acerca da razoabilidade da duração da investigação, sendo cabível, até mesmo, o trancamento do inquérito policial, caso demonstrada a excessiva demora para a sua conclusão"

A característica Unidirecional do inquérito está relacionada com a função da autoridade policial que seria única e exclusivamente a de apurar as infrações penais, descabendo qualquer juízo de valor, que deverá ser realizado apenas pelo representante

do Ministério Público para quem o inquérito é dirigido, uma vez que este é o titular privativo da ação penal. Não deve a autoridade policial emitir qualquer juízo de valor quando da elaboração de seu relatório conclusivo. Há relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias e sentenças. É o ranço do inquisitorialismo no seio policial. O delegado possui a função de investigar e também de realizar uma análise técnico jurídica. Quando a autoridade policial está analisando o auto de prisão em flagrante – APF, estaria verificando todos os substratos do crime (Fato típico, ilícito e culpável). Somado a isso, entende que a finalidade do procedimento preliminar não deve ser vislumbrada apenas na ótica da preparação do processo penal, mas também a serviço de impedir acusações infundadas, bem como, muitas das vezes, destinando se ao exercício da própria defesa. Assim, o delegado de polícia exerce uma função preparatória e garantidora de direitos fundamentais caracterizando a bilateralidade. Já a bidimensionalidade do inquérito policial refere-se à função investigativa formalizada pela polícia judiciária está longe de se resumir a um suporte da acusação, não possuindo um caráter unidirecional. A finalidade do procedimento preliminar não deve ser vislumbrada sob a ótica exclusiva da preparação do processo penal, mas principalmente a luz de uma barreira contra-acusações infundadas e temerárias, além de um mecanismo de salvaguarda da sociedade, assegurando a paz e a tranquilidade sociais.

O inquérito policial é atividade investigatória realizada por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo do particular, ainda que a titularidade do exercício da ação penal pelo crime investigado seja atribuída ao ofendido. Considera-se as características do inquérito policial, é correto afirmar que o texto anterior discorre sobre a oficialidade do inquérito. O investigado deve ter acesso a todos os elementos já documentados nos autos do inquérito, ressalvados as diligências em andamento cuja eficácia dependa do sigilo.

Início do inquérito policial

É possível a instauração de ofício do inquérito através (art. 5, I, CPP):

I - portaria; (Portaria é ato interno.), ou II – Auto de Prisão em Flagrante – APF; ou, III Termo Circunstanciado de Ocorrência -TCO (JECRIM) – nos casos de (MPO –Menor Potencial Ofensivo).

A *notitia criminis* de cognição coercitiva ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento do fato delituoso por meio da apresentação do indivíduo preso em flagrante.

De ofício pela autoridade policial, conforme art. 5º, I, CPP, por meio de *notitia criminis*, que se subdivide em: *Notitia criminis* de cognição imediata (ou espontânea) situação em que a autoridade policial toma conhecimento de um fato delituoso por meio

de suas atividades rotineiras; ou *notitia criminis* de cognição mediata (ou provocada): a autoridade policial toma conhecimento de uma infração penal através de um expediente escrito feito por terceiro; ainda *notitia criminis* de cognição coercitiva: ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento do fato delituoso por meio da apresentação do indivíduo preso em flagrante.

Já a *delatio criminis* é a comunicação da prática de crime à autoridade policial. Nesse sentido, ela pode ser: *delatio criminis* simples: é a comunicação por qualquer do povo, a autoridade policial, sobre o conhecimento da existência de infração penal (art. 5º, § 3º, CPP), ou *delatio criminis* postulatória que consiste no requerimento do ofendido ou seu representante legal, manifestação pela qual a vítima ou seu representante legal solicitam a instauração do inquérito.

Por sua vez, a delação anônima/ apócrifa, (sem assinatura), ou (*notitia criminis* qualificada) é popularmente conhecida denúncia anônima, ou seja, a comunicação do delito por alguém não identificado. Delação anônima é sinônimo denúncia anônima.

O STF entende que a delação apócrifa, (sem assinatura) não autoriza o início do inquérito considerando a vedação ao anonimato (art. 5º, IV, da CF/88) e, conseqüentemente, a ausência de elementos idôneos sobre a existência de infração penal. Porém, o poder público, uma vez provocado por delação anônima (disque – denúncia) pode adotar medidas informais destinadas a apurar, previamente, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal.

Se constatada a infração penal, pode iniciar o inquérito, não pela mera delação apócrifa, sem assinatura, mas pela investigação e constatação da prática de um crime.

A jurisprudência do STF foi além da instauração de inquérito policial com base em notícia anônima: “não é possível decretar a medida de busca e apreensão com base unicamente em denúncia anônima, não é possível decretar interceptação telefônica com base unicamente em denúncia anônima”.

Diante de uma notícia anônima, o delegado de polícia deve instaurar uma VPI – Verificação da Procedência da Informação (art. 5, § 3º, CPP), e, procedente a informação, instaurar o devido Inquérito Policial: “§3º qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la a autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito”.

Verificação da Procedência das Informações (VPI), trata-se de um instrumento investigatório simplificado para verificar a verossilhança da *notícia crimins* e a viabilidade da investigação, e servir de impeditivo de instauração de inquéritos policiais infundados.

Como sabemos o inquérito policial não pode ser arquivado pelo delegado de polícia (art.17, CPP), então, com o escopo de evitar a instauração de inquéritos sem base para a justa causa, o CPP trouxe esse instrumento investigatório.

A jurisprudência, igualmente, reconhece o instituto da VPI: "A instauração de VPI (Verificação de Procedência das Informações) não constitui constrangimento ilegal, eis que tem por escopo investigar a origem de *delatio criminis* anônima, antes de dar causa a abertura de inquérito policial".

Destacou - se de início, entendimento da corte no sentido de que a denúncia anônima, por si só, não serviria para fundamentar a instauração de inquérito policial, mas que, a partir dela, poderia a polícia realizar diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.

A simplicidade, celeridade e a informalidade são inerentes a VPI, não devendo conter expressões ou conteúdo do inquérito. Basta uma ordem da autoridade policial para que algum policial (agente ou investigador) faça o levantamento de vida pregressa do noticiado anonimamente, local do suposto crime e ao final da diligencia prévia confecciona um relatório policial opinando sobre o fato. Se procedente a informação da VPI, deve o delegado de polícia instaurar o inquérito policial imediatamente, desde que o crime seja de ação penal pública incondicionada.

As peças constantes da verificação de procedência das informações devem acompanhar o Inquérito Policial ou outro procedimento investigatório. A Verificação de Procedência das Investigações pode ser arquivada diretamente pela autoridade policial, a quem o controle, fiscalização, apreciação e decisão da verificação de procedência das informações, mediante despacho fundamentado, constatada a inoccorrência de fato delituoso

Diante da *notitia criminis* qualificada, antes de determinar a abertura do inquérito policial, o delegado de polícia deve promover a diligencia de verificação de procedência das informações, a fim de evitar delação inescrupulosa.

Requisição do juiz ou Ministério Público, do ofendido ou de quem tiver qualidade para representa-lo nas ações privadas e nas ações públicas subsidiárias

A instauração do inquérito nos casos de requisição judicial, ou ministerial, tem natureza jurídica de um ato administrativo complexo. São plenamente constitucional o

Ministério Público requisitar a instauração do inquérito, conforme art. 129, VII da CF/88. Enquanto titular da ação penal pública o Ministério Público e, portanto, destinatário final dos elementos de informação colhidos em sede de IPL, pode o Ministério Público requisitar ao delegado a realização de diligências imprescindíveis a formação de sua *opinio delicti*.

A requisição é uma exigência para a realização de algo, com fundamento da lei, não podendo ser confundida com uma ordem, haja vista não haver relação de hierarquia entre o Ministério Público e polícia. Se legal, o delegado de polícia, tem o dever de realizá-lo em apreço ao princípio da obrigatoriedade que impõe as autoridades estatais, inclusive, um dever de agir de ofício diante da notícia de infração penal. Entretanto, é inconstitucional norma estadual que confere a defensoria pública o poder de requisição para instaurar inquérito policial.

Delegado de polícia pode recusar a requisição de instauração de IPL feita pelo Ministério Público ou juiz?

Sim, o delegado pode recusar a requisição, na hipótese de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade. Isso porque o delegado, é agente da administração pública tendo compromisso com a legalidade. O que o delegado não pode é negar cumprimento a uma requisição de instauração porque mera discordância. (Re 205473,1998- STF) Exemplo: requisição de instauração de IPL com base, exclusivamente, uma denúncia anônima seria um caso em que o delegado poderia recusar, de forma fundamentada, o sob o argumento da ilegalidade. A requisição não é causa de prevenção. Se a requisição partir do juiz, ele não se torna prevento por uma razão de principiológica, por ofensa a garantia do juiz natural. Ademais, não existe previsão legal para a prevenção nessas hipóteses, como se pode extrair dos artigos 75 e 83 do CPP.

Qual é a autoridade coatora para eventual Habeas Corpus Trancativo de Inquérito? Se for um Habeas Corpus trancativo de inquérito requisitado por juiz ou Ministério Público será encaminhado para onde?

Há divergência. Para a posição majoritária da doutrina e os tribunais superiores, como se trata de uma requisição (ordem), a autoridade coatora é o requisitante de modo que o Habeas Corpus deverá ser endereçado para o Tribunal de Justiça Estadual, quando investigado pela polícia civil estadual, ou Tribunal Regional Federal- TRF, quando investigado pela Polícia Federal-PF, respectivamente. Todavia, a posição minoritária da doutrina entende ser o delegado como autoridade coatora porque, embora pudesse recusar a requisição, a ela aderiu, concretizando no delegado, portanto, a ilegalidade. Assim, eventual Habeas Corpus seria encaminhado a primeira instância, estando impedido o juiz, porventura requisitante, de conhecê-lo por força do artigo 252, inciso IV

do CPP, não sendo exagerado afirmar que a hipótese seria, inclusive, de incompatibilidade

Inconstitucionalidade da requisição judicial:

A doutrina majoritária entende que a requisição judicial de instauração de inquérito não foi recepcionada pelo art. 129, inciso I da CF /88, pois a instauração do Inquérito Policial se trata de atividade persecutória do estado, devendo, portanto, o magistrado se manter afastado em apreço ao sistema acusatório. Já a posição minoritária da doutrina entende que a requisição judicial não viola a constituição pois encerra uma valoração precária e uma cognição sumária incapaz de comprometer a imparcialidade do juiz. Posição majoritária e tribunal superior, como se trata de uma requisição (ordem), a autoridade coatora é o requisitante de modo que o Habeas Corpus deverá ser endereçado para o TJ ou TRF respectivo.

Em um sistema acusatório como o nosso, onde há nítida separação das funções de investigar e acusar, defender e julgar (CPP, art. 3^a, incluído pela Lei 13.964/19), não se pode permitir que o juiz instaure ou requirite a instauração de um inquérito policial. Logo, deparando se com informações acerca da prática de ilícito penal, incumbe ao magistrado tão somente encaminha-las ao órgão do Ministério Público, nos termos do art. 40 do CPP: “Quando, em autos ou papeis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

Requisição do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo nas ações privadas e nas ações públicas subsidiárias: se o crime for de ação privada, o inquérito só pode ser iniciado se houver requerimento, do despacho que indefere requerimento cabe recurso para o chefe de polícia.

Representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo nas ações penais públicas condicionadas. Nos crimes de ação pública condicionada o Inquérito Policial, só pode ser iniciado se houver representação. Representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo nas ações penais públicas condicionadas. Nos crimes de ação pública condicionada o Inquérito Policial só pode ser iniciado se houver representação. Considerando as hipóteses de requerimento do ofendido para abertura de inquérito policial em crimes de ação pública, é correto afirmar que o inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, poderá ser iniciado sem ela ser iniciado.

Providências a serem tomadas pela autoridade policial, que se trata de um rol não taxativo, com base no art. 6^o: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: Dirigir-se ao local, providenciando para que não se

alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; Apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; Ouvir o ofendido; Ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; Proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; Determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; Ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; Averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para apreciação do seu temperamento e caráter; Colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa; Para verificar a possibilidade de haver a infração ter sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder a reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública. Sobre o tema, cabe analisar alguns entendimentos jurisprudenciais importantes.

A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa, bem como não é possível a condução coercitiva por parte do investigado para interrogatório. Contudo, o STF nada disse sobre condução coercitiva das testemunhas. O CPP, ao tratar sobre a condução coercitiva, prevê o seguinte: “se o acusado não atender a intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo a sua presença”. O STF declarou que a expressão para o interrogatório prevista no art. 260 do CPP não foi recepcionada pela CF/88. Assim, não se pode fazer a condução coercitiva do investigado ou réu com o objetivo de submetê-lo ao interrogatório sobre os fatos.

Importante esclarecer que o julgado acima apenas da condução coercitiva de investigados e réus à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados. Assim, não foi analisada a condução de outras pessoas como testemunhas, ou mesmo de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, como o reconhecimento de pessoas ou coisas. Isso significa que, a princípio, essas outras espécies de condução coercitiva continuam sendo permitidas. Insta salientar que a lei de abuso de autoridade em seu art. 10 tipificou a conduta de conduzir coercitivamente, tanto o investigado quanto a testemunha, conforme o art. 10: “decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem previa intimação de comparecimento ao juízo”.

Segundo o art. 16, o pedido de novas diligências deve ser feito diretamente entre Ministério Público e Delegado, salvo nas hipóteses de necessidade de autorização judicial se precisar de autorização, a exemplo da interceptação telefônica. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do Inquérito Policial a autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Para o Inquérito policial de autoridades com prerrogativa de foro é necessária autorização do tribunal para instauração do inquérito policial. Há tempo o STF vem entendendo que as investigações contra autoridades com prerrogativa de foro perante o STF, submetem-se ao prévio controle judicial. A necessidade de autorização, posteriormente, foi estendida as autoridades sujeitas ao foro nos demais tribunais. Conforme jurisprudência desta corte, as investigações contra autoridades com prerrogativa de foro perante o STF submetem-se ao prévio controle judicial, circunstância que inclui a autorização judicial para as investigações. Essa atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento da denúncia

Nesse contexto, e diante do caráter excepcional das hipóteses constitucionais de foro por prerrogativa de função, que possuem diferenciações em nível federal, estadual e municipal, o mesmo entendimento também é aplicável as investigações que envolvem autoridades com foro privilegiado nos tribunais de segundo grau, motivo pelo qual é necessária a supervisão das investigações pelo órgão judicial competente.

Nas hipóteses de Inquérito policial e crimes contra a ordem tributária, enquanto não encerrada, na instância fiscal, o respectivo processo administrativo, não se mostraria possível a instauração da persecução penal nos delitos contra a ordem tributária, tipificados no art. 1º da Lei nº 8.137/90. A razão é que o procedimento fiscal constitui o crédito tributário. Logo, enquanto não concluído há atipicidade penal. Se além do crime contra a ordem tributária, houver delitos, subjacentes na investigação, nada obsta a instauração do inquérito policial, ainda que seja crime contra a ordem tributária: "A instauração de Inquérito Policial para apurar outros crimes, além do previsto no art. 1º da Lei 8.037/90, não ofende o estabelecido no que enunciado pela súmula vinculante 24. Reclamação, cuja finalidade tem previsão constitucional taxativa, não admite o aprofundamento sobre matérias fáticas. A concessão de Habeas Corpus *ex officio* pelo STF somente é cabível nas hipóteses em que ele poderia concedê-lo a pedido sob pena de supressão de instância.

Indiciamento é o ato formal, de atribuição exclusiva da autoridade de polícia judiciária, delegado, que ao longo da investigação forma o seu livre convencimento no sentido de que há indícios suficientes de que um suspeito tenha praticado determinado crime. O indiciamento deve ser, necessariamente, fundamentado em despacho, no qual

deve ser apontado pelo delegado a autoria, materialidade e circunstâncias fáticas do fato criminoso.

Fundamento legal

Por muito tempo não havia regramento acerca de ato de indiciamento no Inquérito Policial. Contudo, com o advento da Lei nº 12.830/13, a imputação formal do investigado foi regulamentada. O art. 2º, trouxe pressupostos para indiciar alguém: “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de estado”.

O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. O indiciamento é privativo do delegado de polícia, como é presidente do inquérito policial, obviamente é ele a autoridade com atribuição para o indiciamento, seja por meio do indiciamento que a autoridade policial aponta determinada pessoa como a autora do ilícito em apuração.

Por se tratar de medida ínsita à fase investigatória, por meio da qual o delegado de polícia externa o seu convencimento sobre a autoria dos fatos apurados, não se admite que seja requerida ou determinada pelo juiz, já que tal procedimento obrigaria o presidente do inquérito a conclusão de que determinado indivíduo seria o responsável pela prática criminosa, em nítida violação ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. O juiz não pode requisitar o indiciamento em investigação criminal. Isso porque, o indiciamento constitui atribuição exclusiva da autoridade policial. Nesse sentido STF/STJ, Indiciamento é atribuição exclusiva da autoridade policial. Nesse mesmo sentido é a inteligência do art. 2º, §6º da Lei 12.830/13 que afirma que o indiciamento é ato inserto na esfera de atribuições da polícia judiciária. Não cabe ao promotor ou ao juiz exigir, através de requisição, que alguém seja indiciado pela autoridade policial, porque seria o mesmo que demandar a força que o presidente do inquérito conclua ser aquele o autor do delito. Ora, querendo, pode o promotor denunciar qualquer suspeito envolvido na investigação criminal. O Sujeito passivo do indiciamento, via de regra, qualquer pessoa pode ser indiciada. Entretanto, algumas autoridades estão afastadas por lei de tal ato, como por exemplo: Membros do Ministério Público e Membros da Magistratura.

O art. 41 da Lei 8.625/93 diz que se houver indícios de crime praticados por membros do Ministério Público, os autos do Inquérito policial devem ser encaminhados ao Procurador Geral de Justiça – PGJ, a quem competir dar andamento às investigações. No mesmo sentido, é a Lei Orgânica da Magistratura, em seu art. 33, p. único da LC 35/79 onde os autos deverão ser remetidos ao TJ competente, conforme o art. 33, são

prerrogativas do magistrado: " não ser preso senão por ordem escrita do tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao presidente do tribunal a que esteja vinculado; Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do juiz, a autoridade policial, civil, ou militar, remeterá os respectivos autos ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação".

Constituem prerrogativa dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: "não ser indiciado em Inquérito Policial, observado o disposto no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento a apuração".

A lei menciona expressamente que essas autoridades não poderão ser indiciadas no curso da investigação, nada falando acerca do indiciamento em Auto de Prisão em Flagrante- APF.

Consequências do indiciamento

Na primeira consequência é ordem prática, visto que o nome do indiciado irá constar do banco de dados da polícia na condição de indiciado. Significa que, caso ele seja abordado e realizada alguma consulta, o policial verificará que ele foi o alvo central de determinada investigação. Na segunda consequência é no aspecto jurídico, pois as medidas cautelares pessoais dependem da prova de materialidade do crime e indícios mínimos de autoria, ou seja, dos mesmos elementos do indiciamento, e naturalmente, pode ser objeto de cautelares afilivas no curso do inquérito policial. Indica ainda que provavelmente o indiciado será submetido à fase da persecução penal. E por fim, sob o prisma social o ato de indiciamento coloca uma marca na pessoa do indiciado, que o desqualifica perante a sociedade, refletindo na vida profissional, familiar e social.

O indiciamento traz reflexos importantes na esfera jurídica de seu sujeito passivo. além de haver grande prejuízo ao indiciado em sua dimensão moral, pois passa a figurar como pessoa formalmente investigada no âmbito criminal, o ato gera registros no instituto de identificação, conforme expressamente previsto no art. 23 do CPP: " ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao instituto de identificação e estatística , ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e a pessoa do indiciado. Além disso, há previsão expressa na Lei 9.613/98 do afastamento do servidor público indiciado por suposta prática do crime de lavagem de capitais". Sendo o

Indiciamento ato dispensável para o ajuizamento de ação penal, a norma que determina o afastamento automático de servidores públicos, por força da *opinio delicti* da autoridade policial, quebra a isonomia entre acusados indiciados e não indiciados, ainda que denunciados nas mesmas circunstâncias.

Ressalte se ainda a possibilidade de promoção de arquivamento do Inquérito Policial mesmo nas hipóteses de indiciamento do investigado. Por fim, destaque se que a Lei nº 10.826/2003 estabelece que: para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos: “Comprovação de idoneidade com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos, de forma que eventualmente um indiciado poderá ter a autorização negada em razão dos registros de inquérito contra si”.

Caso o indiciado não seja condenado ou o inquérito policial seja arquivado, o ato de indiciamento deve ser cancelado, com o escopo de assegurar a presunção de inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na hipótese de surgirem novos elementos informativos que indiquem que outra pessoa foi autora do crime investigado, pode o delegado de polícia promover o desindiciamento? Sim. Trata-se do ato de cassação ou revogação de anterior indiciamento. Em que pese haver divergência doutrinária, para as provas de delegado de polícia prevalece sim. Os delegados de polícia são agentes da administração pública e possuem o poder de autotutela, estampado na sumula 473 do STF, de modo que podem rever seus atos quando eivados de vícios. Nesse sentido, o desindiciamento pode ser feito, não apenas pelo delegado, mas também pelo poder judiciário, uma vez verificada a ilegalidade daquele indiciamento. Em outras palavras, o indiciamento é privativo do delegado, mas o desindiciamento pode ser feito pelo próprio delegado, mas também poderá ser feito pelo poder judiciário se reconhecido constrangimento ilegal no julgamento de um Habeas Corpus.

O momento do indiciamento ocorre quando a autoridade policial reúne os elementos de convicção, que indicam a autoria e materialidade do crime investigado. Não há lei, um momento específico para indiciar. Assim, pode ser feito no início do inquérito policial, ou nas hipóteses de flagrante delito em que o indiciamento é automático, durante as investigações, ao final, dentro do relatório expedido pelo delegado de polícia. Via de regra, o momento adequado para o ato de indiciamento ocorre quando a autoridade policial reúne os elementos de convicção, que indicam a autoria e materialidade do crime investigado. O indiciamento não pode ser realizado

após o oferecimento da denúncia, sob pena de configurar abuso de autoridade e constrangimento ilegal.

Havendo repercussão interestadual que exija repressão uniforme, o delegado da Polícia Federal poderá apurar crimes cuja apuração seja de competência da justiça estadual, não havendo mácula apta a invalidar a produção de prova.

Entre as espécies de indiciamento, tem-se o indiciamento material que é um ato decisório do delegado de polícia, onde ele expõe um substrato fáticos e jurídicos que justificam a imputação do crime ao investigado. Ou seja, nada mais é do que a fundamentação do ato do indiciamento. É a análise técnica- jurídica, e o indiciamento formal, que por sua vez, é constituído por peças essenciais para formar a convicção da autoridade para o indiciamento material, utiliza peças como: Boletim de vida pregressa, Auto de qualificação e interrogatório. Já o indiciamento coercitivo: é aquele decorrente do auto de prisão em flagrante, uma vez que os pressupostos do indiciamento são quase os mesmos da lavratura do APF. Quem é preso em flagrante, inevitavelmente está indiciado, pois, diante do flagrante temos a prova da materialidade do crime, indícios de autoria e circunstâncias fáticas. Nesse momento não realizamos um juízo de certeza e sim de mera probabilidade. Uma vez que, o Delegado de polícia trabalha com indícios e não com provas, pois quem trabalha com provas é juiz e Ministério Público. Nas Provas cabem contraditório e ampla defesa, no Inquérito Policial, por ser um procedimento inquisitório administrativo não há contraditório nem ampla defesa. No Indiciamento indireto é realizado quando o investigado não é encontrado, estando em local incerto e não sabido. Já o Indiciamento direto, é aquele realizado quando o investigado é encontrado e está presente. O Indiciamento complexo trata-se de procedimento adotado em situações em que o investigado dispõe por foro por prerrogativa de função. Logo, se a decisão sobre o ato de indiciamento não pode ser tomada de forma direta pelo delegado de polícia, dependendo de manifestação do judiciário, obviamente estamos diante de um ato complexo, em analogia com a classificação em relação aos atos administrativos.

Efeito Podrômico do Indiciamento

Ainda com base nos ensinamentos dos administrativistas, o efeito preliminar do ato administrativo (efeito indireto) é que a representação pelo indiciamento de alguém com foro por prerrogativa de função faz surgir o dever da autoridade judicial se manifestar para que o ato se aperfeiçoe. A representação constitui uma exposição dos fatos, seguida de uma sugestão juridicamente fundamentada. Indiciamento envolvendo autoridades com foro por prerrogativa de função, em regra, a autoridade com foro por prerrogativa de função pode ser indiciada. Mas existem duas exceções em lei de autoridades que não podem ser indiciadas: Magistrados e Membros do Ministério Público. Excetuadas as hipóteses legais, é plenamente possível o indiciamento de

autoridade com foro por prerrogativa de função (não há dispositivo legal que vede expressamente o indiciamento). No entanto, para isso, é indispensável que a autoridade policial obtenha uma autorização do tribunal competente para julgar esta autoridade. Exemplo: em um inquérito criminal que tramita no STJ para apurar crime praticado por governador de estado, o delegado de polícia constata que já existem elementos suficientes para realizarem o indiciamento do investigado. As normas da CF/88 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele. Assim, por exemplo, se o crime foi praticado antes de o indivíduo ser diplomado como deputado federal, não se justifica a competência do STF, devendo ele ser julgado pela 1ª instância mesmo ocupando o cargo de parlamentar federal. Além disso, mesmo que o crime tenha sido cometido após a investidura no mandato, se o delito não apresentar relação direta com as funções exercidas, também não haverá foro privilegiado. Nesse sentido, foi fixada a seguinte tese: " O foro por prerrogativa de função aplica se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados as funções desempenhadas". Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava qualquer que seja o motivo. O STF adotou uma interpretação restritiva do foro de prerrogativa de função previsto na CF/88 para os parlamentares federais. Redução teleológica ou técnica da dissociação consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente a uma ou algumas das situações de fato que a interpretação literal prevê para adequá-las a finalidade da norma. Antes diante da interpretação literal do foro, o STF entendia que toda a investigação de autoridade com foro no STF deveria ser supervisionada pelo ministro relator, exigindo desde a autorização previa para instaurar e autorização para promover o indiciamento.

Investigações criminais envolvendo deputados federais e senadores

Se o crime ocorreu antes da diplomação podem investigar a Polícia Civil Estadual, a Polícia Federal e o Ministério Público. Se o crime foi praticado depois da diplomação, durante o exercício do cargo, mas o delito não tem relação com as funções desempenhadas, e o delito está relacionado com as funções desempenhadas a Polícia Federal pode investigar, com supervisão judicial do STF, pois nesses casos, há necessidade de autorização do STF para o início das investigações.

Indiciamento em crime de menor potencial ofensivo

Como os Crimes de Menor Potencial Ofensivo devem observância aos institutos despenalizadores não é adequado o ato do indiciamento nesses crimes, haja vista que nem pode haver processo por força da transação penal, quiçá indiciamento. Nesses crimes, a prática é o ato de um simples apontamento, como nos casos de adolescentes em prática de ato infracional.

Constituição de defensor quando o investigado for integrante da segurança pública

O artigo 14-A, preceitua que, nos casos em que servidores da segurança pública vinculados as instituições dispostas no art. 144 da CF/88 figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada. O indiciado poderá constituir defensor e deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de 48 horas a contar do recebimento da citação. A autoridade policial ao identificar que o suspeito é agente de segurança pública ou militar e os fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, deverá citar o investigado, intimar, para que o investigado constitua defensor em até 48 horas, indique defensor para a representação do investigado. Esgotado o prazo e não nomeado o defensor pelo investigado, a autoridade policial deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 horas, indique defensor para a representação do investigado. Assim, operando - se o decurso do prazo de 48 horas a contar do recebimento da notificação, essa atribuição recairá, preferencialmente, sobre a Defensoria Pública. Na eventualidade de não haver defensor público na área territorial onde tramita o procedimento investigatório, e com atribuição para nele atuar deverá ser lavrada uma manifestação nesse sentido, quando, então, será possível a indicação de um profissional da advocacia que não integra os quadros próprios da administração para acompanhar e realizar todos os atos relacionados a defesa administrativa do investigado. Nesse caso, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que o servidor estivesse vinculado a época da ocorrência dos fatos investigados a constituição de defensor pelo servidor não é condição *sine qua non* para o prosseguimento das investigações.

Ainda que o investigado não tenha constituído advogado e ainda que a instituição a que o agente público estava vinculado à época dos fatos não indique defensor para a sua representação, isso jamais poderá funcionar como óbice ao prosseguimento das investigações. Não há no CPP um dispositivo específico sobre as hipóteses de arquivamento. Entretanto, a doutrina se vale da combinação dos artigos 395 c/c 397, ambos do CPP, pois são as hipóteses de rejeição da denúncia e absolvição

sumária e podem a luz do art. 3º do CPP, serem aplicadas por analogia a decisão que determinava o arquivamento do inquérito policial.

Arquivamento

O Arquivamento ocorre quando da rejeição da denúncia pelo Ministério Público. O art. 395, do CPP: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, faltar justa causa para o exercício da ação penal”. Após o cumprimento do disposto no art. 396 do CPP, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: “ A existência manifesta de causa de excludente da ilicitude do fato; a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; que o fato narrado evidentemente não constitui crime; extinta a punibilidade do agente”.

Atipicidade formal ou material

Atipicidade formal consiste num juízo de adequação, que consiste em verificar se a conduta se adequa ao tipo penal e ocorre quando conduta não se encaixa em nenhum tipo penal. Atipicidade material guarda relação com a incidência do princípio da insignificância ou bagatela. São exemplos de atipicidade: “ Excludente da ilicitude ou da culpabilidade, salvo inimputabilidade, no caso de inimputável deve ser denunciado, porem com pedido de absolvição imprópria para aplicação de Medida de Segurança; Causa extintiva da punibilidade; Ausência de elementos informativos quanto a autoria e materialidade”.

Causa da maior parte dos arquivamentos.

Ocorre quando as investigações não avançam no que tange a determinação da autoria e materialidade, e por isso, o Ministério Público promove o arquivamento.

Arquivamento determinado por juiz incompetente

Alguns doutrinadores entendem que não haveria a produção de coisa julgada formal ou material. No entanto, prevalece nos tribunais que a decisão dada por juízo absolutamente incompetente não é inexistente, mas, no máximo, nula. Caso a nulidade não tenha sido proclamada no momento oportuno, a decisão terá o condão de produzir seus efeitos válidos (...) a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial- IP, quando fundando o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, que ainda quando emanada a decisão de juiz absolutamente incompetente impede a instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio.

Crimes contra a economia popular ou contra a saúde pública há previsão de reexame necessário também chamado de recurso de ofício (duplo grau obrigatório) conforme art. 7º: “Os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados, em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autores do respectivo inquérito policial”. Não se aplica ao tráfico de drogas, mesmo sendo um crime contra a saúde, em razão da especialidade. Nas Contravenções do jogo do bicho e corrida de cavalos fora do hipódromo cabe Recurso Especial. Na LCP quando qualquer do povo provocar a iniciativa do Ministério Público, nos termos do art. 27 do CPP, para o processo tratado nesta lei, a representação, depois do registro pelo distribuidor do juízo, será por este enviada, incontinenti, ao promotor público, para fins legais. Parágrafo único: se a representação for arquivada, poderá o seu autor interpor recurso no sentido estrito”. O dispositivo deve ser interpretado na forma do art. 28, §1º do CPP, devendo o recurso ser encaminhado ao órgão ministerial, depois o Juiz arquiva o inquérito de ofício sem iniciativa do Ministério Público, porém parte da doutrina sustentava o cabimento de correição parcial. Com a reforma, nos parece que faltaria interesse de agir, visto que a decisão poderá ser revista pelo órgão ministerial de revisão.

Arquivamento nas hipóteses de atribuição originária do PGJ

O colégio de procuradores de justiça é composto por todos os procuradores de justiça, competindo-lhe: XI– rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da lei orgânica, decisão de arquivamento de Inquérito Policial ou peças de informações determinada pelo procurador geral de justiça, nos casos de sua atribuição originária. Por fim, destaca-se a excepcionalidade reconhecida pela jurisprudência em se tratando de violência doméstica e familiar contra a mulher: **“A decisão que homologa o arquivamento do inquérito que apura violência doméstica e familiar contra a mulher deve observar a devida diligência na investigação e a observância de aspectos básicos do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do Conselho Nacional de Justiça, em especial, quanto a valoração da palavra da vítima, corroborada por outros indícios probatórios que assume inquestionável importância”**.

Por ausência de previsão legal, a jurisprudência majoritária, só o STJ compreende que a decisão do juiz singular que, a pedido do Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito policial, é irrecorrível. Todavia, em hipóteses excepcionalíssimas, nas quais há flagrante violação a direito líquido e certo da vítima, esta corte superior tem admitido o manejo do Mandado de Segurança para impugnar decisão de arquivamento.

A admissão do *Mandamus* na espécie encontra fundamento no dever de assegurar as vítimas de possíveis violações de direitos humanos, como ocorre nos casos

de violência doméstica e familiar contra a mulher, o direito de participação em todas as fases de persecução criminal, inclusive, na etapa investigativa, conforme determinação da corte interamericana de direitos humanos em condenação proferida contra o estado brasileiro. Assim, além das hipóteses de recursos que foram mantidas, a vítima ou seu representante legal poderão recorrer, no prazo de trinta dias do recebimento da comunicação, submetendo a matéria ao órgão de revisão ministerial

Arquivamento da ação penal privada

Ocorre por pedido expresso do querelante, que será considerado renúncia e acarretará a extinção da punibilidade ou com transcurso do prazo de seis meses para exercício do direito de queixa.

Arquivamento implícito

Entende-se por arquivamento implícito o fenômeno de ordem processual decorrente de o titular da ação penal deixar de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados sem expressa manifestação ou justificação deste procedimento. Este arquivamento se consuma quando o juiz não se pronuncia na forma do art. 28 com relação ao que foi omitido na peça acusatória.

Em apreço ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, se o Ministério Público não inclui na denúncia todos os crimes e ou indiciados é porque reconheceu implicitamente a falta de justa causa. E se o juiz recebe a denúncia sem ressalvas é porque implicitamente comungou da mesma orientação operando se a partir do regimento da denúncia o arquivamento implícito.

A jurisprudência e a doutrina não admitem o arquivamento implícito, porque a simples omissão não implica arquivamento e o pedido de arquivamento deve ser fundamentado. Todo arquivamento somente produz efeito se for um arquivamento explícito. Havendo omissão a respeito de um dado objetivo ou subjetivo do inquérito, deve se presumir que as investigações, quanto as partes omissas continuam em aberto.

O Arquivamento indireto ocorria quando o magistrado não concordava com o pedido de declinação de atribuição formulado pelo órgão ministerial. Juiz recebe a manifestação como se fosse um pedido de arquivamento e aplica, por analogia, o art. 28 do CPP, leia-se, homologa ou não e, caso não homologue, remete os autos a PGJ.

A coisa julgada na decisão do arquivamento ocorre quando estamos diante de uma decisão judicial que não comporta mais recurso, tornando se imutável. Coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão no processo em que foi proferida. Neste processo

não poderá ser modificada, mas em outro sim. Coisa julgada material, pressupõe a formal, é a imutabilidade da decisão fora do processo no qual aquela foi proferida. A depender do fundamento utilizado na promoção de arquivamento irá ocorrer coisa julgada formal ou coisa julgada formal e material.

São fundamentos do arquivamento: "ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação- que faz coisa julgada formal e a decisão do processo não muda; falta de justa causa; a justa causa, é, pois a exigência de que a ação penal esteja acompanhada de um lastro probatório suficiente, apontando indícios de autoria e materialidade capazes de legitimar a instauração do processo penal, não obstante suas graves consequências; Excludente de ilicitude; está relacionada a ação que apesar de preenchida a tipicidade não é considerada ilícita, devido a algum (motivo legal), como Estado de Necessidade, Legítima Defesa ou Estrito Cumprimento de Dever Legal. Embora a conduta seja típica não é punível. Porém há divergência jurisprudencial, para o STJ, faz coisa julgada material, imutabilidade fora do processo. Já para o STF coisa julgada formal a decisão do processo não muda.

Excludente de culpabilidade

A excludente de culpabilidade refere-se a circunstâncias específicas que isentam o indivíduo da culpa por um ato delituoso. Essas condições conhecidas como causas de inimputabilidade, estão previstas no CPB e incluem condições como: Doença mental, Menoridade penal, Coação irreprimível e embriaguez involuntária. A excludente de culpabilidade faz coisa julgada material (exceto inimputabilidade).

Em casos onde se aplica, a excludente de culpabilidade afasta ou exclui a culpa do sujeito deixando de caracterizar o delito. A excludente de culpabilidade reconhece que quem não tinha plena consciência da ilicitude desse comportamento ou não podia agir de maneira diferente. Já a excludente de punibilidade faz coisa julgada material (exceto no caso de certidão de óbito falsa).

Trata-se da perda do direito do estado de punir o agente autor de fato típico e ilícito, a extinção da punibilidade acontece quando não há mais como se impor ao réu ou condenado a sanção penal, embora exista conduta delituosa, a possibilidade jurídica de imposição de pena desaparece. São tipos de Extinção da Punibilidade: Morte do agente, Anistia graça ou indulto, Retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminosos, Prescrição, decadência ou preempção, Renúncia do direito de queixa ou perdão aceito, nos crimes de ação privada, Retratação do acusado, Perdão judicial.

Atipicidade do fato refere-se a situações em que, embora o sujeito tenha praticado o fato descrito na lei penal, este não se enquadra na descrição de um crime,

afastando assim a tipicidade. Aplica-se nas situações em que o fato praticado não se encaixa no conceito de crime.

O STF pode, de ofício, arquivar inquérito quando, mesmo esgotados os prazos para conclusão das diligências, não foram reunidos indícios mínimos de autoria ou materialidade. A decisão de arquivamento de inquérito policial lastreada na atipicidade do fato toma força de coisa julgada material, sendo manifestamente incabível a reabertura do feito por meio de correção parcial. A pendência de investigação, por prazo irrazoável, sem amparo em suspeita contundente, ofende o direito razoável duração do processo, e a dignidade da pessoa humana.

Como o arquivamento do inquérito não é ato jurisdicional típico, desenvolvendo-se em uma etapa pré-processual, não haveria de se falar em coisa julgada doutrina minoritária. Ato que ocorre apenas no âmbito ministerial. Destaca-se que a Corte Suprema conferiu interpretação conforme ao art. 28, permitindo que o juiz poderá atuar, encaminhando o arquivamento a revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia (monstruosidade decisão absurda) no ato do arquivamento: “Ordenado o arquivamento do inquérito policial, ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público, comunicará a vítima, ao investigado e a autoridade policial, e após encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei”.

Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de trinta dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria a revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da união, estados e municípios a revisão do arquivamento do Inquérito Policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

O STF, por maioria, atribuiu interpretação conforme ao caput do art. 27 para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos de mesma natureza, o Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e a autoridade policial, podendo encaminhar os autos ao procurador geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver para fins de homologação. O Procurador Geral de Justiça, se entender que é caso de arquivamento do procedimento de investigação criminal (PIC) por ausência de provas, não precisa submeter essa decisão de arquivamento a apreciação do tribunal de justiça, não se aplicando, nesta hipótese, o art. 28 do CPP. O arquivamento do PIC, promovido pelo PGJ, nos casos de sua competência originária, não reclama previa

submissão ao poder judiciário, pois este arquivamento, que é por ausência de provas, não acarreta coisa julgada material. O chefe do Ministério Público Estadual é a autoridade própria para aferir a legitimidade do arquivamento do PIC, logo, descabe a submissão da decisão de arquivamento ao poder judiciário.

A partir de agora, não basta para o arquivamento de investigações criminais a promoção de arquivamento feita pelo promotor natural do feito, passa a ser necessária, também, a confirmação (homologação) dessa decisão de arquivamento por órgão de revisão do Ministério Público. O arquivamento, portanto, será feito em duas etapas, asseguradas a cientificarão do investigado e da vítima. Ademais, institui se a possibilidade de recurso em face dessa decisão de arquivamento.

Discussão da natureza jurídica do arquivamento

A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial tem natureza de decisão judicial, porque oriunda do poder judiciário, em outras palavras de decisão administrativa em sentido lato. A aludida decisão tem natureza de despacho judicial de expediente observa-se, entretanto, que o juiz pode, acolhendo parecer do ministério público, no sentido de haver insuficiência de provas para o oferecimento da denúncia determinar o arquivamento como providencia meramente administrativa.

Agora passa a ser uma decisão de natureza administrativa e que não se submete ao crivo judicial em respeito ao sistema acusatório, pois o arquivamento passa a ser realizado apenas no âmbito do Ministério Público.

Decisão de arquivamento

O órgão do Ministério Público comunicará a vítima, ao investigado e a autoridade policial. Após o órgão do Ministério Público encaminhará os autos para instancia de revisão ministerial para fins de homologação. A vítima poderá no prazo de trinta dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria a revisão na instancia de revisão ministerial. Crimes praticados em detrimento da quem, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. A vítima ou a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria a revisão da instancia competente do pregão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia (monstruosidade ou decisão absurda) no ato de arquivamento. A decisão de arquivamento fica adstrita ao âmbito do ministério público, isto é, uma providência meramente administrativa, em observância ao sistema acusatório. Entretanto o STF, ao conferir interpretação conforme aos dispositivos que disciplinam o arquivamento decidiu que o Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente. Cumpre destacar que a possibilidade de desarquivamento pressupõe que a decisão de arquivamento tenha se pautado em hipóteses que apenas formou coisa

julgada formal (arquivamento por falta de lastro probatório) posto que pautada na cláusula rebus sic stantibus na qual, mantidos os pressupostos fáticos que serviram de amparo ao arquivamento, esta decisão deve ser mantida, modificando se o panorama probatório, nada impede o desarquivamento do inquérito policial, cumpre informar o art. 18, CPP: “depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras tiver notícia”.

Desarquivamento do inquérito e a sua propositura de ação penal

O inquérito policial só pode ser desarquivado se a autoridade policial tiver obtido notícias de provas novas. A possibilidade de desarquivamento pressupõe que a decisão de arquivamento tenha se pautado em hipóteses que apenas formou coisa julgada (arquivamento por falta de lastro probatório). Para o delegado de polícia proceder a novas pesquisas, dando continuidade as investigações, basta que haja notícias de provas novas. Por outro lado, para o Ministério Público dar início a uma nova ação penal, não basta haver notícias de provas novas, é necessário que existam efetivamente provas novas. Basicamente este é o entendimento jurisprudencial da Súmula 524 do STF: “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

Desarquivar significa reabrir as investigações, sendo suficiente para tal a notícia de provas novas.

Quem é responsável pelo desarquivamento do inquérito policial?

Há doutrinadores que entendem que é a autoridade policial. De acordo com o art. 18 do CPP, depois de arquivado o inquérito policial por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia

Por questões práticas, como: os autos do inquérito policial ficam arquivados perante o poder judiciário, leia-se juiz das garantias- tão logo tome conhecimento da notícia de provas novas, deve a autoridade policial representar ao Ministério Público, solicitando o desarquivamento físico dos autos para que possa proceder a novas investigações. Porém a doutrina majoritária defende que o desarquivamento compete ao Ministério Público, titular da ação penal pública. E por consequência, destinatário final das investigações policiais.

Diante de notícia de prova nova ao Ministério Público encaminhada seja pelo delegado ou terceiros, deve promover o desarquivamento, solicitando a autoridade judiciária o desarquivamento físico dos autos.

Caso haja dificuldades de promover o desarquivamento do inquérito policial, nada impede o Ministério Público requirir a instauração de outra investigação social.

Qual conceito de provas novas?

São aquelas capazes de alterar o contexto probatório dentro do qual foi proferida a decisão de arquivamento. Prova formalmente nova consiste na prova que já era conhecida mas ganhou nova versão após o arquivamento. Exemplo: mudança no depoimento testemunha. Prova materialmente ou substancialmente nova é a prova inédita, desconhecida, que estava oculta por ocasião do arquivamento. São os requisitos necessários a caracterização da prova autorizadora do desarquivamento de inquérito policial; que seja formalmente nova, isto é, sejam apresentados novos fatos, anteriormente desconhecidos; que sejam apresentados novos fatos, anteriormente desconhecidos; que seja substancialmente nova, isto é, tenha idoneidade para alterar o juízo anteriormente proferido sobre a desnecessidade da persecução penal; seja apta a produzir alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento. Preenchidos os requisitos, isto é, tida a nova prova por pertinente aos motivos declarados para o arquivamento do inquérito policial, colhidos novos depoimentos, ainda que de testemunha anteriormente ouvida, e diante da retificação do testemunho anteriormente prestado é que se pode concluir pela ocorrência de novas provas suficientes para o desarquivamento do inquérito policial e o consequente oferecimento da denúncia.

O STJ tem precedente afirmando que mudança de entendimento jurisprudencial sobre aspectos jurídicos da situação fática apreciada no procedimento investigatório arquivado não autoriza o desarquivamento do inquérito policial.

E qual é a natureza jurídica de provas novas?

A descoberta de provas novas funciona como condição de procedibilidade para o exercício da ação penal. Em regra, é possível desarquivar o inquérito policial, reiniciar as investigações quando fundamentado na falta de justa causa para ação penal, ou seja, falta de materialidade e indícios suficientes de autoria ou lastro probatório.

Trancamento ou encerramento anômalo do inquérito policial

O trancamento por sua vez é determinado pelo juiz quando a mera tramitação do inquérito policial configura um constrangimento ilegal contra o paciente. Trata-se de medida de força que acarreta a extinção prematura das investigações quando a mera tramitação do inquérito policial configurar constrangimento ilegal. O trancamento do inquérito policial é uma medida de natureza excepcional somente sendo possível quando: "Não houver qualquer dúvida sobre a atipicidade (formal/material) da conduta;

presença de causa extintiva da punibilidade o estado não pode mais punir; ausência de justa causa que é a ausência de materialidade da conduta e indícios suficientes de autoria lastro probatório; Extinção da ilicitude (extinção do fato típico); Estricto cumprimento do dever legal; Legítima defesa; Estado de necessidade. Nesses casos o estado não pode mais punir. Salienta-se que o instrumento adequado para o trancamento do inquérito policial é o Habeas Corpus, nos casos em que há liberdade de locomoção e Mandado de Segurança, nos casos de pessoa jurídica, em que não há risco à liberdade de locomoção. Exemplo: Pessoa Jurídica investigada por crime ambiental, para o trancamento do inquérito policial pode impetrar o Mandado de Segurança.

Conceder-se a Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. A Súmula 693, STF: “não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa; ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja única cominada”.

Competência para julgamento de habeas corpus em caso de pleito pelo trancamento

Quando o Inquérito for instaurado pelo delegado de polícia (autoridade coatora), caberá ao juiz de primeira instância. Quando o Inquérito for instaurado por requisição do Ministério Público (autoridade coatora), caberá ao tribunal competente para julgar originariamente.

Relatório da autoridade policial

O inquérito deverá terminar no prazo de dez dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de trinta dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela, nesse caso, a autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente, no relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas, e quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

O relatório de peça elaborada pela autoridade policial (delegado de polícia) de conteúdo eminentemente descritivo, onde deve ser feito um esboço das principais diligências realizadas na investigação criminal. A produção do relatório não é condição *sine qua non* para o oferecimento da denúncia. Se nem mesmo o inquérito policial é indispensável para o oferecimento da ação penal, tampouco o relatório o será. Contudo,

trata se de um dever legal do delegado, sob pena de ser responsabilizado disciplinarmente. Entretanto, cabe destacar disposição legal específica no que se refere a Lei de Drogas. Findos os prazos a que se refere o art. 51, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo: “Relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram a classificação do delito, indicando a quantidade e a natureza da substância ou produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente.

Via de regra, o relatório é peça meramente descritiva, que aborda somente as diligências realizadas. Exceção: Na Lei de Drogas, o delegado deve emitir um juízo de valor sobre as circunstâncias do crime. Ocorre que esse raciocínio é ultrapassado. Dizia ser que o delegado faz apenas um juízo de tipicidade. Contudo, o direito penal adota o conceito analítico de crime, crime é fato típico, ilícito e culpável. Portanto, para que haja adequação típica em sentido lato é necessário que todos os elementos do fato estejam presentes.

Para onde o delegado de polícia deve enviar o relatório?

O CPP prevê que o relatório deve ser enviado ao juiz competente. Os Tribunais superiores asseveram a constitucionalidade do dispositivo, uma vez que o encaminhado ao juiz é meramente administrativo. Magistrado redireciona automaticamente os autos ao Ministério Público. Isso, portanto, não tem o condão de comprometer o sistema acusatório do processo. Ocorre que esse raciocínio é ultrapassado. Dizia ser que o delegado de polícia faz apenas um juízo de tipicidade. Contudo, o direito penal adota o conceito analítico de crime. Crime é fato típico, ilícito e culpável. Portanto, para que haja adequação típica em sentido lato é necessário que todos os elementos estejam presentes.

Para a doutrina majoritária, a doutrina garantista sustenta que o envio do relatório final realizado pelo delegado ao juiz ofende o sistema acusatório. O certo seria encaminhá-lo diretamente ao Ministério Público, por ser ele o destinatário final do inquérito policial.

Não é ilegal a portaria editada por juiz federal estabelece a tramitação direta de inquérito entre a Polícia Federal, de fato, o inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a *informatio delicti* – STF.

Nesse desiderato, a tramitação direta de inquéritos entre a polícia judiciária e o órgão de persecução criminal traduz expediente que, longe de violar preceitos constitucionais, atende a garantia da duração razoável do processo – pois lhe assegura célere tramitação – bem como os postulados da economia processual e da eficiência. Ressalte se que tal constatação não afasta a necessidade de observância, no bojo de feitos investigativos, da chamada cláusula de reserva de jurisdição, qual seja, a necessidade de prévio pronunciamento judicial quando for necessária a adoção de medidas de prévio pronunciamento judicial, quando for necessária a adoção de medidas que possam irradiar efeitos sobre as garantias individuais. Ademais, não se pode alegar que haveria violação do princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa ao se impedir o acesso dos autos de inquérito pelos advogados, o que também desrespeitaria o exercício da advocacia como função indispensável a administração da justiça e o próprio estatuto da advocacia, que garante o amplo acesso dos autos pelos causídicos. Os advogados têm direito a examinar os autos do inquérito, devendo em caso de extração de cópias, apresentar seu requerimento por escrito a autoridade competente.

Ainda que haja determinação legal para que a Polícia Civil dê prioridade à criação de Delegacias especializadas de Atendimento à mulher – DEAM, Núcleos Investigativos de Feminicídio e mantenha equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a Mulher, ainda é pouco significativo o número de tais espaços neste imenso Brasil. Era desastrosa- para dizer o mínimo - a forma como a violência contra a mulher era enfrentada no país, principalmente após a Lei dos Juizados Especiais que considerou a lesão corporal leve crime de pequeno potencial ofensivo, cujo desencadeamento era condicionado à representação da vítima. Ninguém duvida que este é o crime que mais vitimiza as mulheres no ambiente doméstico. E dela, fragilizada, que tem enorme dificuldade de denunciar a violência, exigir ainda que represente contra o agressor era colocá-la em situação de mais vulnerabilidade. Às claras o agressor tudo fazia para que desistisse da representação. Das promessas de não mais agredir, até agredi-la mais ainda. Uma das consequências favoráveis da Lei Maria da Penha é o caráter de formação de uma autoridade policial mais participativa, mais protetiva e mais zelosa no atendimento à vítima. A polícia judiciária retomou os procedimentos investigatórios com a instauração de inquérito policial. Havendo risco à vida ou à integridade física da vítima ou de seus dependentes, o agressor deve ser imediatamente afastado do lar. Esta é a providência a ser tomada pela autoridade judicial. No entanto, nos municípios que não são sede de comarca, cabe à polícia civil realizar esta diligência. Inclusive a autoridade policial pode promover o afastamento quando não houver delegado disponível no momento da denúncia. Nessas hipóteses, no prazo de vinte e quatro horas, deve haver a comunicação ao juiz da medida aplicada, a quem cabe, em igual prazo, manter ou revogar a providência policial, dando ciência ao Ministério Público. Às claras que este alargamento de competência, para que a polícia civil e militar

assegure o direito à vida da mulher e sua família não afeta e nem diminui a atividade jurisdicional. Nada tem de inconstitucional. Simplesmente atenta a uma realidade: que a violência acontece em todos os lugares. E não há como a justiça se fazer presente com a urgência necessária. Como a polícia militar dispõe de uma rede que alcança os lugares menores e mais distantes, muitas vezes é o único representante do Estado, não havendo qualquer motivo para impedir que aja frente a uma situação de violência. Além de registrar a ocorrência e presidir o inquérito, tem o dever de atender à requisição de força policial solicitada pelo juiz ou pelo Ministério Público. Dispõe a polícia de mais uma atribuição. Deve proceder à prisão do agressor sempre que tomar conhecimento – ou for comunicada – de que a medida protetiva de urgência deixou de ser cumprida. Apesar de ser de responsabilidade da justiça a intimação do ofensor, o oficial de justiça conta com o auxílio do aparato policial. Nestes aspectos emerge a relevância da capacitação dos agentes policiais nos temas correlatos à violência doméstica, bem como a apreciação técnica das situações concretas por profissionais habilitados – psicólogos e assistentes sociais, entre outros -, que possam orientar a autoridade policial e mesmo sugerir alternativa viáveis de proteção. Diante de uma situação doméstica ou grave ameaça, a mulher não pode se calar. Deve procurar a polícia e registrar a ocorrência na delegacia onde acontecem os fatos, na do local em que se encontra ou onde ela reside. Requerida a concessão de medidas protetivas, o procedimento deve ser encaminhado ao juízo da mesma comarca. Ele é o competente para apreciá-las. Com relação ao inquérito policial, deve ser presidido pela autoridade policial do local dos fatos. Deste modo, procedido ao registro da ocorrência em outra cidade, deve ser feita a devida comunicação, acompanhada de cópia do expediente das medidas protetivas encaminhado à justiça. Como a competência jurisdicional também é a do local dos fatos, concluído o inquérito, cabe a remessa ao respectivo juízo. A vítima deve procurar – onde existir – a Delegacia especializada de atendimento à mulher, a vítima deve comparecer à Delegacia de Polícia mais próxima. Bem como se a situação de violência ocorre fora do horário de atendimento das delegacias especializadas. Mesmo as delegacias não especializadas devem contar com servidores previamente capacitados e, de preferência, do sexo feminino, pois a mulher tem direito de receber atendimento policial e pericial especializado e ininterrupto. As delegacias – todas elas, especializadas ou não – precisam dispor de um recinto especialmente projetado e com equipamentos próprios e adequados à idade da mulher e ao tipo e à gravidade da violência doméstica. Neste espaço também serão ouvidas as testemunhas, de modo a garantir o direito de privacidade da vítima. Quando uma mulher se dirige à delegacia alegando ser vítima de violência doméstica, não necessita estar acompanhada de advogado, é garantido a ela acesso aos serviços da Defensoria Pública ou Assistência judiciária gratuita. Caso não tenha procurador, deve ser designado um defensor público para prestar-lhe atendimento específico e humanizado. Mesmo assim, colhido o seu depoimento, feito o registro de ocorrência, tomados a termo a representação e o pedido de providência urgentes sem a presença de advogado ou defensor, nada disso compromete a higidez de qualquer

desses atos. A primeira providência da autoridade policial é ouvir a vítima. Conforme recomenda a Lei Maria da Penha, sua escuta deve ser feita preferentemente por servidora do sexo feminino, e em um ambiente reservado e especialmente equipado para este fim. É necessário que a integridade física, psíquica e emocional da denunciante seja resguardada. A depender do seu estado de vulnerabilidade a inquirição poderá ser intermediada por profissional especializado em violência doméstica e integrante da equipe multidisciplinar da polícia ou da justiça. Indispensável evitar a revitimização da mulher. Devem ser evitados questionamentos sobre a vida privada e inquirições sucessivas sobre o mesmo fato. Em hipótese nenhuma, vítima, familiares e testemunhas podem ter contato direto com o investigado ou suspeito e com pessoas a eles relacionadas. Os depoimentos serão registrados em meio eletrônico ou magnético, devendo a mídia ou a gravação integrar o inquérito policial. Ouvida a vítima e as testemunhas que a acompanharam, cabe a autoridade policial proceder ao registro da ocorrência. Nesta oportunidade a vítima deve ser esclarecida a respeito de seus direitos e das medidas protetivas que pode pleitear. Também deve ser informada dos serviços disponíveis que existem para socorrê-las. Caso o delito imputado ao agressor seja de ação pública incondicionada, a vítima deve ser esclarecida de que não há como tirar a queixa, ou seja, desistir do processo. Atribuída ao agressor a prática de contravenção ou delito cuja ação seja privada ou pública condicionada, à autoridade policial cabe explicar à vítima da possibilidade de representar ou não contra o agressor. Também precisa ser informada de que, feita a representação, só poderá desistir perante o juiz. Do mesmo modo deve ser esclarecida que, se não representar, poderá fazê-lo no prazo de seis meses. Quando do registro da ocorrência a autoridade policial deve preencher o formulário nacional de avaliação de risco, a ser anexado ao procedimento de medida protetiva e ao inquérito policial. Na hipótese de a vítima requerer a aplicação de medidas protetivas, mas atribuir ao agressor agir atípico, que não corresponda a algum delito ou contravenção elencado como ato infracional, nem por isso a autoridade policial pode negar-se a proceder ao registro da ocorrência e remeter a juízo o expediente solicitando a aplicação da medida requerida. Deste modo, é de todo descabida a prática adotada por algumas delegacias de polícia, de não lavrar o registro de ocorrência por falta de tipicidade do ato praticado pelo agressor. Tal agir deixa de assegurar à vítima o direito fundamental de viver sem violência. De um outro lado, simplesmente sugerir à vítima que procure um advogado ou a defensoria pública para que a proteção seja efetivada através do juízo de família é desconhecer que estes mecanismos não têm como dar uma resposta com urgência que a violência intrafamiliar exige. A representação é condição para o desencadeamento da ação penal e não para o pedido de medida protetiva. Caso a vítima não represente contra o agressor, mas solicite a aplicação de medida protetiva, indispensável a remessa do procedimento a juízo para apreciação do pedido. Em se tratando de ação pública incondicionada – como o próprio nome diz – o

desencadeamento do inquérito independe da vontade da vítima. Basta que tenha comparecido à polícia para proceder ao registro da ocorrência. Também quando a autoridade policial tem conhecimento ou é informada da prática de algum crime, deve instaurar o inquérito policial, mesmo contra o desejo da mulher. Tratando-se de violência doméstica, o crime de lesão corporal leve é da ação pública incondicionada. Não necessita de representação, uma vez afastada, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais. A representação é exigível somente em se tratando de contravenção penal, delito de ação privada ou pública condicionada. Ainda que o simples comparecimento da vítima à polícia para proceder ao registro da ocorrência corresponda a uma representação, esta deve ser tomada por termo, para evitar eventual arguição de ausência de sua expressa manifestação. Depois de formalizada a representação pela autoridade policial, a retratação da vítima somente pode ser feita em juízo, em audiência especialmente designada para este fim, e na presença do juiz e do Ministério Público. A autoridade policial não pode simplesmente arquivar o inquérito se receber a comunicação de que foi acolhido o pedido de retratação. Deve remetê-lo a juízo, no estado em que se encontra, para que o juiz decrete a extinção de punibilidade do agressor. Não solicitando a vítima a adoção de qualquer providência urgente, que não inibe o desencadeamento da investigação policial e nem instaurado do inquérito. Ao contrário do que tem sido sustentado, é desnecessário que seja comunicado ao juiz a opção da ofendida de não pleitear medidas protetivas. Como não existe nada em juízo, nenhuma providência caberia ser tomada pelo magistrado diante dessa comunicação. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto defendem que, não requerida, de plano, qualquer medida protetiva, é possível, posteriormente, que o promotor, *ex officio*, pleiteie a adoção das medidas cabíveis, sobretudo para a defesa de eventuais filhos incapazes advindos do conflituoso relacionamento. A autoridade policial tem o prazo de quarenta e oito horas para encaminhar ao juizado da violência doméstica, ou à Vara Criminal com competência para atender estas ocorrências, a solicitação de medidas protetivas de urgência formuladas pela vítima. Ainda que seja assegurada prioridade na realização do corpo de delito em crimes que envolvam violência doméstica, o pedido de providências encaminhado a juízo não precisa estar acompanhado nem do depoimento do agressor e nem de testemunhas. Tampouco é necessária a juntada do resultado do exame de corpo de delito policial. Estes elementos irão instruir o inquérito policial. Do Expediente precisa constar: a qualificação da ofendida e do agressor; o nome e idade dos dependentes; a descrição sucinta do fato e a indicação das medidas solicitadas. Também deve a autoridade informar se a ofendida é pessoa com deficiência, bem como as da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente. Deve ser anexada cópia do boletim de ocorrência e do depoimento da vítima, juntamente com os documentos fornecidos por ela e as provas que estejam disponíveis e na sua posse. Verificado que o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo, que deve ser informado no procedimento a ser encaminhado a juízo. A comunicação entre as polícias civil e militar e a justiça, bem como a remessa do procedimento das medidas

protetivas feitas por meio eletrônico são mais do que salutares. Do mesmo modo, o uso das redes sociais para cientificação das partes revela compromisso com a agilidade para estancar a violência. Quando chega a polícia ao local dos fatos, ainda que os atos de violência tenham cessado, mas o agressor permanece do recinto, cabe sua prisão em flagrante. A situação de flagrância não se limita à prática do delito. Também há flagrante quando a agressão acaba de acontecer. Igualmente se o agressor é perseguido – pelo policial ou por qualquer pessoa – ou é encontrado, logo depois, com instrumentos que façam presumir ser ele o autor da infração. A autoridade policial pode autuar em flagrante o agressor, qualquer que seja a espécie de infração, independentemente da pena cominada ou do fato de o delito exigir representação. No entanto não pode conceder fiança, prerrogativa reservada ao juiz. No Código de Processo Penal, está previsto que o Delegado pode arbitrar fiança para crimes com pena máxima de quatro anos, quanto a dispensa da fiança, há divergências doutrinárias. A literalidade do CPP, reserva ao juiz essa prerrogativa, porém algumas correntes defendem que a autoridade policial também pode, em casos de miserabilidade do autuado. O Enunciado nº 6 do 1º Congresso Jurídico de Delegados da Polícia civil do Estado do Rio de Janeiro, de 2014, respalda essa posição. Cabe a polícia requerer ao juiz a decretação da prisão preventiva. Não se livra o agressor da prisão mediante o compromisso de comparecer em juízo. Diante da caótica realidade dos presídios brasileiros, que nem de longe atende à finalidade de ressocialização do preso, a solução foi admitir a substituição por penas restritivas de direitos. A sua aplicação, no entanto, se submete a algumas condições. Entre elas, de o crime pelo qual o réu foi condenado não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Deste modo, descabida a possibilidade de ocorrer a substituição da pena em sede de violência doméstica. O chamado pacote anticrime trouxe a figura chamada de acordo de não persecução penal. Trata-se de possibilidade que acontece em etapa pré-processual e se esgota quando do recebimento da denúncia. O acordo é entabulado perante o Ministério Público e se sujeita a homologação judicial. Ocorre a extinção da punibilidade. **De modo expresso tal hipótese não se aplica em casos de violência doméstica.** A decretação da medida protetiva é cabível para a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal. Do mesmo modo, nos crimes dolosos punidos com pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos. No âmbito da violência doméstica e familiar, é admitida a decretação de prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Fora destas hipóteses cabe a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. A Lei Maria da Penha, no entanto, admite o decreto da prisão preventiva em casos de violência doméstica, sem fazer menção à qualidade ou quantidade de pena. Ou seja, o encarceramento pode ser decretado de forma autônoma e não somente como medida substitutiva em caso de descumprimento de medidas protetivas previamente impostas ao agressor. O descumprimento das medidas protetivas

passou a configurar crime, sujeito a pena de detenção de três meses a dois anos. Em se tratando de flagrante, decorrente da prática de violência doméstica, por ocasião da audiência de custódia, três são as opções que o juiz pode adotar: relaxar a prisão, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem imposição de fiança. De um modo geral, a audiência de custódia é realizada juntamente com audiência de acolhimento e averiguação, com a presença da vítima, para que sejam impostas medidas protetivas. Quando a mulher comparece a delegacia, sob a alegação de violência doméstica, a autoridade policial tem o dever de adotar, de imediato, as providências cabíveis para assegurar-lhe proteção na hipótese de prática real ou eminente de violência. Indispensável proceder à avaliação dos riscos reais à integridade física e à vida da vítima, tendo como principal alicerce a palavra da própria ofendida, até ser apresentada prova em sentido contrário. O início das investigações deve ocorrer de ofício nos crimes de ação pública incondicionada. Nas contravenções penais, nos delitos de ação privada ou pública condicionada, depois de ouvida a vítima, se esta for a sua vontade, a representação deve ser tomada a termo, para a instauração do inquérito policial. O procedimento é o da lei processual penal e não o da lei dos juizados especiais criminais, por expressamente vedada sua aplicação no âmbito da violência doméstica. Durante as investigações e a coleta de provas, pode a autoridade policial requerer ao juiz quebra do sigilo telefônico e bancário, bem como interceptação telefônica e bancária do agressor. É necessária a realização do exame de corpo de delito e de outros exames periciais. Também é preciso colher o depoimento do agressor e das testemunhas. Feita a identificação criminal do agressor, o inquérito deve ser encaminhado à justiça no prazo de dez dias se o indiciado tiver sido preso em flagrante. O prazo é de trinta dias se ele estiver solto. Apesar da determinação de que o inquérito seja enviado ao juiz e ao Ministério Público, cabe ser remetida ao fórum somente uma via. Desnecessária dupla remessa, como parece sugerir o dispositivo legal, o que demandaria injustificável extração de cópias. Caso o agressor possui arma de fogo, a autoridade policial deve notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte nos termos do Estatuto do Desarmamento. O Juízo prevento para o recebimento do inquérito é o que apreciou o pedido das medidas protetivas. Feita a distribuição, independentemente de ordem judicial, o inquérito é encaminhado ao Ministério Público para oferecimento da denúncia. A Lei Maria da Penha torna obrigatória a identificação criminal do indiciado sem qualquer ressalva: Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deve a autoridade policial ordenar a identificação do agressor. Assim, em sede de violência doméstica, a identificação criminal deve ocorrer sempre, mesmo que haja identificação civil, e mesmo que não exista dúvida sobre sua identidade. Não é necessária qualquer requisito ou condição que limite ou afaste a identificação criminal do agressor. Ora, a exigência de identificação datiloscópica e fotográfica não pode ser considerada com constrangimento desnecessário. Também não tem cunho puramente simbólico e punitivo. É providência salutar, até

Porque há necessidade de alimentar os cadastros dos agressores domésticos pelo próprio Ministério Público. (DIAS, 2021)

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AÇÃO PENAL

Ação penal e Direito de ação

O Estado trouxe para si o exercício da função jurisdicional, de modo que ele deverá fornecer ao cidadão a tutela jurisdicional. Esse instrumento encontra-se solidificado no direito de ação. Nesse sentido, o direito de ação é o direito público subjetivo consagrado na CF/88 de se exigir do Estado-juiz a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, para a solução da demanda penal. A partir dela a parte acusadora Ministério Público ou ofendido – querelante – tem a possibilidade de, mediante o devido processo legal, provocar o Estado-juiz a dizer o direito objetivo no caso concreto.

O Fundamento constitucional o direito de ação é extraído da constituição federal, art. 5º, XIX: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. O dispositivo constitucional consagra o chamado princípio da inafastabilidade de jurisdição. Assim, se não exclui a apreciação significa dizer que há o dever de prestá-la. Não se pode confundir direito de ação com a ação propriamente dita.

Direito de ação é o direito de ingressar em juízo, na busca da tutela jurisdicional. Tem natureza jurídica de um direito público, subjetivo, abstrato, autônomo e instrumental, meio para se permitir o exercício do direito de punir do Estado. Ação é a materialização do direito de ação, razão pela qual denomina-se de ação propriamente dita. É o ato, por meio do qual, instrumentaliza-se o direito de ação assegurado constitucionalmente. Não se pode confundir, ainda, o direito de ação com o direito que se afirma ter quando se exercita o direito de ação, o qual pode ser designado como o direito material deduzido em juízo. O direito de ação é abstrato, pois independe do conteúdo que se afirmar quando se provoca a jurisdição.

Características do direito de Ação Penal

Direito público: a ação é proposta contra o estado, pois trata-se do direito de provocar o Estado-juiz para o exercício da atividade jurisdicional, cuja natureza é pública, sendo função típica do poder judiciário. A Ação Penal Privada também apresenta a mesma característica, visto que há transferência apenas da iniciativa da ação, mas não da titularidade, visto que o poder punitivo pertence ao estado.

Direito subjetivo: o titular do direito de ação penal pode exigir do Estado-juiz a prestação jurisdicional, sendo essa titularidade conferida a um sujeito específico, conforme a legitimidade conferida pela lei.

Direito autônomo: não se confunde com o direito material que se pretende tutelar. O direito de ação é o instrumento que viabiliza o pedido de condenação em relação a determinado fato, imputado a certo indivíduo.

Direito abstrato: existe e será exercido mesmo quando a demanda for julgada improcedente, uma vez que independe do resultado característica relacionada a autonomia do direito de ação.

Direito específico: apresenta um conteúdo, que é o objeto da imputação, ou seja, apesar de abstrato, desenvolve-se a partir de um caso concreto.

Condições da ação são requisitos mínimos indispensáveis ao julgamento da causa. Como o direito de ação é autônomo e abstrato, pode ser exercido mesmo que as condições não estejam presentes. O direito de invocar a tutela jurisdicional estatal é constitucional e incondicionado. Assim, as condições da ação são analisadas no âmbito do processo penal, uma vez que, na sua ausência, o processo não se desenvolve, ou seja, não será objeto de análise meritória do estado. O direito de ação é exercido com a propositura de inicial e a análise das condições é feita em seguida, pelo juiz, que pode rejeitar a peça acusatória. A análise das condições da ação observa a Teoria da Asserção, segundo a qual é realizada com base nos elementos fornecidos na inicial acusatória, conforme narrado pelo demandante, sem adentrar em aspectos probatórios. Assim, há um juízo superficial e precário de admissibilidade, sendo possível que, no curso do processo, seja demonstrada a ausência de uma dessas condições, dando azo a absolvição do réu.

Historicamente, a doutrina se valia do processo civil para estabelecer as condições da ação que consistia em Legitimidade da parte, Interesse de agir e Possibilidade jurídica do pedido. O CPC/15 suprimiu a possibilidade jurídica do pedido e diversos doutrinadores defendem que não é possível importar institutos do processo civil para o processo penal, como será visto adiante.

A doutrina trabalha com duas espécies de condições da ação que são as condições genéricas e as condições específicas, a saber, condições de procedibilidade. Condições genéricas são aquelas condições que deve estar presente em toda e qualquer ação penal independente da natureza do crime, da pessoa processada, e do procedimento a ser seguido, são elas: Legitimidade para agir; Interesse de agir; Possibilidade jurídica do pedido (viabilidade jurídica mais justa causa- lastro probatório mínimo de suporte para início da ação penal- lastro probatório mínimo para acusar). As

condições específicas são necessárias apenas em relação a determinadas infrações penais, ou ainda, em alguns procedimentos específicos.

Representação nos crimes de Ação Penal Pública Condicionada

Faz-se necessário a autorização de assembleia para que determinados agentes políticos sejam criminalmente processados e tem como condições genéricas a *Legitimidade ad causam* ativa e passiva que é a pertinência subjetiva da ação. Legitimidade ativa é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito ocupar o polo passivo dessa mesma demanda. Há legitimidade de partes quando o autor afirma ser titular do direito subjetivo material demandado, legitimidade ativa, e pede a tutela em face do titular da obrigação correspondente aquele direito legitimidade passiva. Entretanto, a espécie da ação penal definirá o seu legitimado.

Na Ação Penal Pública, a legitimidade ativa é em regra, do Ministério Público que oferece a denúncia. Na Ação Penal Privada a legitimidade ativa é do ofendido ou de seu representante legal mediante queixa crime. Lembre-se- se ainda que de ação penal pública, se verificada a inércia do Ministério Público, surge para o ofendido a possibilidade de propor queixa crime subsidiária, ou seja, Ação Penal Privada Subsidiária da Pública. Já legitimidade passiva, a ação penal pode ser proposta em face apenas do suposto autor do fato delituoso com dezoito anos completos ou mais.

A Legitimidade ad causam ativa e passiva da pessoa jurídica

Nessa situação, a pessoa jurídica é dotada de legitimidade ativa (pode oferecer ação penal pública, se restar caracterizada a inércia do Ministério Público, ou privada) nesse sentido, a disciplina do art. 37, CPP. Também é admitida a legitimidade passiva da Pessoa Jurídica pode ser o provável autor do delito, porem adstrita aos crimes ambientais. O art. 173, CF/88 permite que a pessoa jurídica seja responsabilizada criminalmente quanto aos Crimes Ambientais, e também quanto aos Crimes Contra a Ordem Econômica, Financeira e Contra a Economia Popular, na forma da lei. Contudo, não há lei ordinária regulando a responsabilidade penal da pessoa jurídica no que diz respeito aos crimes contra a Ordem Econômica, Financeira e Contra a Economia Popular.

Anteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro trabalhava-se com a adoção da Teoria da Dupla Imputação, segundo a qual, a imputação da pessoa jurídica deveria ter por consequência a imputação também da pessoa física. Em outras palavras, a pessoa jurídica só poderia ser denunciada pela prática de crimes ambientais se a pessoa física também fosse. Contudo, esse não é o entendimento que prevalece atualmente. Assim, é possível dizer que a pessoa jurídica figurar como polo passivo da ação penal,

independentemente da responsabilização concomitante das pessoas físicas, pois os Tribunais Superiores não mais adotam a Teoria da Dupla Imputação.

Na legitimidade ad causam ativa de ente sem personalidade jurídica, o CPP possibilita que certas entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta ainda que sem personalidade jurídica, atuem como assistentes do Ministério Público e, também ajuízem a queixa crime em caso de inércia do órgão ministerial.

Legitimidade Ordinária, Extraordinária, Substituição, Sucessão processual, Representação Processual (legitimidade ad processam):

Na legitimação ordinária, alguém pleiteia, em seu próprio nome, um direito também próprio. Essa é a regra, defender em juízo um direito seu. É o caso da legitimação do Ministério Público para iniciar a Ação Penal Pública. Já na legitimação extraordinária ou substituição processual, há a defesa de direito alheio em nome próprio. Essa é a hipótese da Ação Penal Privada, o ofendido vai a juízo, mediante transferência do estado da legitimidade para iniciar a ação. A vítima tem legitimidade para estar em juízo, enquanto o Estado permanece titular da pretensão punitiva. Situação diversa é a de sucessão processual, que decorre da morte ou ausência do ofendido, quando o seu direito de queixa ou de prosseguir na ação passará aos legitimados do art. 31, CPP. Por fim, a representação processual legitimidade ad processam se opera quando alguém vai em juízo atuando em nome e na defesa de direito alheio. O sujeito não é parte, mas apenas confere capacidade para que o legitimado ingresse em juízo. Exemplo: vítima de crime de ação penal privada menor de 18 anos, cuja legitimidade pode ser conferida a curador especial nos termos do art.33, CPP, na ausência de representante legal ou na hipótese de colisão de interesses.

O Interesse de agir é composto pelo trinômio necessidade, adequação e utilidade. Necessidade no processo penal é presumida, pois, *nulo poema sine iudicio*, desse modo é possível a imposição de pena sem existência de um processo penal. Entretanto há exceções que são a Transação penal, o Acordo de não persecução penal 28-A, inserida pelo pacote anticrime, e a Colaboração premiada com fulcro na Lei nº 12.850/13. Todas as exceções elencadas são mitigações do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, segundo o qual, presentes as condições da ação, o Ministério Público é obrigado a denunciar.

Adequação

É preciso pleitear se uma medida adequada para buscar seus interesses. Essa adequação não tem importância para as ações penais condenatórias. Tem relevância nas ações penais não condenatórias, por exemplo, habeas corpus. Habeas corpus nas hipóteses que não é cabível. De acordo com a Súmula 693, do STF, não cabe habeas

corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada. De acordo com a Súmula 694, do STF, não cabe habeas corpus contra imposição de pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública. E por fim, de acordo com a Súmula 695, do STF, não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade.

Utilidade consiste na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer a tutela do direito do autor. A prescrição em perspectiva virtual ou hipotética, consiste no reconhecimento antecipado em virtude da constatação de que, no caso de possível condenação, eventual pena que venha a ser imposta ao acusado estaria fulminada pela prescrição da pretensão punitiva retroativa, tornando inútil a instauração do processo penal. Nesse sentido, grande parte da doutrina sustenta a sua aplicação com fundamento na ausência de condição de procedibilidade a luz da utilidade. Entretanto, nem o STF e o STJ não admitem a prescrição virtual.

São inadmissíveis a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal justa causa. Podemos conceituar justa causa como sendo o lastro probatório mínimo indispensável para a instauração de um processo penal. Assim, deve a acusação ser portadora de elementos de informação que justifiquem a admissão da acusação e o custo que representa o processo penal em termos de estigmatização e penas processuais. Funciona, pois, como uma condição de garantia contra o uso abusivo de direito de acusar, evitando a instauração de processos levianos ou temerários. A natureza jurídica da justa causa é alvo de divergência doutrinária, no entanto, prevalece que o CPP insere a justa causa como condição genérica da ação. A denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, faltar justa causa para o exercício da ação penal, lastro probatório mínimo.

A ocorrência dos fatos narrados na denúncia está indicada nos autos, por inúmeros elementos indiciários oriundos de buscas e apreensões, quebras de sigilo e outras medidas investigativas, a justificar a presença de justa causa – lastro probatório mínimo para acusar - para deflagração da ação penal. Além disso, tradicionalmente, a justa causa é analisada apenas sob a ótica retrospectiva voltada para o passado, com vistas a quais elementos de informação foram obtidos na investigação preliminar já realizada. Todavia, a justa causa, lastro probatório mínimo para acusar, também deve ser apreciada sob uma ótica prospectiva, com o olhar para o futuro, para a instrução que será realizada. De modo que se afigura possível incremento probatório que possa levar ao fortalecimento do estado de simples probabilidade em que o juiz se encontra quando do recebimento da denúncia.

Justa causa duplicada na lavagem de capitais refere-se à condição para que seja iniciada uma ação penal para julgar um crime de lavagem de capitais. A doutrina aponta ainda para a existência de uma justa causa triplicada que ocorre quando a infração penal antecedente a lavagem de capitais também possui uma infração penal antecedente para a sua configuração. É o exemplo do crime de lavagem que tem como infração penal antecedente o crime de receptação, o qual, por sua vez, tem como infração penal antecedente o crime de roubo. Assim, quando do oferecimento da denúncia, cabe ao *Parquet* revelar o suporte probatório mínimo em relação a estes três delitos, daí porque a justa causa se apresenta, de fato, triplicada.

O Trancamento da ação penal por ausência de justa causa, de acordo com a Súmula 648 do STJ, reza que a superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em Habeas Corpus.

E, por fim, como uma condição da ação, tem-se a originalidade. A originalidade como condição genérica para o regular exercício de qualquer ação. O autor sustenta que os tradicionais pressupostos objetivos extrínsecos denominados litispendência e coisa julgada são em verdade condições da ação porquanto não são sanáveis, sem viabilidade de renovação da demanda com correção do vício. Em outros termos, a ação penal tem que ser original, não se admitindo reproduções, em face da vedação de dupla persecução penal. A maior parte da doutrina não considera a originalidade uma condição da ação classificando a como pressuposto processual negativo. A originalidade consiste na ausência de litispendência e coisa julgada, isto é, a demanda deve ser original, porquanto o ordenamento jurídico veda o exercício mais de uma vez da mesma ação.

Condições específicas da ação, também chamadas de condições de procedibilidade são a Representação do ofendido, Requisição do Ministro da Justiça, Sentença anulatória de casamento, no crime do art. 236, do CP; Ingresso no país do autor do crime praticado no estrangeiro, Declaração de procedência da acusação pela câmara dos deputados, no julgamento do Presidente da República, Sentença que decreta a falência nas ações falimentares. As condições de procedibilidade são aquelas necessárias para dar início a condição a ação penal. Nos crimes contra a honra, em regra, a representação é uma condição de procedibilidade, pois, sem ela, a ação não pode ser iniciada. Por sua vez, a condição de prosseguibilidade é aquela necessária para dar prosseguimento a ação penal. Trata-se da situação na qual já está em curso, mas uma lei posterior altera a natureza da ação penal para aquele crime, ou seja, o crime que antes era de ação penal pública incondicionada e, por isso, não exigia representação, passou a ser de ação penal pública condicionada, de modo que essa representação passa a ser condição necessária para dar prosseguimento na ação penal.

A Lei dos Juizados Especiais passou a exigir representação para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, ou seja, tais crimes, que antes eram de ação

penal pública incondicionada, passaram a exigir a representação tanto para dar início a ação penal hipótese em que a representação funciona como condição de procedibilidade, como para dar continuidade a ação que já estava em andamento hipótese que funciona como condição de prosseguibilidade. Nesse sentido, qual a natureza da representação quando se tratar de lesão corporal leve ou culposa? Processos relativos a lesão corporal leve e culposa ainda não iniciados exige representação para dar início a ação penal como condição de procedibilidade, já os processos relativos a lesão corporal leve e culposa que já estavam em andamento exigem representação para dar continuidade à ação penal como condição de prosseguibilidade. É certo que sem a representação não se pode iniciar a *persecutio criminis*, a representação é condição especial de perseguibilidade, porque sem a representação não há como deflagrar a *persecutio criminis*, que antecede a ação penal. Sem representação a autoridade policial não pode instaurar o inquérito policial e assim dar início a *persecutio* (condição especial de perseguibilidade), sem a representação não se procede em juízo, isto é, não se deflagra ação penal condição especial de procedibilidade e sem representação não se pode dar sequência ao feito condição especial de prosseguibilidade.

O processo penal não poderia se valer da Teoria Geral do Processo Civil para conferir das mesmas condições da ação, uma vez que são condições da ação penal a prática de fato aparentemente criminoso; Punibilidade concreta; Legitimidade da parte; e Justa Causa.

Na prática de fato aparentemente criminoso (*fumus comissi delicti*), o fato penalmente relevante praticado em tese, deve ser típico, ilícito e culpável, não se admitiria uma ação penal por um fato que não fosse crime. Exemplo: denúncia por incesto, furto de coisa própria. Na punibilidade concreta, deve o juiz rejeitar a peça acusatória quando houver prova de extinção da punibilidade. Quando presente a causa de extinção de punibilidade, como prescrição, decadência, renúncia, a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada e o réu absolvido sumariamente, conforme o momento em que seja reconhecida. Já a legitimidade da parte é um conceito amplamente discutido, e por fim, a Justa causa que consiste no lastro probatório suficiente para acusar para dar início a ação penal.

Princípios da Ação Penal - Princípios comuns da Ação Penal Pública e Privada

Princípio da transcendência ou pessoalidade, reza que a pena não passara da pessoa do condenado. A denúncia (Ministério Público) ou queixa crime (ofendido) só podem ser oferecidas contra o provável autor do fato delituoso. Esse princípio funciona como evidente desdobramento do princípio da pessoalidade da pena.

O Princípio da oficiosidade diz que cabe Ministério Público propor de ofício, quando Ação Penal Pública, ou ao querelante de ofício propor, quando ação penal privada quando legitimado. O Ministério Público é titular da ação penal, em razão disso, pode agir de ofício, não dependendo da autorização de ninguém, da mesma forma, que o ofendido também pode agir quando legitimado. O juiz não pode dar início ao processo de ofício, uma vez que a ação penal é de iniciativa do Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, a saber, no caso de violência doméstica contra a mulher; ou do ofendido ou seu representante legal, nos crimes de ação penal privada. Entretanto, o juiz pode conceder habeas corpus de ofício art. 654 §2º do CPP, visto que a restrição se limita a atuação de ofício em ação penal condenatória. Ademais, a execução tem início de ofício.

O Princípio do ne bis in idem trata-se dá inadmissibilidade da persecução penal múltipla. Nesse sentido, ninguém pode ser processado duas vezes pela mesma imputação.

Princípios da Ação Penal Pública situação em que o Ministério Público oferece denúncia de ofício

Princípio da obrigatoriedade ou legalidade

O Princípio da obrigatoriedade está previsto no art. 24, CPP. Com isso, diferentemente do que ocorre com os demais princípios que possuem status constitucional ou convencional, possui status de lei ordinária. Conseqüentemente, pode ser excepcionado por outra lei ordinária. O Ministério Público, titular da ação penal pública, está obrigado a oferecê-la, sempre que constatar a presença de prova da materialidade e indícios de autoria ou participação. Assim, se presentes as condições da ação penal e havendo justa causa (lastro probatório suficiente para acusar), o Ministério Público está obrigado a oferecer denúncia. Em outras palavras, não se reserva ao Ministério Público qualquer juízo de discricionariedade quando constatada a presença de conduta delituosa e das condições da ação penal. A doutrina aponta dois mecanismos de fiscalização do Princípio da obrigatoriedade: Princípio da devolução (art. 28ª, caput e §1º nos termos da interpretação conforme conferida pelo STF no julgamento das ADI'S 6298,6299,6300 e 6305, nesse sentido o STF atribuiu interpretação conforme ao caput do art. 28 para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos de mesma natureza, o Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará a vítima ao investigado e a autoridade policial, podendo encaminhar os autos ao procurador geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação na forma da lei. E, por unanimidade do STF, atribuiu interpretação conforme ao §1º do art. 28 para assentar que, além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria a revisão da instancia competente do

órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia (monstruosidade /decisão absurda) no ato do arquivamento.

Ação Penal Privada Subsidiária da Pública

Quanto a obrigatoriedade da ação penal e o pedido de absolvição pelo Ministério Público, de acordo com o art. 385 do CPP, fica claro que o Ministério Público poderá opinar pela absolvição. Isso porque trata-se de garantia da independência funcional do promotor. E ao Ministério Público incumbe zelar por interesses individuais, a exemplo da liberdade de locomoção. Nesse sentido, tem-se que o princípio da obrigatoriedade não é incompatível com o pedido da absolvição. Ressalta-se ainda que, o juiz pode condenar o acusado, mesmo com o pedido de absolvição feito pelo Ministério Público.

O art. 385 do CPP é compatível com o sistema acusatório e não foi tacitamente derogado pelo advento da Lei nº 13.964/19. Alguns doutrinadores como Aury Lopes, sustentam que, havendo o pedido de absolvição, o juiz seria obrigado a absolver, já que o Ministério Público estaria retirando sua pretensão acusatória. Com isso, caso o juiz condenasse, estaria agindo de ofício, em um verdadeiro processo judicial incompatível com o princípio da inércia da jurisdição. Contudo, a maioria da doutrina, e principalmente a jurisprudência, compreendem que, a partir do momento em que a denúncia foi oferecida, o juízo foi provocado. Por isso, mesmo que o Ministério Público tenha pedido a absolvição, o juiz continua livre para condenar ou para absolver, já que a pretensão punitiva já teria sido deduzida em juízo. O procedimento judicial ocorria na hipótese em que a ação penal, quando envolvesse contravenções penais, seria iniciada com o Auto de Prisão em Flagrante ou com Portaria expedida pela autoridade policial ou judicial, conforme previsão no art. 26 do CPP. Ocorre que, referido artigo não foi recepcionado pela CF/88. O art. 129, CF/88 traz as funções institucionais do Ministério Público, dentre estas promover, privativamente, a ação penal pública.

De acordo com o princípio da indisponibilidade, o Ministério Público não pode desistir da ação penal pública após o oferecimento da denúncia. Entretanto, são exceções ao Princípio da indisponibilidade a Suspensão condicional do processo, a Transação penal que consiste num acordo entre o Autor e o Ministério Público para antecipar os efeitos das penas restritivas de direito e cominação de multa para arquivamento do processo.

Nesse caso, o Ministério Público poderá desistir da ação penal pública, mesmo após o oferecimento da denúncia.

Princípio da oficialidade

Para o Princípio da Oficialidade, o titular da ação é órgão oficial do Estado.

Princípio da indivisibilidade

Há controvérsia sobre o caráter divisível da ação penal pública. A primeira corrente majoritária na doutrina entende que a ação penal pública é indivisível. A segunda corrente, de opinião dos Tribunais Superiores, diz que a Ação Penal Pública admite a divisibilidade, ou seja, o Ministério Público pode oferecer denúncia em face de alguns investigados, sem prejuízo do prosseguimento das investigações dos demais autores. Nesse contexto, até a sentença final, o Ministério Público pode incluir novas pessoas no polo passivo, por meio do aditamento da denúncia. É a corrente que deve ser adotada.

Princípios da Ação Penal Privada

Princípio da oportunidade e conveniência

Compete a vítima ou ao seu representante analisar a conveniência e oportunidade para o exercício da ação, ou seja, o titular da ação, querelante, tem a faculdade de decidir se tem ou não interesse em dar início ao processo criminal, visando a responsabilização do autor do delito. Há dois mecanismos através dos quais a vítima pode optar por não exercer seu direito de ação: Decadência, situação em que a vítima dispõe do prazo decadencial de seis meses para o exercício da Ação Privada, contados do conhecimento do responsável pelo delito, sob pena de extinção da punibilidade, e a Renúncia que é ato unilateral do ofendido, e ocorre quando a vítima se recusa a tomar providências contra seu agressor. Se opera até o oferecimento da ação penal. Ambas são irretratáveis. A renúncia feita para um agressor necessariamente beneficia os demais, e pode ser expressa ou tácita aos atos do ofendido incompatíveis com o desejo de processar o agressor, além de ensejar a extinção da punibilidade. Tanto a decadência como a renúncia ocorrem antes de iniciada a ação penal com o oferecimento da queixa crime. O prazo decadencial para a queixa crime é improrrogável e não se sujeita a nenhuma forma de suspensão ou interrupção.

O princípio da oportunidade e conveniência se aplica também a ação penal pública condicionada, no que tange a representação ou a requisição e apenas nesse ponto, visto que uma vez presentes os demais elementos para o oferecimento da ação, o Ministério Público é obrigado a agir.

Princípio da disponibilidade

Após iniciada a queixa crime, o querelante pode dispor do seu direito de dar continuidade a queixa crime através de dois institutos: o Perdão que consiste no ato de liberalidade, e requer a aceitação pelo réu ato bilateral, trata-se de causa extintiva de

punibilidade e só é admissível até o trânsito em julgado. Não cabe o instituto do perdão do ofendido na ação penal privada subsidiária da pública. E a Renúncia, de característica pré-processual, e unilateral. A renúncia feita a um dos agentes se estende aos demais. O perdão é um instituto processual bilateral e depende da aceitação do réu. O perdão concedido a apenas um dos agentes delitivos não necessariamente se estende aos demais. Já a Perempção é a sanção processual pela desídia (descaso ou preguiça de agir, negligência do querelante na ação privada).

Independentemente do momento em que o querelante decide abrir mão do seu direito de queixa, antes mesmo de oferecida a queixa (através da decadência ou renúncia), ou após o oferecimento desta, através do perdão ou perempção, a consequência será a mesma, a extinção da punibilidade. A perempção é uma sanção processual pela desídia do querelante na ação privada. Assim, conforme entendimento da jurisprudência, descabe o seu reconhecimento em sede de ação penal privada subsidiária da pública, uma vez que, originariamente, trata-se de hipótese de ação penal pública.

Conciliação nos crimes contra a honra de competência do juiz singular

Esse princípio não se aplica a ação penal privada subsidiária da pública, pois eventual manifestação do querelante, no sentido de dispor da ação penal já em curso, importa a retomada, pelo Ministério Público da titularidade da ação penal. Trata-se da chamada ação penal indireta. Necessário atentar para alguns momentos processuais. Antes de iniciada a queixa crime, ocorre decadência decorrido o prazo de sessenta dias do conhecimento do fato.

De acordo com o Princípio da indivisibilidade proposta ação penal privada, o querelante deve promover a contra todos os que contribuíram para o crime, não podendo deixar de processar os que sabidamente concorreram para prática do crime. Nesse sentido, a ação penal deve se estender aqueles que praticaram a infração penal. Em razão do princípio da indivisibilidade, a renúncia, pré processual e o perdão, pós processo, concedidos a um dos coautores estendem-se aos demais, entretanto, no perdão caso um dos coautores não aceite, continuará correndo contra ele o processo.

Princípio da indivisibilidade da ação penal privada nas hipóteses de omissão voluntária e involuntária

O princípio da indivisibilidade significa que a ação penal privada deve ser proposta contra todos os autores e partícipes do delito. Segundo posição da jurisprudência, o princípio da indivisibilidade só se aplica para ação penal privada art. 48 do CPP. O que acontece se a ação penal privada não for proposta contra todos? Se a omissão foi voluntária deliberada, o juiz deve rejeitar a queixa e declarar a extinção da

punibilidade para todos. Se a omissão foi involuntária, o Ministério Público deverá requerer a intimação do querelante para que ele faça o aditamento da queixa crime e inclua os demais coautores ou partícipes que ficaram de fora.

Assim, conclui-se que a não inclusão de eventuais suspeitos na queixa crime não configura, por si só, renúncia tácita ao direito de queixa. Para o reconhecimento da renúncia tácita ao direito de queixa, exige-se a demonstração de que a não inclusão de determinados autores ou partícipes na queixa crime se deu de forma deliberada pelo querelante. Cabe ao Ministério Público fiscalizar o princípio da indivisibilidade na ação penal privada, se foi proposta contra todos os autores. Contudo, o Ministério Público não pode aditar a queixa para incluir coautores, pois não tem legitimidade ativa. Deve, portanto, pedir a intimação do querelante para que adite a queixa sob pena de a renúncia concedida a um dos coautores ser estendida aos demais quando a omissão for involuntária.

Há doutrina em sentido contrário, segundo a qual a luz do dever do Ministério Público de zelar pela indivisibilidade da ação penal privada, caberia ao representante do órgão acusatório aditar a queixa crime.

Ação Penal Pública

A ação penal pública pode ser Ação penal pública incondicionada, Ação penal pública condicionada a representação, Ação penal pública subsidiária da pública, Ação penal pública incondicionada. De modo que, no silêncio da lei, o crime será de Ação Pública Incondicionada. O titular da Ação Penal Pública Incondicionada é o Ministério Público, cuja atribuição é privativa, conforme a CF/88. A denúncia é a peça privativa do Ministério Público que dá início à ação penal pública, também chamada de peça inicial. Os prazos para oferecer denúncia, de acordo com as regras do CPP é de cinco dias para réu preso, quinze dias para réu solto. Já o Prazo do inquérito é de dez dias podendo prorrogar se preso, ou de trinta dias, podendo prorrogar por mais trinta se solto. Para os crimes eleitorais o prazo é de dez dias. Já no Tráfico de drogas, o Ministério Público tem o prazo de dez dias para oferecer denúncia. Nos Crimes contra economia popular o Ministério Público tem o prazo de dois dias para oferecer denúncia. Na Lei de Falências o Ministério Público tem o prazo de cinco dias, se réu preso, e quinze dias, se réu solto, para oferecer denúncia.

Ação Penal Pública Condicionada

A Ação Penal Pública Condicionada é aquela que depende da manifestação de vontade do legítimo interessado para que a persecução penal possa se iniciar. A ação penal pública pode ser condicionada a Representação do ofendido; Requisição do Ministro da Justiça.

Ação Penal Pública condicionada a representação do ofendido

A representação do ofendido é o pedido e a autorização que condiciona o início da persecução penal. Sem ela inexistente processo, o inquérito policial e até mesmo a lavratura em flagrante. Sua natureza jurídica é uma condição de procedibilidade, ou seja, para dar início a ação. Lembrando que pode ser condição de prosseguibilidade (para continuar a ação, dar andamento, impulsionar, a exemplo da Lei nº 9.099/95 quando passou a exigir representação para lesões corporais leves e culposas). Já o prazo para propor ação penal pública condicionada a representação do ofendido é um prazo decadencial de seis meses contados do conhecimento da autoria. Na sucessão processual, o prazo não é renovado, mas contínuo, de modo que são possíveis duas situações: Se o sucessor toma conhecimento da autoria no mesmo momento que a vítima, tem direito ao prazo restante; ou se o sucessor não tinha conhecimento da autoria, o prazo restante será contado no momento em que atingir esse conhecimento. O prazo é uno para os sucessores, de modo que basta que um deles tenha conhecimento da autoria, para que tenha início o prazo decadencial para todos

A decadência do direito do representante legal atinge a situação do menor de idade?

De acordo com a primeira corrente, o prazo é único, razão pela qual a decadência para o representante legal acarreta desde logo a extinção da punibilidade, ainda que o menor não tenha completado dezoito anos. Para a segunda corrente, o direito não pode ser exercido pelo menor, de modo que, cuidando-se de incapaz, não se pode falar em decadência. O mesmo entendimento se aplica ao exercício do direito de queixa ação penal privada. Legitimidade para representação: delegado, juiz, Ministério Público. Legitimidade para oferecer a representação: vítima ou seu representante legal. A representação pode ser feita pessoalmente pelo ofendido com dezoito anos completos ou mais ou procurador, desde que possua poderes especiais. Diante de menor de idade, mentalmente enfermo, ou retardo mental que não tenha representante legal, ou cujos interesses colidirem com os do representante, será nomeado curador especial. Diante da morte ou da declaração judicial de ausência da vítima, teremos como sucessores o cônjuge ou companheiros, ascendentes, descendentes, irmãos. Trata-se de rol preferencial e taxativo. Deve-se, no entanto, respeitar a ordem preferencial quando houver morte, declaração judicial de ausência ou incapacidade civil superveniente. Por outro lado, em caso de abandono ou desistência da ação o art. 36 preconiza que qualquer dessas pessoas do caput poderá prosseguir com a ação, independentemente de obedecer a ordem preferencial.

O STJ ainda, estendeu o direito a representação ao companheiro, contudo, apesar do entendimento do STJ, parte da doutrina, por outros critica a extensão por ferir a legalidade devido a utilização de analogia prejudicial ao réu. Pessoas jurídicas vítimas de infrações penais, podem oferecer representação por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios gerentes. A forma da representação, de acordo com o STJ e STF, tem forma livre, podendo ser oral ou por escrito, ou seja, não precisa ser através de peça formal. O prazo para representação é de seis meses contados do conhecimento da autoria. Não interessa a data do fato. O prazo para oferecimento da representação tem natureza decadencial, não se admite suspensão, prorrogação ou interrupção.

Retratação da representação:

Em regra, a retratação é possível até antes do oferecimento da denúncia, ou seja, a retratação é possível na fase pré-processual, é unilateral e alcança e beneficia os demais autores. **A exceção está na Lei Maria da Penha, situação em que a retratação é possível até o recebimento da denúncia, em audiência perante o juiz designada especialmente para esse fim. Há divergência doutrinária acerca da possibilidade de retratação da retratação. Para parte da doutrina, a vítima poderá se arrepender da retratação e renovar a representação, desde que esteja dentro do prazo decadencial.**

Porém, mesmo para os que admitem a retratação da retratação, há duas exceções, dois microssistemas que fatalmente a retratação da representação por lei extingue a punibilidade, quais sejam o Juizado da violência doméstica e familiar contra a mulher, e o JECRIM.

Eficácia objetiva da representação

A representação é feita para cada crime e abrange todos os possíveis coautores e partícipes. Por eficácia objetiva da representação, entende-se o seguinte, se oferecida a representação contra um dos partícipes ou coautores do crime, o Ministério Público deve oferecer a denúncia contra todos aqueles que praticaram o delito. Porém a representação só é válida para aquele delito. Assim, se a vítima representou apenas pelo delito de injúria, não é possível o Ministério Público amplie a representação para abranger os crimes de calúnia e difamação, em face da eficácia objetiva da representação. Não abrange outros crimes, envolvendo apenas todos os coautores.

Ação Penal Pública Condicionada a Requisição do Ministro da Justiça

É ato de conveniência política, autorizando a persecução penal em alguns crimes. O prazo na lei é omissivo. Logo, pode ocorrer a qualquer tempo, enquanto não for extinta

a punibilidade. Ao contrário da representação, que deve ser oferecida no prazo decadencial de seis meses, contados do conhecimento da autoria, a lei silenciou acerca de eventual prazo para o oferecimento da requisição. Entende-se, portanto, que a requisição não está sujeita ao prazo decadencial, podendo ser oferecida a qualquer tempo, desde que não tenha havido a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição.

Destinatário

Há discricionariedade do Ministro da Justiça. A requisição não vincula o Ministério Público, ou seja, o Ministério Público não está obrigado a oferecer denúncia requisitada pelo Ministro da Justiça.

Hipóteses

Crimes cometidos por estrangeiros contra brasileiro fora do Brasil, Crimes contra a honra contra o Presidente ou Chefe de Governo Estrangeiro.

Ação Penal pública Subsidiária da Pública

Para alguns doutrinadores, essa subespécie de ação penal pode ser vislumbrada quando ocorre a atuação de um órgão do Ministério Público, diante da inércia de outro órgão do Ministério Público. Alguns exemplos dessa espécie *sui generis* de ação penal pública subsidiária da pública podem ser apresentados. Nos crimes de responsabilidade de prefeitos, em caso de inércia do PGJ (lembrando que o prefeito tem prerrogativas de função e são julgados pelos tribunais de justiça). Nos casos de deslocamento de competência como aqueles que ocorrem quando há grave violação dos direitos humanos e inércia dos órgãos estaduais, podendo então o caso, mediante representação do por perante o STJ, ser deslocado para a Justiça Federal, isso com o fim de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. Também é mencionável a possibilidade de deslocamento de competência para o Tribunal Penal Internacional- TPI, no caso de inércia dos órgãos internos brasileiros envolvendo crimes contra a humanidade.

Ação Penal de Iniciativa Privada

Ocorre quando o Estado, legítima o ofendido ou seu representante legal a ingressar com ação penal, pleiteando a condenação do agressor, em hipóteses excepcionais. O particular, portanto, passa a ter o direito de ação, a legitimidade para oferecimento da ação penal privada, embora a titularidade da ação penal permaneça com o Estado. Trata-se, como já visto, de hipóteses de legitimação extraordinária. A

titularidade, como visto, pertence ao ofendido ou representante legal. A queixa pode ser proposta por procurador, desde que seja mediante procuração com poderes especiais. Deve constar da procuração com poderes especiais o nome do querelante e a menção ao fato criminoso. No entanto, os Tribunais Superiores divergem quanto ao significado de menção ao fato criminoso. Para o STF, na procuração, deverá ser individualizado o evento delituoso, não bastando apenas a menção do *nomen iuris* do crime. Para o STJ, basta mencionar o tipo penal ou *nomen iuris*, sendo desnecessário pormenorizar a descrição da conduta.

Segundo o Art. 44, a queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal. O prazo para interpor a queixa crime seis meses, contados a partir do conhecimento da autoria. Nesse caso, o prazo é decadencial.

Espécies

Ação penal privada personalíssima, Ação penal privada propriamente dita ou exclusiva, Ação penal privada subsidiária da pública.

Na Ação Penal Privada Personalíssima, somente o ofendido pode ingressar em juízo, ou seja, o direito não é transmitido ao representante legal e nem haverá sucessão processual aqui, a morte da vítima extingue a punibilidade do autor do delito. Na atual legislação brasileira, há apenas um exemplo de crime dessa espécie.

A Ação penal privada exclusiva ou propriamente dita é aquela que pode ser proposta pelo ofendido ou seu representante legal. Na hipótese de ser proposta pelo representante legal, há sucessão processual. É a regra nos crimes contra a honra.

A diferença entre a ação penal exclusivamente privada e a ação privada personalíssima é que, na ação penal exclusivamente privada, admite-se a sucessão processual, ao passo que na ação penal privada personalíssima, somente o próprio ofendido pode ajuizar queixa crime.

A Ação penal privada subsidiária da pública ou acidentalmente privada ou supletiva também é chamada de ação penal acidentalmente privada e ou supletiva e será admitida quando estiver caracterizada a inércia do Ministério Público. Assim, em havendo inércia do órgão ministerial, a ação penal privada subsidiária da pública será exercida pela vítima ou por seu representante na condição de substituição processual, já que ela atua em nome próprio pleiteando a punição que será exercida pelo Estado.

Fundamento legal e constitucional

Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. O CPP no art. 29, preceitua que será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer a denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal. Assim, havendo inércia do órgão ministerial, a ação penal privada subsidiária da pública será exercida pela vítima ou por seu representante na condição de substituição processual, já que ela atua em nome próprio pleiteando a punição que será exercida pelo Estado. Trata-se de forma de controle da obrigatoriedade da ação penal pública, bem como da inafastabilidade da jurisdição.

Pressuposto

Há dois requisitos. Só é cabível em face da inércia do Ministério Público ou se o promotor recebe o inquérito e em quinze dias acusado solto não faz nada, a partir do décimo sexto dia cabe ação penal privada. Se pedir arquivamento, ou diligência não se trata de inércia, logo, não cabe ação subsidiária. O crime deve possuir um ofendido individualizado. Em crimes de perigo incolumidade posta em risco não cabe essa ação subsidiária. Assim, tráfico de drogas, quem ofereceria a ação? Não existe. A exceção são as duas hipóteses em que, mesmo que a coletividade seja o sujeito passivo será possível interpor ação penal privada subsidiária da pública: Crimes contra as relações de consumo, nessa hipótese, os legitimados para propor a queixa substitutiva serão as associações de defesa do consumidor e os crimes falimentares, nessa hipótese, os legitimados para propor a queixa substitutiva será o administrador judicial ou qualquer credor habilitado. O prazo para propor ação seis meses, contados a partir da inércia do Ministério Público. Esgotado o prazo opera-se a decadência e conseqüentemente a extinção da punibilidade? Não. Trata-se da denominada decadência imprópria, visto que embora não seja mais possível a queixa subsidiária, uma vez transcorrido o prazo decadencial, permanece a possibilidade de o Ministério Público oferecer denúncia, enquanto o crime não estiver prescrito.

Poderes do Ministério Público

O Ministério Público, em face da queixa substitutiva, assume a posição de um litisconsorte, porém de natureza *sui generis*, na medida em que não há cumulação de ações contra o mesmo réu. A doutrina fala que o Ministério Público atua como uma espécie de assistente litisconsorcial. Pode se ainda falar em interveniente adesivo obrigatório, porquanto, oferecida a queixa o Ministério Público é obrigado a intervir em todos os termos do processo.

Nessa linha, é lição de Nestor Távora, para quem o Ministério Público na ação subsidiária, figura como interveniente adesivo obrigatório, atuando em todos os termos do processo, sob pena de nulidade, tendo amplos poderes. Assim, o Ministério Público pode repudiar a queixa, oferecendo denúncia substitutiva, quando a vítima ingressa com a ação penal privada subsidiária, a petição inicial é a queixa crime subsidiária da denúncia que não foi apresentada. Por sua vez, quando o Ministério Público repudia a queixa, por entender que não houve omissão, a denúncia é substitutiva da queixa repudiada, além de aditar a queixa, tanto em seus aspectos formais, como materiais. O prazo para o Ministério Público aditar a queixa é de três dias.

Na ação exclusivamente privada, não pode o Ministério Público incluir coautor ou fato que o ofendido não incluiu, sob pena de violação ao Princípio da oportunidade. Contudo, em atenção ao Princípio da indivisibilidade, verificada omissão involuntária, o Ministério Público poderá oficiar o querelante para que promova o aditamento.

Compete também ao Ministério Público intervir em todos os termos do processo. O Ministério Público pode a qualquer momento, fornece elementos de prova; interpor recurso e opinar pela rejeição da queixa. A queixa ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subsequentes do processo.

O Ministério Público não pode recorrer da decisão absolutória proferida em ação penal privada. Se o querelante for negligente, o Ministério Público reassume o polo ativo da ação penal, é a chamada ação penal indireta.

Outras classificações da ação penal

Ação penal adesiva

Para o professor Nestor Távora, seria o litisconsórcio ativo entre o Ministério Público (no crime de ação penal pública) e o querelante (nas hipóteses de ação penal privada). Estupro antes de 2009 ação penal privada conexo com a tentativa de homicídio ação penal pública incondicionada de modo que o Ministério Público oferece denúncia e vítima queixa e as ações correriam juntas pela conexão. Para o professor logo, só existe na Alemanha, onde é possível que o Ministério Público ingresse com a ação penal pública e, em seguida, a vítima ingresse de maneira adesiva, porém com objetivos indenizatórios.

Nesse contexto, há uma espécie de intervenção adesiva facultativa, relacionada a satisfação do dano decorrente do crime. O instituto verificado na Alemanha, também é possível nos crimes de ação penal privada, quando o Ministério Público promove a ação penal, mediante constatação de um interesse público. Nesse caso, faculta-se ao ofendido ou seu representante legal intervir no processo como assistente. Não confundir com a

atuação obrigatória adesiva do Ministério Público, interveniente adesivo obrigatório na ação penal privada subsidiária da pública.

Ação Penal Popular

Habeas Corpus, faculdade de qualquer cidadão oferecer denúncia *notitia criminis* por crime de responsabilidade praticado por agentes políticos.

Críticas

Habeas Corpus não se trata de uma ação penal por excelência, ação penal propriamente dita, mas sim de uma ação libertária, um meio de impugnação autônomo.

A denúncia mencionada no art. 41, em verdade, compreende com incorreção técnica do legislador, que confunde o termo denúncia com notícia crime. Além disso, os ilícitos da Lei nº 1.079/50 não são crimes propriamente ditos, uma vez que sequer prevê sanções penais em razão da prática das condutas ali previstas, mas sanções políticas administrativas em razão das críticas apresentadas, a doutrina majoritária entende não existir no Brasil, ação penal popular. Contudo, há doutrina em sentido contrário.

Ação Penal Secundária

Ocorre quando as circunstâncias do caso concreto modificam a modalidade de ação penal a ser ajuizada. Nos casos de Crimes contra o patrimônio, no contexto do art. 182 do CP (escusas absolutórias relativas) quando cometidos sem violência ou grave ameaça podem depender de representação (ação penal pública condicionada), sendo que a regra é a ação penal pública incondicionada. Nos casos de crimes contra a honra, em regra, são de ação penal privada, contudo, há algumas exceções: injúria real mediante vias de fato, injúria real mediante lesão corporal grave ou gravíssima, casos em que deverá propor Ação Penal Pública Incondicionada, além dessas, tem-se a injúria real mediante lesão corporal leve, caso de propor a ação penal pública condicionada a representação, e injúria qualificada, caso de propor a ação penal pública condicionada a representação. Nos Crimes contra a honra do Presidente da República, a ação será penal pública condicionada a requisição do Ministro da Justiça. Já nos Crimes contra a honra de servidor público em razão de suas funções, há duas possibilidades: Ação penal pública condicionada a representação, ou ação penal privada sendo hipótese de legitimidade concorrente alternativa (oferece denúncia ou queixa crime).

De acordo com a Súmula 714 do STF é concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada a representação do ofendido, para ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de

suas funções. No entendimento de Renato brasileiro, a palavra concorrente foi uma imprecisão técnica, na verdade, o termo correto seria legitimidade alternativa, uma vez que ao ser oferecida representação pelo ofendido, autorizando o Ministério Público a agir, não seria mais possível o oferecimento da queixa crime. Portanto, cabe ao ofendido escolher a via eleita, ou representação ou queixa crime.

Ação de prevenção penal

Ação a ser proposta contra o inimputável, pois uma denúncia que não visa a condenação, mas a aplicação de Medida de Segurança, através da chamada absolvição imprópria. De acordo com o Código penal, 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.

Antes disso cumpre esclarecer que, denúncia é a peça privativa do Ministério Público que dá início a ação penal pública, já a queixa crime é a peça privativa do ofendido, de seu representante legal, seu sucessor ou ainda seu curador que dá início à ação penal privada.

É possível o litisconsórcio ativo entre o Ministério Público e o querelante, na hipótese de conexão entre o crime de ação penal pública e outro de ação penal privada. Nesse contexto, uma única ação penal contará com uma denúncia e uma queixa. As duas peças de início da ação penal serão analisadas em conjunto com as necessárias distinções quando necessários.

Requisitos formais da denúncia ou queixa crime:

Em regra, devem ser feitas por escrito. Salvo nas infrações de Menor Potencial Ofensivo que nos termos da Lei nº 9.099/95 admite o oferecimento de denúncia ou queixa oral, desde que posteriormente seja reduzida a termo, exposição do fato criminosos e suas circunstâncias que consiste na narrativa do fato delituoso, com todas as suas circunstâncias de maneira clara, precisa, simples e objetiva, sob pena de inviabilizar o direito de defesa, pois, no processo penal, o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados. A narrativa deve responder elementos básicos como quem onde porque quando como contra quem. Já a imputação é a atribuição a alguém da prática de determinada infração penal, funcionando como o ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal. Quando se tratar de crime culposos, é imprescindível que o titular da ação penal, o Ministério Público ou querelante descreva em que consistiu a imprudência, negligência ou imperícia. A inobservância deste requisito acarreta a inépcia da peça acusatória, pois viola o princípio da ampla defesa inépcia formal, razão pela qual a peça deve ser rejeitada pelo juiz.

Para o reconhecimento ou não da inépcia da inicial, a doutrina diferencia elementos necessários e secundários. Elementos necessários essenciais são aqueles necessários para identificar o fato típico. A ausência desse elemento causa evidente prejuízo a defesa e, portanto, nulidade absoluta. Não se pode imaginar uma denúncia sem esses elementos essenciais, uma denúncia que não os tem, não narra um fato criminoso. Já os elementos secundários acidentais são aqueles ligados as circunstâncias de tempo ou de espaço cuja ausência nem sempre prejudica a ampla defesa, portanto, eventual vício pode produzir, no máximo uma nulidade relativa devendo ser comprovado o prejuízo.

Criptoimputação é um termo doutrinário que se refere a imputação contaminada por grave deficiência na narrativa do fato delituoso, ou seja, é uma espécie de denúncia criptografada, em códigos. Em outras palavras, quando não contém os elementos mínimos de sua identificação como crime, sendo gravemente inepta. Trata-se de uma imputação confusa incompreensível que dificulta o exercício da defesa. O neologismo, criptoimputação, que dificulta o exercício da defesa. O neologismo criptoimputação deriva de criptografia, técnica de comunicação confidencial, com linguagem inacessível que bem representa a qualificação de inépcia que recebe a petição inicial. Por conseguinte, com escopo de evitar a criptoimputação, o Ministério Público deve fazer constar da denúncia de forma precisa e minuciosa a descrição dos elementos estruturais que integram o tipo penal prestigiando da presunção de inocência e o exercício da ampla defesa

Denúncia genérica é a denúncia que não individualiza a conduta do agente, imputa fato a agente sem descrever a conduta ou diversos fatos a agentes indistintamente. A discussão ganha relevo quando se trata de crimes societários, crimes de gabinete, nos quais uma Pessoa Jurídica é utilizada como manto protetivo. A denúncia genérica, aqui é aquela que inclui o diretor, o gerente, o preposto da Pessoa Jurídica na ação apenas por ele ostentar essa qualidade, sem, contudo, descrever qual foi a conduta criminosa dessa pessoa. Não estabelece o mínimo de vínculo entre o comportamento dessa pessoa e o crime. Por isso, a denúncia genérica é inepta, devendo ser rejeitada por impedir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Noutro giro, a acusação geral ocorre quando o órgão da acusação imputa a todos os acusados, o mesmo fato delituoso, independente das funções exercidas por eles na empresa. Como se trata de um só fato não há inépcia, não viola o princípio da ampla defesa, o indivíduo como integrante da sociedade sabe qual fato típico tem de se defender. Acusação genérica, por sua vez, ocorre quando a acusação imputa vários fatos típicos, imputando os genericamente a todos os integrantes da sociedade. Como envolve vários fatos típicos, há inépcia.

De qual deles irei me defender? Verifica-se uma clara violação a ampla defesa, gerando nulidade absoluta.

Agravantes devem constar da denúncia?

Para a jurisprudência, agravantes não precisam constar da peça acusatória, uma vez que podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, mesmo que não tenham constado na denúncia. Entretanto, para parte da doutrina isso viola a ampla defesa e o contraditório. Ao contrário do que ocorre com as qualificadoras, a inclusão de agravantes na denúncia é uma faculdade do Ministério Público. Esta conclusão, inclusive depreende-se dos próprios termos do 385, CPP quando reza que o juiz pode reconhecer agravantes na sentença, embora nenhuma tenha sido alegada.

E as Majorantes Penais devem constar da denúncia?

Tratando-se de majorantes previstas na Parte Especial do Código Penal, exigem a explicitação na denúncia ou queixa para o fim de serem reconhecidas. Todavia, se forem majorantes da Parte Geral do Código Penal, não é imprescindível que tenham sido expressamente mencionadas na peça acusatória. Exemplo: concurso formal próprio e crime continuado. Podendo ser reconhecidos pelo juiz na sentença caso exsurjam do contexto imputado ao réu.

Qualificação do acusado e demais esclarecimentos de identificação

Caso não se tenha a qualificação do acusado e não seja possível a identificação criminal, a denúncia ou queixa deve indicar esclarecimentos pelos quais se possa identificar o acusado

Classificação da infração é o enquadramento típico. Não é requisito obrigatório. No processo penal, o acusado não se defende da classificação e sim dos fatos que lhes são imputados. Isto porque o juiz, na hora da sentença, pode realizar a *mutatio libele* ou *emendatio libele*. Na *Emendatio libele*, não há alteração em relação ao fato delituoso, limitando-se o juiz a modificar a classificação formulada na peça acusatória, ainda que tenha que aplicar pena mais grave. Exemplo: Ministério Público oferece denúncia descrevendo um furto, mas classifica de maneira errada, como estelionato, razão pela qual na hora da sentença, o juiz corrige. Por sua vez, a *Mutatio libele*, ocorre quando o fato que se comprovou pela instrução é diverso daquele narrado na peça acusatória. Isso porque, decorre do surgimento, no curso da instrução, de prova de elementar ou circunstância não contida na peça acusatória. O Ministério Público deve aditar a denúncia e, em seguida, abre-se prazo para a defesa se manifestar.

Segundo entendimento dos tribunais superiores, o momento adequado para *emendatio libele* é a sentença. Fato narrado na instrução diferente da peça acusatória.

Contudo, admite-se a correção da capitulação já no recebimento da inicial quando ocorrer em benefício do réu, permitindo a incidência de instituto despenalizador, quando acarretar a modificação do juízo competente; quando necessária para determinação do procedimento aplicável; e quando repercutir em matérias de ordem pública, como a prescrição.

Rol de testemunhas e demais diligências:

O número de testemunhas é por fato delituoso imputado. O rol de informantes e vítimas não entram nessa contagem. Não é obrigatória a apresentação de rol de testemunhas. A consequência do não oferecimento de rol de testemunhas é a preclusão.

O STJ possui julgado não é entendimento pacífico permitindo a intimação do Ministério Público para emenda da inicial e inclusão do rol de testemunhas, desde que ocorra antes da formação da relação processual, ou seja, antes da citação do réu.

No Procedimento ordinário, pode-se arrolar oito testemunhas. No Procedimento sumário, pode-se elencar cinco testemunhas. Na primeira fase do júri, elenca-se oito testemunhas, na segunda fase do júri, elenca-se cinco testemunhas. Em se tratando da Lei de drogas, pode-se arrolar cinco testemunhas.

Quanto ao Nome e assinatura da parte acusadora, faz-se necessário, sob pena de que a peça seja tida como inexistente. Apócrifa. Entretanto, o vício na procuração pode ser sanado, sendo que há duas correntes sobre o momento em que pode ocorrer, a primeira corrente fala em prazo decadencial, ou seja, seis meses do conhecimento da autoria. A segunda corrente majoritária fala que ocorre antes da sentença, em observância ao art. 569, CPP, mesmo que escoado o prazo decadencial. Não preenchimento dos requisitos formais, se não preenchidos os requisitos formais da denúncia ou da queixa, e isso implicar prejuízo a ampla defesa vício sanável, deverá ocorrer a rejeição da inicial acusatória nos termos do art. 395, I, CPP, bem como, se faltar alguma condição da ação ou pressuposto processual ou se faltar justa causa (lastro probatório suficiente para acusar) a ação penal.

Contra decisão de rejeição da denúncia ou queixa cabe recurso em sentido estrito prazo de cinco dias. Quantos aos prazos para oferecer denúncia tratam-se de prazo improprio, ou seja, caso não seja observado, não enseja a perda do direito de oferecer a denúncia.

Imputação cumulativa e alternativa a denúncia pode ter cumulação de imputações. Pode tanto trazer mais de um fato, hipótese em que temos cumulação objetiva, quanto mais de um sujeito, situação que incorre em cumulação subjetiva. Não é

possível, contudo, a imputação alternativa, ou seja, diante da ausência de elementos suficientes de prova de materialidade, trazer mais de um fato (como na imputação cumulativa) deixando explícito que apenas um deles ocorreu.

O Aditamento da denúncia ocorre quando no curso da instrução são descobertos novos fatos, pessoas ou elementos de prova, de modo que o Ministério Público deverá complementar a peça acusatória, diante das novas informações. O aditamento se sujeita no princípio da correlação entre denúncia e sentença, pois, se o juiz só pode condenar quem foi denunciado e em relação aos fatos que foram narrados na denúncia, caso surjam novos elementos no curso da ação, o aditamento será necessário. Poderá ser feito até o momento imediatamente anterior a sentença. A doutrina classifica em aditamento próprio quando há acréscimos de fatos real ou sujeitos pessoal, aditamento improprio, quando há necessidade de correção de alguma falha na denúncia exemplo hora e data do fato, aditamento espontâneo, situação em que o próprio Ministério Público constata a necessidade do aditamento, aditamento provocado quando o juiz provoca a atuação do Ministério Público, zelando pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal.

O aditamento interrompe a prescrição uma vez que o recebimento da denúncia ou queixa é causa interruptiva?

Depende. O aditamento improprio, bem como o aditamento próprio pessoal não interrompem a prescrição, contudo, o aditamento próprio real interrompe a prescrição quanto ao novo fato.

É possível o aditamento da queixa?

O aditamento improprio é possível. Há divergência acerca do aditamento próprio. Parte da doutrina sustenta a inviabilidade, pois a não imputação implica na renúncia ao direito de queixa. Lado outro, há quem sustente posterior aditamento, quando no momento do oferecimento da queixa, não se tinha ciência de certo fato e ou pessoa. O aditamento poderá ser feito até o momento imediatamente anterior a sentença.

Os crimes de violência praticados contra a mulher em sua grande maioria, especialmente na Lei Maria da Penha, são de ação pública incondicionada, ou seja, não há necessidade de autorização da vítima para o Ministério Público oferecer denúncia, bem como não cabe, em sua grande parte os institutos despenalizadores”, não será submetido ao JECRIM, não se aplica a Lei 9.999/95, não cabe transação penal, composição civil, bem como não cabe aplicação do Princípio da insignificância conforme orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – mais conhecido como Tribunal da Cidadania, etc.

Recebido pelo juízo da Vara Criminal pedido de medida protetiva de urgência, indispensável que o expediente receba identificação própria e anotação no rosto dos autos de que se trata de procedimento envolvendo a prática de violência doméstica. Tanto para sinalizar o direito de preferência, quanto para quantificar seus números e mensurar sua dimensão. Quem sabe vendo números e estatísticas a justiça acabe tomando consciência da urgente necessidade de serem instalados os JVDFMS. Por expressa disposição legal, o magistrado deve apreciar o pedido de medida protetiva de urgência no prazo de quarenta e oito horas. Claro que este prazo é excessivo. Afinal, a violência precisa cessar da forma mais urgente. Inclusive os pedidos de medida protetiva não se suspendem durante o período de plantão forense. Quanto ao processo criminal envolvendo violência doméstica, também deve ser dada prioridade em relação aos outros processos da competência da vara não especializada. Ainda que esteja tramitando em uma vara criminal, nem por isso é possível desconsiderar a aplicação subsidiária do CPC, do ECA e do Estatuto do Idoso. o cumprimento das medidas protetivas que foram concedidas. Este é o limite de sua competência. Não alcança a execução do acordo levado a efeito referente à matéria civil ou familiar que tenha sido eventualmente homologado. Caso haja inadimplemento, sua execução deve ser levada a efeito nas Varas de Famílias. Se não existir esta especialização, o caminho é o juiz que, naquela comarca, atua nos processos envolvendo Direito de Família. Indispensável atentar que não foi atribuída as varas criminais competência para o procedimento executório. Sua competência é para processar e julgar causas cíveis e criminais, não para executá-las. Bem ao contrário do que ocorre com o JVDFM, ao qual a lei atribui competência para processo e julgamento de processos cíveis e criminais e também para execução. No entanto, Enunciado do Fórum Nacional dos juízes da violência Doméstica e Familiar contra a Mulher exclui a competência executória também dos JVDFMs. Compete ao juízo da vara criminal também o julgamento das ações criminais decorrentes da violência doméstica. O inquérito policial deve ser distribuído por prevenção à mesma vara em que tramitou o pedido de medida protetiva de urgência. Os JVDFMS integram a justiça chamada ordinária ou comum. Como são do âmbito da Justiça Estadual, a iniciativa para cria-los é matéria do âmbito da organização judiciária de cada Estado. Ainda assim, também é atribuída à União a possibilidade de cria-los. A Justificativa para esta aparente invasão de competência só pode ser atribuída à relevância que o tema da violência doméstica merece. Antes da edição da Lei Maria da Penha, os conflitos de pequeno potencial ofensivo eram submetidos aos Juizados Especiais Criminais. Assim, identificados por sua natureza – contravenções penais e lesão corporal leve – ou pela quantidade da pena cominada – pena máxima não superior a dois anos. E lá estavam as mulheres, as maiores vítimas de tais delitos no âmbito doméstico. Certamente um dos maiores ganhos da Lei Maria da Penha foi subtrair deste universo a violência de que as mulheres são vítimas no seu lar. Apesar do uso da expressão crime, as contravenções penais também

foram deslocadas para o âmbito da JVDFMS. O tema é objeto de enunciado da Comissão Nacional de enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Encaminhado pela autoridade policial pedido de concessão de medida protetiva de urgência – quer de natureza criminal, quer de caráter cível ou familiar – o expediente é autuado como “medida protetiva de urgência”, ou pela expressão similar, que permita identificar sua origem. O pedido de medida protetiva pode ser requerido pelo Ministério Público ou pela própria ofendida. Ela pode comparecer sozinha ao JVDFM ou à Vara Criminal, e seu pedido será tomado a termo. Apreciado o pedido, será encaminhada ao órgão de assistência judiciária. Para os demais atos processuais a mulher deve estar acompanhada de advogado ou de defensor público. E mais. Pode o juiz, de ofício, conceder as medidas protetivas de urgência que entender necessárias. Diante da gravidade da situação das lesões e da vulnerabilidade da vítima, a título de medida protetiva, deve o juiz determinar o comparecimento do agressor a Grupos Reflexivos de gênero. O descumprimento da medida configura crime, sujeito a pena de três meses a dois anos. Como as medidas protetivas podem ser requeridas onde a vítima se encontrar, é para o juízo da mesma comarca que deve ser encaminhado o procedimento. Ainda que não seja nem o local da residência da vítima e nem do agressor, é ele o competente para a apreciação do pedido. Com isso, se viabiliza que a vítima seja atendida pela rede de proteção à mulher, bem como tenha mais facilidade de deslocamento para pedir providências policiais ou judiciais. Como o inquérito policial deve ser instaurado e o processo criminal tramitar no local em que ocorreu o fato, procedido o registro da ocorrência em outra cidade, cabe à delegacia comunicar à autoridade competência, encaminhando cópia do expediente de medida de proteção. Recebido o expediente em juízo, apreciado o pedido cautelar, a intimação do agressor é feita por carta precatória ou por meio eletrônico que garanta celeridade e dê segurança da ciência do ato. Realizada ou não audiência de acolhimento e verificação, esgotados os expedientes de medidas protetivas, o mesmo deve ser remetido ao juiz local do fato para ser apensado ao inquérito policial. Porém, havendo retratação da vítima, o expediente pode ser arquivado na própria comarca. Na distribuição, devem ser certificados os antecedentes criminais do agressor, a existência de outros procedimentos de medidas protetivas não só com relação à vítima, além de eventuais ações envolvendo as partes. A presença de procedimentos criminais anteriores gera a prevenção do juízo, sendo de todo recomendável que o mesmo juiz fique vinculado as demandas cuja causa de pedir é a mesma. O juiz precisa atentar que o pedido de providências foi feito junto a uma delegacia de polícia, que se limitou a colher a manifestação da ofendida. Antes de ser tomada qualquer providência na esfera policial, o procedimento é remetido a juízo, sendo indispensável que do mesmo conste somente: a qualificação da ofendida e do agressor; o nome e idade dos dependentes; a descrição sucinta do fato e a indicação das medidas protetivas solicitadas pela ofendida; informação sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e as da violência sofrida resultou em deficiência ou agravamento de deficiência preexistente. Ainda que no pedido não esteja acompanhado

de qualquer documento – nem mesmo de laudo médico-, é de se dar credibilidade à palavra da vítima. Neste sentido enunciado do Fórum Nacional de Juízes da violência Doméstica. Em se tratando da prática de ato que nem sempre deixa vestígios e, no mais das vezes, acontece entre quatro paredes sem a presença de testemunhas, é de se dar especial relevância probatória à palavra da vítima. Do pedido de providências, não há como exigir que estejam atendidos todos os requerimentos de uma petição inicial, de um inquérito policial ou de uma denúncia. Às claras que haverá ausência de peças, falta de informações e de documentos. Mas isso não é motivo para o indeferimento do pedido ou seu arquivamento. Mesmo quando o pedido é feito através de advogado, estando presentes requisitos mínimos, o requerimento deve ser apreciado. Da mesma forma, quando a postulação é feita diretamente pela ofendida em juízo, ou através do Ministério público. As medidas protetivas devem ser acolhidas de pronto, sem necessidade de prévia vista ao Ministério Público. Somente depois da decisão inicial o promotor é intimado. Flagrada a existência de situação merecedora de tutela, deve o juiz deferir as medidas protetivas de urgência que entender necessárias para garantir o fim da situação de violência. Sua concessão não está condicionada à existência de fato que configure, em tese, ilícito penal. Reconhecida a gravidade da situação da vítima, indispensável a imediata comunicação à polícia civil e militar sobre as medidas concedidas, para que adotem alguma providência para garantir a segurança da mulher e filhos, principalmente quando é determinado o afastamento do agressor do lar. Inclusive o juiz pode requisitar o auxílio da força policial para garantir o adimplemento da medida protetiva. Aplicada medida que obrigue o ofensor, a vítima deve ser intimada – não notificada, como equivocadamente refere a Lei – pessoalmente. Com sua expressa concordância, pode ser cientificada por qualquer meio eletrônico, inclusive por WhatsApp. Além dela, serão intimados o seu procurador e o Ministério Público. Concedida medida protetiva de urgência, o agressor deve ele ser intimado por oficial de justiça ou outra forma eficaz. Caso não seja encontrado, a intimação pode ocorrer por hora certa ou edital. O descumprimento da decisão judicial que defere medidas protetivas configura crime. O magistrado deve decretar a prisão preventiva ao agressor e a autoridade policial tomar as providências cabíveis. O Ministério Público também pode solicitar as providências que entender cabíveis. Indeferida a medida protetiva pelo reconhecimento que a situação retratada não enseja a concessão de qualquer liminar, o juiz deve designar audiência de acolhimento e verificação. Além das partes, devem ser intimados seus procuradores e o Ministério Público, os quais dispõe de legitimidade recursal. Para evitar a permanência na prisão dos indiciados em casos de prisão em flagrante delito, há a possibilidade de o juiz, motivadamente: relaxar a prisão; convertê-la em prisão preventiva, ou conceder-lhe liberdade provisória. Decisão do STF determinou a realização de audiência de custódia, para apresentação do preso perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de vinte quatro horas, contados do momento da prisão. A matéria foi regulamentada que o juiz

decida sobre a legalidade, a necessidade e a adequação da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem imposição de medidas cautelares. Em se tratando de flagrante por violência doméstica, é de ser preservada a competência dos juízes especializados, devendo a apresentação do agressor acontecer dentro do prazo para apreciação do pedido de medidas protetivas. Nesta hipótese é significativo que seja intimada a vítima, realizando-se, na mesma oportunidade, audiência de acolhimento e verificação. Deste modo, cabível a concessão de liberdade provisória ao agressor e a imposição de medidas protetivas. O registro de ocorrências feito perante a autoridade policial desencadeia procedimentos de duas ordens: pedido de medida protetiva e abertura de inquérito policial. Na polícia a vítima é ouvida e se procede o registro de ocorrências. Tratando-se de ato que tipifica contravenção penal, crime de ação privada ou pública condicionada, na mesma oportunidade é tomado por termo a representação. A manifestação da ofendida é suficiente para instauração do inquérito policial. Depois de atendidas as providências cabíveis, o expediente para a apreciação do pedido de medida protetiva é encaminhado à juízo, em prazo não excedente a quarenta e oito horas. No entanto, em face da possibilidade de ocorrer a renúncia à representação, via de regra, a polícia aguarda alguns dias para dar início às investigações. Isto porque, na audiência de acolhimento e verificação, vez por outra a vítima nega a ocorrência do fato. Já que os fatos dão ensejo à ação pública incondicionada, não havendo necessidade de representação, deve ser dado, desde logo, andamento as investigações. O inquérito policial deve ser enviado a juízo, em trinta dias, se o indivíduo estiver solto. E no prazo de dez dias se estiver preso. O procedimento de medida protetiva é apensado ao inquérito e remetido ao Ministério público para oferecimento da denúncia. Na denúncia, além de pedir a condenação do agressor, o Ministério Público deve requerer a imposição do pagamento de indenização por dano moral à vítima pelos danos sofridos em razão do delito. O pedido também pode ser feito pelo assistente de acusação que atua no processo. Mesmo na ação criminal a vítima tem que ser informada de quando o réu é preso ou solto. A intimação tem que ser pessoal, mas pode acontecer por qualquer meio eletrônico é até através de WhatsApp, se assim ela concordar. Na ação penal, a vítima não precisa estar representada por advogado, pois apenas será colhido o seu depoimento em juízo para fins de instrução do feito. Para que ela participe ativamente do processo criminal, precisa requerer que seja admitida como assistente de acusação. Colhida a manifestação do Ministério Público, o deferimento é levado a efeito no próprio termo da audiência instrutória. Neste caso, seu advogado será cadastrado, receberá as intimações, poderá formular perguntas às testemunhas, apresentar memoriais e recorrer. O valor concedido à palavra da vítima para concessão de medida protetiva, nem sempre alcança a mesma ênfase no processo criminal, já que a condenação necessita de robustas provas, que nem sempre se resumem exclusivamente à palavra da ofendida. Na sentença penal condenatória, cabe ao juiz fixar o valor mínimo para reparação do dano moral causado pela infração. Trata-se de efeito extrapenal da condenação a obrigação do

acusado em indenizar o dano causado pelo crime, sem prejuízo da apuração do dano efetivamente sofrido na esfera cível. (DIAS, 2021).

7. ASPECTOS EMOCIONAIS E PSICOLÓGICOS

“ Para expulsar o predador, precisamos fazer o contrário. Devemos abrir as coisas com chaves ou à força para ver o que está dentro delas. Devemos usar nosso *insight* e nossa capacidade de suportar o que vemos. Devemos proclamar nossa verdade em alto e bom som. E devemos ser capazes de usar nossa inteligência para fazer o que for necessário a respeito do que vemos. Quando uma mulher é forte em sua natureza instintiva, ela reconhece por instinto o predador inato pelo cheiro, pela aparência, pelos ruídos... ela prevê sua presença, ouve sua aproximação e toma medidas para afastá-lo. Na mulher cujos instintos foram danificados, o predador cai sobre ela antes que ela possa perceber sua presença, pois sua audição, seu conhecimento e sua audição estão prejudicados – principalmente por introyeções que a exortam a ser boazinha, a se comportar e, especialmente fechar os olhos para os maus-tratos. Em termos psíquicos, é difícil notar à primeira vista a diferença entre as iniciadas, que ainda são jovens e, portanto, ingênuas e as mulheres cujos instintos foram danificados. Nenhuma das duas tem grande conhecimento acerca do predador sinistro, sendo ainda muito crédulas. Felizmente para nós, porém, quando o elemento predatório da psique de uma mulher está em atuação, ele deixa para trás pistas inconfundíveis nos seus sonhos. Essas pistas acabam levando a sua descoberta, captura e refreamento. A Cura, tanto para mulher ingênua quanto para a que teve os instintos fragilizados, é a mesma: tente prestar atenção à sua intuição, à sua voz interior; faça perguntas; seja curiosa; veja o que estiver vendo; ouça o que estiver ouvindo; e então aja com base na verdade. Esses poderes intuitivos foram concedidos à sua alma no instante do nascimento. Ao recuperar esses poderes das sombras da nossa psique, deixaremos de ser simples vítimas das circunstâncias internas ou externas. Não importa de que forma a cultura, a personalidade, a psique ou outra força qualquer exija que a mulher se vista ou se comporte; não importa como eles todos possam desejar manter as mulheres vigiadas por suas damas de companhia, cochilando por perto; não importa que tipo de pressão tente reprimir a expressão da alma da mulher, nada disso pode alterar o fato de que uma mulher é o que é, e que sua essência é determinada pelo inconsciente selvagem, o que é bom. A mulher selvagem ensina às mulheres quando não deve ser “boazinha” no que diz respeito à proteção da expressão da nossa alma. A natureza selvagem sabe que a “doçura” nessas ocasiões só faz com que o predador sorria. Quando a expressão da alma está sendo ameaçada, não é só aceitável fixar um limite e ser fiel a ele; é imprescindível. Quando a mulher age assim, não poderá haver intromissões na sua vida por muito tempo, pois ela reconhece logo o que está errado e tem condições de empurrar o predador de volta ao

seu devido lugar. Ela já não é mais ingênua. Ela já não é mais uma meta ou um alvo. Esse é o antídoto mágico que afinal faz com que a chave pare de sangrar”. (ESTÉS, 2018)

O crime de violência psicológica ficou assim positivado:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. Estamos diante de um crime comum quanto ao sujeito ativo (pode ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher), mas próprio quanto ao sujeito passivo: a vítima necessariamente será uma pessoa do gênero feminino, independentemente da sua idade. Vale reiterar nossa posição no sentido de que a mulher trans é pessoa do gênero feminino para fins legais, posição já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. A conduta criminosa, necessariamente dolosa, consiste em (a) causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento; ou, (b) causar dano emocional à mulher com o objetivo de degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões. O tipo exemplifica como essas condutas podem ser praticadas: mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação. Se várias condutas forem praticadas no mesmo contexto, haverá crime único (tipo misto alternativo). O dolo, entenda-se, está ligado a esses meios de ação. O agente deve, livre e conscientemente, querer ameaçar, constranger, etc. Não se exige que aja com o fim específico de causar dano emocional. O crime é material, isto é, exige-se um resultado naturalístico: a provocação de dano emocional à mulher. Tem prevalecido, entretanto, que não é necessário realizar perícia (voltaremos neste ponto mais a frente). A tentativa é, em tese, admissível, pois não se trata de crime habitual (embora o usual seja a prática reiterada de atos, externando o ciclo da violência sobre o qual discorreremos. A ação do sistema de persecução penal é incondicionada, não demanda que a vítima externar sua vontade via representação criminal. A atuação estatal se dá de ofício. Perceba-se que, ao indicar a pena, o legislador expressamente registrou “*se a conduta não constituir crime mais grave*”. O crime é, pois, expressamente subsidiário. Se for possível a configuração de crime mais grave, não será caso de incidência do art. 147-B do CP. A tipificação da perseguição e da violência psicológica (arts. 147-A e 147-B do CP) são relevantes. Antes dessas alterações legislativas, tínhamos um cenário manco, em que a Lei Maria da Penha previa como violência aquela de viés psicológico (art. 7º, II), mas não se encontrava, no sistema, crime a ela correlato, implicando proteção insuficiente. Além disso, era possível o indeferimento de medidas protetivas de urgência a vítimas desse tipo de violência, na

medida em que alguns operadores do Direito ainda não conseguem dissociá-las da prática de crimes. Esse cenário, felizmente, mudou em 2021. Não obstante, a despeito do imenso valor simbólico da tipificação da violência psicológica nas relações intrafamiliares, a redação do tipo gera celeuma em relação à sua prova. Como mencionado acima, o crime é material, ou seja, demanda o resultado naturalístico (o dano emocional à mulher), mas ao mesmo tempo, tem-se estabelecido o entendimento de que não exige prova pericial, sendo o dolo relacionado às condutas e não à causação do dano. Como então estabelecer a prova desse crime? Como demonstrar que determinadas condutas perpetradas contra uma mulher foram hábeis a configurar o dano emocional passível de punição na esfera criminal? Afinal, no âmbito das Delegacias de Polícia, como se comprova a violência psicológica doméstica? Compete ao Estado-investigação, pela atuação da Autoridade Policial (*dominus investigatio*) e de seus agentes policiais, carrear elementos probatórios e informativos para demonstrar e comprovar a autoria, a materialidade delitiva e suas circunstâncias, de onde germina a necessidade de fixação de *standards* probatórios para demonstrar a violência psicológica, seja em sede de detenção flagrancial, seja no curso das investigações policiais, mormente diante da dificuldade natural de se comprovar tais violências. Cabe lembrar que, em nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da livre iniciativa probatória, ou seja, a produção probatória é livre, desde que observado a ordem pública, moral e os bons costumes. O art. 156 do Código de Processo Penal traz o ônus probatório no processo penal: Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Os *standards* probatórios são parâmetros que permitirão a condenação ou absolvição e também servem para balizar eventual prisão flagrancial, instauração de procedimento policial e indiciamento. Os *standards* probatórios apontam para o grau de confiabilidade que a sociedade deposita e acredita ao juiz em suas deliberações, o mesmo se dando em relação a autoridade policial. Nessa circunstância, repetimos o questionamento: como se comprovar a violência psicológica doméstica no âmbito das Delegacias de Polícia? Considerando que o crime é recente e que os precedentes são poucos, este artigo não pretende exaurir as possibilidades probatórias, mas indicar alguns possíveis caminhos e abrir o diálogo com outros operadores do sistema. O professor Rogério Sanches da Cunha argumenta, ao tratar da dispensabilidade de laudo técnico que comprove os danos psicológicos que: A prova do resultado pode ser feita pelo depoimento da ofendida, por depoimentos de testemunhas, relatórios de atendimento médico, relatórios psicológicos ou outros elementos que demonstrem o impacto do crime para o pleno desenvolvimento da mulher, o controle de suas ações, o abalo de sua saúde psicológica ou algum impedimento à sua autodeterminação. Considerando que o resultado do crime não é a lesão à saúde psíquica, mas o dano emocional (dor, sofrimento ou angústia significativos), laudos técnicos não são

necessários. (FERNANDES, Valéria Diez Scarance; ÁVILA, Thiago Pierobom de; CUNHA, Rogério Sanches. Violência psicológica contra a mulher: comentários à Lei n. 14.188/2021. Ressalte-se, outrossim, que algumas das condutas previstas no tipo penal, por si só, comprovadas por quaisquer das formas abaixo relacionadas, tais como humilhações em público, constrangimentos, ridicularização da vítima, desde que produzidas de forma reiterada, por si só já podem comprovar o fato típico. Partindo das premissas de que o dolo se relaciona às condutas (não à causação de dano) e de que a prova pericial do dano emocional é desnecessária, sugerimos as seguintes diligências como possíveis:

- Oitiva da vítima: as falas da vítima seriam fortes elementos para comprovar a violência psicológica doméstica ao menos em sede de investigação, mormente pelas infrações penais ocorrerem clandestinamente. Não obstante o especial valor da narrativa da mulher, outros elementos devem ser angariados, para corroborá-la;
- Oitiva de pessoas próximas ao casal, ainda que não tenham presenciado diretamente nenhuma das condutas descritas no tipo;
- Avaliação psicológica ou psiquiátrica (todavia, devemos ter cuidado para aquelas situações em que o vestígio desaparece, podendo outros meios comprovarem, conforme jurisprudência e doutrina construíram para outras situações);
- Elementos documentais: (a) apesar de controvertido o assunto, pensamos que tanto a transcrição de mensagens ou “prints” seriam indicativos relevantes da violência psicológica doméstica, na hipótese de a violência ser praticada via e-mail, WhatsApp, Facebook, Instagram, Twitter, Tinder ou outro canal de comunicação virtual instantâneo (a prova para comprovar a violência psicológica doméstica poderia ser prova no formato físico ou virtual); (b) juntada de prontuário de atendimento médico ou de aquisição de uma medicação para fins de equilíbrio psicológico; (c) juntada de imagens em fotográfica, áudio e vídeo (d) ata notarial.

Não podemos olvidar que, a depender da circunstância fática, a intensidade da violência psicológica doméstica pode configurar lesão corporal, por violar a integridade psicológica da vítima. BURIN; MORETZSOHN; JÚNIOR, 2023).

A lei 14.188/21 trouxe ao Diploma Penal Pátrio, em seu art. 147-B, a seguinte inovação: Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação. Pena - reclusão, de

6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. O art. 147-B do CP traz em seu bojo inovação que antes não se encontrava tipificada em nosso ordenamento jurídico, eis que a violência psicológica existia como mera alusão, inserida como uma das espécies de violência contra a mulher, prevista no art. 7º, II, da lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), como segue: "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, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. Antes, havendo a situação de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 5º, I a III) e configurada uma hipótese de violência psicológica (art. 7º, II), o agente responderia por algum crime previsto no CP, como por exemplo, ameaça, injúria, perseguição ou stalking, sequestro, cárcere privado, constrangimento ilegal etc., já que a violência psicológica referida no art. 7º, II da citada lei não era um tipo penal específico, mas apenas uma alusão abstrata, como já dito alhures. Com o advento da lei 14.188/21, dando vida ao art. 147-B do CP, o legislador pátrio viabilizou a criminalização da violência psicológica, com regulação própria e diferenciada, outorgando-lhe tipificação específica, portanto, punível. Por oportuno, frise-se que esta é a mesma lei que trouxe o §13º ao art. 129 do CP, especificando a lesão corporal praticada contra a mulher junto ao contexto de violência doméstica ou familiar, ou mesmo por razões de simplesmente ser do sexo feminino. Para melhor esmiuçar, tem-se que a violência psicológica é uma violência cumulativa, sagaz, constante, renitente, praticada através de comportamentos abusivos por parte do agente, que paulatinamente abalam a paz e a tranquilidade da mulher. Não são poucos os exemplos de casos de mulheres vítimas de violência doméstica que lotam os escritórios de advocacia e relatam ouvirem de seus companheiros, rotineiramente: - "Qual homem vai te querer? Você é feia, velha, acabada! Vai morrer podre e sozinha!" Essa é a manobra que o agente faz para ter o controle sobre a vítima e abalar sua autodeterminação, a fim de mantê-la incólume no relacionamento, serviçal a ele, ainda que ao preço de enorme sofrimento da mulher, traduzindo-se em exemplo típico de violência psicológica, apta a causar enorme dano emocional. E não se perca de vista, também, a malfadada conduta de proibir a mulher que frequente recintos que o agressor julga inapropriados, ordenar que rompa certas amizades, controlar o uso de aparelho celular ou telefone, redes sociais, não permitir que use roupas que entende incompatíveis etc. Na prática tornou-se pacífica a dispensa da necessidade de realização de perícia para atestar a ocorrência de dano emocional, sendo válida a comprovação por meio de depoimentos testemunhais, declarações da própria vítima e outros meios idôneos de

prova. Outrossim, o art. 147-B do CP aborda um crime subsidiário, que tem aplicação se a conduta do agente não constituir crime mais grave, sendo de bom tamanho analisar a questão sob a ótica da possibilidade de ocorrência de lesão corporal. A violência psicológica pode provocar na mulher diversas patologias de ordem psíquicas, facilmente comprovadas através de laudo médico, como depressão, transtorno de ansiedade entre outras e, nesse liame, tipifica-se o crime de lesão corporal que, sendo simples, estará enquadrada no art. 129, §13º, do CP, podendo ainda ser grave ou gravíssima, caso a vítima fique impossibilitada de trabalhar por mais de 30 (trinta) dias, dependendo da doença. Fato é que, ano a ano criam-se dispositivos legais aptos a coibirem a violência doméstica, dado o crescente índice das estatísticas de feminicídio que assombam nosso país, triste realidade que merece não só a ação legislativa, mas principalmente o impulsionamento de políticas públicas e sociais que incentivem a educação, para que possamos impulsionar a sociedade rumo à formação de homens dignos e responsáveis desde o berço, para que quando advir a maturidade, ao retorno do trabalho, não privilegiem os bares em detrimento da companhia da esposa e filhos, respeitando-os e tratando-os como verdadeiramente merecem. (D'AVILA, 2023)

Por que A pornografia de vingança deve ser Considerada violência Moral e Psicológica, fatores etiológicos da Lesão corporal?

Considerando as discriminações de gênero afirmadas pelo agressor e pela própria sociedade em casos de pornografia de vingança, a disponibilização dos contatos reais das vítimas em sites de pornografia e redes sociais é tática frequentemente adotada pelos autores do delito, facilitando perseguições por estranhos. Diante desse quadro, inicia-se um processo de vulnerabilidade das vítimas, que, expostas a ataques físicos e virtuais, são submetidas ao assédio por desconhecidos. Dessa forma, evidencia-se a gravidade das violências praticadas nas redes sociais (CITRON; FRANKS, 2014). Nessa discussão, Porto e Richter (2015) destacam a aptidão das plataformas virtuais para a violência online, como o *cyberbullying* – prática de atitudes agressivas, ofensivas e de destruturação emocional das vítimas. Por conta do alcance instantâneo de milhares de pessoas, as consequências desse tipo de violência assumem dimensões até mais graves do que as agressões presenciais, haja vista a insignificância das barreiras temporais e espaciais que caracterizam os espaços cibernéticos. É o que afirmam Porto e Richter (2015). Nesse contexto, profissionais que lidam cotidianamente com o trato da pornografia de vingança alertam para a gravidade de suas consequências, majoradas pelas circunstâncias específicas do mundo virtual, tais como a visibilidade, facilidade de propagação do conteúdo e acesso sem os limites típicos do mundo físico. Decorrendo da característica de fluidez do mundo virtual, a dificuldade de investigação dos crimes e responsabilização de agressores contribui para o agravamento do sofrimento experimentado pelas vítimas. Esse desconforto intenso é caracterizado pela vulnerabilidade da saúde psíquica, sendo frequentes os episódios de ansiedade,

depressão, angústia, medo, tristeza, raiva, estresse, dores de cabeça e de estômago, distúrbios do sono, falta de apetite, entre outros. (PORTO; RICHTER,2015). Aprofundando as discussões científicas em torno da relação entre violência psicológica e desequilíbrio psíquico, emocional ou psicossomático, vários autores têm construído o raciocínio no sentido de se perceber a violência psicológica de gênero e doméstica exercida de modo crônico e continuado como elemento causador de lesão corporal, tese que se encaixa perfeitamente à complexidade dos efeitos da pornografia de vingança sobre a saúde das vítimas. Fernandes (2015), por exemplo, descreve as consequências da tortura psicológica à integridade mental, mediante a enumeração dos seguintes sintomas: transtornos, estresse e cognições pós-traumáticas, abuso ou dependência de substâncias, baixa autoestima, déficit em solução de problemas, suicídio, entre outros. Dessa forma, enquanto o dano à integridade corporal frustra a incolumidade de algum elemento fisiológico da vítima, na lesão à saúde, os efeitos podem transcender a mera fisiologia, ocasionando alterações de funções do organismo e perturbação psíquica. Apesar da urgência de compreensão e enfrentamento estatal da pornografia de vingança, haja vista o perigo que significa à vida das vítimas, as instituições brasileiras ainda caminham a passos lentos nesse sentido. Esse atraso se dá por conta da percepção equivocada de que o principal bem jurídico tutelado nesses casos é a honra, e não a saúde, tese majoritária que desvia o foco principal da discussão e exclui a aplicação da Lei Maria da Pena, instrumento jurídico mais protetivo às vítimas e com melhor potencial de reprimenda do agressor. Nesse sentido, destaca-se a importância dos estudos científicos multidisciplinares sobre a pornografia de vingança, de modo a instrumentalizar a incorporação de novas abordagens e procedimentos às instituições do sistema de justiça, para que estas consigam dar uma resposta efetiva ao problema. Reforçando a percepção de que o referido crime implica lesão corporal em virtude dos desgastes físicos e emocionais que causam à saúde das mulheres, entidades não governamentais e profissionais de diversos campos do conhecimento têm atuado de forma a conscientizar gradativamente os cientistas e operadores do direito:

Na pornografia de vingança, a honra da vítima é atingida, mas como fica a saúde dela?

Muitas mulheres se afastam do trabalho, da família, têm sua saúde mental arrasada. Podemos considerar a questão da lesão corporal, já que as vítimas acabam sofrendo de problemas psíquicos.

Considerando esses perigos da exposição sexual das vítimas em casos de pornografia de vingança, vários países têm adotado medidas legislativas e administrativas no sentido de coibir o comportamento do agressor e oferecer acolhimento às vítimas. Entre os principais Estados que já adotaram uma legislação específica para a pornografia

de vingança, destacam-se os seguintes. Tratando especialmente sobre a proteção da saúde psicológica, comprometida ante os atos de violência de gênero, outros países lançam mão de legislações condizentes com as peculiaridades do dano psicológico. Entre esses, a Espanha adotou medidas de controle da publicidade sexista, enquanto Portugal proibiu expressamente maus tratos psíquicos ao cônjuge, conforme o disposto no Código Penal. Na França, a jurisprudência moderna reconheceu o delito de violência psicológica habitual (*violence psychologique*) como conduta capaz de causar depressão, perda da autoestima, pânico, doenças psicossomáticas, insônia e transtornos alimentares. Na Argentina, a legislação penal prevê modalidades da violência psicológica e simbólica, sendo que essa última consiste na perpetuação das desigualdades de gênero por meio de estereótipos que naturalizam a sujeição da mulher. No tocante à violência psicológica, a lei argentina prevê perícia realizada por profissional de gênero, de modo a elaborar laudo técnico visando materializar a violência psicológica. Em Israel, a Lei contra a Violência Doméstica tipifica o crime de *stalking*, entendido como perseguição ou assédio intimidante. Outros países também estabelecem esse mesmo tipo penal, como Hungria e Alemanha. No Brasil, os casos de suicídio registrados nos últimos anos em decorrência de vítimas se perceberem irreversivelmente expostas em redes sociais despertaram a necessidade de adaptação das instituições do sistema de justiça ante os novos desafios trazidos pelo aumento da complexidade relacional característica do processo de globalização. (SILVA; PINHEIRO, 2017)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos vivendo uma crise humana. Os tempos líquidos, os relacionamentos líquidos como bem ensinam Bauman, trazem essas nefastas consequências ao ser humano, em especial, ao sexo feminino. Aliás, perpetua e se acentua nos dias atuais, pois não há mais valorização e apreço pelo ser humano. Os relacionamentos rápidos e vazios muitas vezes terminam nesses tristes cenários de violência contra a mulher, entretanto, não se limita a estes, existem mulheres que sofrem violência doméstica durante anos dentro do próprio casamento ou no seio familiar, de forma velada, sem o conhecimento de ninguém. A crise de identidade que paira nesta atualidade, as mais variadas formas de famílias que estão disfuncionais, que não se dedicam a exercerem seus papéis de pais, mães e filhos, buscando um amadurecimento como ser humano e cidadãos, resultam nas tristes e infundáveis estatísticas, porque sabe-se que a família é o berço da sociedade e se a família está disfuncional, por consequência, toda sociedade será disfuncional. Além disso, sabe-se que a mulher é diariamente agredida em suas mais variadas formas dentro do "lar", lugar que deveria proporcionar segurança e acolhimento, bem como, nas suas relações de "afetos". E que muitas vezes, permanecem inseridas no ciclo da violência por dependência emocional e/ou financeira, principalmente quando se há filhos envolvidos dos respectivos relacionamentos.

Logo, percebe-se que apesar dos avanços na defesa e proteção da mulher, ainda há pouca eficácia das leis e das políticas de enfrentamento à violência contra mulher. Sendo assim, a defesa contra a mulher deve ser mais fortemente combatida pelo Estado e por toda a sociedade. Precisa-se de uma mobilização de vários atores da sociedade para romper com ciclos que se repetem há anos. Mulheres que ajudam mulheres, homens que defendem mulheres. Faz-se necessário uma educação na formação da cultura da criança desde a tenra infância, ensinando meninos a respeitarem meninas e a tratá-las bem, bem como pais que ensinem as meninas, ainda crianças a se posicionarem sobre os seus valores a fim de se auto prevenirem de situações de abuso, perpassando pela educação sexual infantil adequada para sua idade física e psicológica, considerando serem pessoas em formação, além do ensino da inteligência emocional com fito de na vida adulta evitarem relacionamentos que contenham dependência emocional, ou relacionamentos com parceiros violentos, ajuda essa, que pode ser obtida de forma multidisciplinar através da psicologia, de profissionais da saúde, da educação doméstica, além da constante discussão sobre o tema nas escolas e universidades. E por fim, buscando uma forma efetiva de prevenção e punição para os agressores, tem-se atualmente Delegacias de Polícias Especializadas para Atendimento da Mulher (DEAMS) em situação de vulnerabilidade, ameaça ou agressão, além do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Além disso, são vários os bens jurídicos atingidos e conseqüentemente protegidos em situações de crimes praticados contra mulher em ambientes virtuais, na rede mundial de computadores: a segurança, tranquilidade, a honra e a imagem, segurança da informação, integridade física e psíquica, a vida privada, a intimidade, privacidade, e a dignidade sexual. Tendo em vista que o bem jurídico mais abalado diante dos crimes tratados no presente livro é a tranquilidade e a integridade psíquica, pois uma vez maculada sua honra e imagem, exposta a sua intimidade sem a sua anuência, havendo insegurança quanto a sua vida privada, ou ainda quanto a sua dignidade sexual por meio de divulgações ilícitas, tais fatos isolados ou cumulados acarretam principalmente desordem na esfera psicológica da mulher. Importante destacar que o termo utilizado na linguagem coloquial “internet não é terra sem lei” é bem verdadeiro, no sentido de que há no ordenamento jurídico leis que regulamentam essas condutas criminosas bem como aplicam as devidas sanções penais. Nesses casos de crimes praticados no âmbito virtual, aconselha-se a procurar a Delegacia Especializada em Crimes Cibernéticos para garantir as primeiras medidas quanto à segurança da mulher, e posteriormente seguir para o Poder Judiciário que a depender do caso o infrator responderá na esfera cível ou na criminal, ou ainda em ambas a depender do caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDULALI, Sohaila – **Do que estamos falando quando falamos de estupro/** Solaya Abdulali; tradução Luis reyes Gil. –1. – São Paulo: Vestígio, 2019.

ARAÚJO, Ana Paula, 1972 – **Abuso: A cultura do Estupro no Brasil/ Ana Paula Araújo-** 1. Ed. – Rio de Janeiro: Globo livros, 2020.

BAZZO, Mariana; BIACHINI, Alice; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra Mulheres – Lei Maria da Penha. Crimes Sexuais. Femicídio. Violência política e de gênero.** 5ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Juspodvim, 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 25 de março de 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 28 de março de 2023.

BRITO, Cecília Maria costa de; OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de A.; COSTA, Ana Paula Correia de, - **Violência obstétrica e os direitos da parturiente: o olhar do Poder Judiciário brasileiro.** Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 jan. /mar.; 9(1): 120-140. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.604>.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva; FONTAINHA, Gabriela Araújo. **O novo crime de Perseguição Stalking.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/343381/o-novo-crime-de-perseguiacao--stalking>. Acessado em 28 de março de 2023.

CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos, - Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei 13.718/2018. Disponível em: <https://amdepol.org/sindepo/2018/11/primeiras-impressoes-sobre-o-crime-de-importunacao-sexual-e-alteracoes-da-lei-13-718-2018>.

CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos, - Violação da intimidade como violência doméstica contra a mulher e o novo crime de registro não autorizado da intimidade sexual. Disponível em: <https://amdepol.org/sindepo/2019/02/violacao-da-intimidade-como-violencia-domestica-contra-a-mulher-e-o-novo-crime-de-registro-nao-autorizado-da-intimidade-sexual>.

CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos, - Medidas Protetivas de Urgência e Decreto pela Polícia: um avanço na proteção à mulher. Disponível em: <https://amdepol.org/sindepo/2019/09/medidas-protetivas-de-urgencia-e-decreto-pela-policia-um-avanco-na-protecao-a-mulher>.

CASTRO, Ana Lara De; SYDOW, Spencer Toth. **Stalking e Cyberstalking**. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

Código Penal Brasileiro. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 28 de março de 2023.

Código Penal Brasileiro. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 26 de março de 2023.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acessado em 25 de março de 2023.

CHAGAS, Adriele Pureza; MARTINS, Maria das Graças Teles; - **Fenômeno *gaslighting*: da manipulação psicológica ao empoderamento feminino**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação- REASE. Disponível em: [file:///c:/users/pc/downloads/\[39\]fen%c3%94meno+gaslight+da+manipula%c3%87%c3%83o+psicol%c3%93gica+ao+empoderamento+feminino.pdf](file:///c:/users/pc/downloads/[39]fen%c3%94meno+gaslight+da+manipula%c3%87%c3%83o+psicol%c3%93gica+ao+empoderamento+feminino.pdf).

D'AVILA, Richard Franklin Mello, - **Violência psicológica contra a mulher é crime!** - Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/379559/violencia-psicologica-contra-a-mulher-e-crime>.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça / Maria Berenice Dias** – 7. Ed. Ver. E atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

ESTÉS, Clarissa Pinkola. **Mulheres que correm com os lobos: mitos e arquétipos da mulher selvagem**. Tradução de Waldéia Barcellos. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi: posso contar** / Maria da Penha. - 2ª reimpressão - 2. ed. – Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

FERNANDES, Valéria Direz Scarance, **Lei Maria da Penha – O processo no caminho da efetividade**. 4ª Edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

GUIMARÃES, Liana Barcelar Evangelista; JONAS, Eline; AMARAL, Leila Rute Oliveira Gurgel, - **Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins**. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584.2018v26n143278>.

JAYNES, Sharon – **Jesus e as Mulheres: o que ele pensa de nós/ Sharon Jaynes**; tradução Maria Emília de Oliveira – 1. Ed. – São Paulo: Mundo Cristão, 2016.

JUNIOR, Joaquim Leitão, - O *stalking* como infração penal no ordenamento pátrio. Disponível em: <https://amdepol.org/sindepo/2021/04/o-stalking-como-infracao-penal-no-ordenamento-patrio>.

JUNIOR, Joaquim Leitão; OLIVEIRA, Marcel Gomes, - A prática de *upskirting* é crime no Brasil? Disponível em: <https://amdepol.org/sindepo/2019/02/a-pratica-de-upskirting-e-crime-no-brasil>.

LANA, Alice de Perdigão. **Mulheres Expostas: revenge porn, gênero e o Marco Civil da Internet**. Curitiba; GEDAI/UFPR, 2019.

Lei 13.104/2015 – Femicídio. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acessado em 26 de março de 2023.

MAZON, Cláudia Milena Mendonça. **Pornografia de Vingança: A prática de violência psicológica contra a mulher através de meios tecnológicos e seus desdobramentos sócio jurídicos no Brasil**. Disponível em: <https://adepolms.org.br/prova-do-crime-de-violencia-psicologica>.

MORETZSOHN, Fernanda; JÚNIOR, Joaquim Leitão; BURIN, Patrícia. Prova do crime de violência psicológica. Disponível em: <https://adepolms.org.br/prova-do-crime-de-violencia-psicologica>.

OLIVEIRA, Marcel Gomes; JUNIOR, Joaquim Leitão. **Danos Psicológicos e Danos Psíquicos - O Novo Conceito de Violência Psicológica da Lei Maria da Penha e o Novo Delito do Art. 216-B CP**. Disponível em: <https://www.bemquerermulher.org.br/site/wp-content/uploads/2020/02/juiza.jpg>, data de acesso: 14/03/2021.

OMS. Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. 2014. Disponível em: file:///c:/users/pc/downloads/violencia_obstetrica.pdf.

PINTO, Emerson de Lima; ELDEBRANDO, Rafaela Beretta; - **Direito à saúde da mulher: como o *gaslighting* contra o gênero feminino pode se manifestar em consultas médicas?** Disponível em: <file:///c:/users/pc/downloads/2+destaque++direito+%c3%a0+sa%c3%bade+da+mulher+como+o+gaslighting+contra+o+g%c3%a0+feminino+pode+se+manifestar+em+consultas+m%c3%a9dicas.pdf>.

SANCHES, Rogério Cunha; BATISTA Ronaldo Pinto. **Violência Doméstica Lei Maria da Penha – 11.340/2006 Comentado artigo por artigo**. 13ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Juspodvim, 2023.

SANCHES, Rogério Cunha. **Manual de Direito Penal – Volume único**. 12ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

SANCHES, Rogério Cunha. **Manual de Direito Penal – Volume único**. 12ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

SANTOS, Rosângela Gomes dos; POLETTO, Lizandro. **Pornografia de vingança seus aspectos jurídicos e sociológicos**. Disponível em: <file:///c:/users/pc/downloads/ldefaria,+journal+manager,+549-1660-1-ce.pdf>.

SAVAZZONI, Simone de Alcântara. **Reflexões acerca da violência psicológica contra a mulher: perspectivas da tutela penal disciplinada pela Lei nº 14.188/2021**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <file:///c:/users/pc/downloads/revista+fadir+ufu+-+2022.2-278-308.pdf>.

SERRA, Maiane, Cibele de Mesquita; SAUAIA, Artenira da Silva e Silva. **Uma Dor Além do Parto: Violência Obstétrica em Foco – Revista de Direitos Humanos e Efetividade**. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/10760>.

SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rossana Barros. **Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicossociológica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p.243-265, set. / dez. 2017. ISSN 2236 - 7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834>.

SESC; ABRAMO. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado** – 2010 – Fundação Perseu Abramo e Sesc.

STRECK, Lenio Luiz. O que é *gaslighting* jurídico? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-15/senso-incomum-gaslighting-juridico>.

TESSER, C. D.; KNOBEL, R.; ANDREZZO, H. F. de A.; DINIZ, S. G. **Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer**. Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade, Rio de Janeiro, v. 10, n. 35, p. 1-12, 2015. DOI: 10.5712/rbmfc10(35) 1013. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/101>.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho et al. **Violência obstétrica no Brasil: Uma revisão narrativa**. Psicol. Soc., Belo Horizonte, v. 29, e155043, 2017. Disponível em: file:///c:/users/pc/downloads/dtoyk_nm.pdf.

A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PETROBRAS NO IMPLEMENTO DE AÇÕES PARA A TRANSIÇÃO ENERGÉTICA

ANA PAULA SILVA FERNANDES:

Graduada em Direito pela PUC-Rio, com ênfase em Estado e Sociedade; advogada (OAB/RJ 254.260)¹⁵.

FLAVIA DA COSTA LIMMER

(Orientadora)

Resumo: O presente trabalho pretende demonstrar, com base no conceito de função socioambiental e das finalidades que norteiam as atividades das sociedades de economia mista, a importância da participação ativa da Petrobras na adoção de medidas visando à transição energética, especialmente diante dos impactos ao meio ambiente causados pelo excessivo uso de fontes energéticas não sustentáveis e das possíveis consequências práticas da estagnação da Petrobras em atividades diretamente dependentes de matriz energética não renovável.

Palavras-chave: Transição Energética; Função Socioambiental; Sociedade de Economia Mista; Interesse Público.

1.Introdução

Em razão dos sucessivos aumentos da temperatura e das agressivas mudanças climáticas, torna-se cada vez mais urgente a tomada de medidas efetivas visando à transição energética. Entende-se por transição energética as mudanças estruturais nas matrizes energéticas dos países, migrando de um modelo majoritariamente baseado em combustíveis fósseis – como petróleo, carvão mineral e gás natural – para uma matriz cada vez mais focada na geração de energia por fontes renováveis, a exemplo da solar, eólica, e provenientes de biomassa.

O presente trabalho busca demonstrar a matéria basilar concernente à função socioambiental da Petrobras no que se refere ao implemento de ações para a transição energética, notadamente por se tratar de sociedade de economia mista, o que atrai em maior grau o dever de adotar, no exercício de suas atividades, práticas de sustentabilidade ambiental com vistas à consecução dos fins de interesse coletivo.

¹⁵ E-mail: anapaulassfer@gmail.com

Hoje, a participação da estatal no segmento de energias renováveis é quase nula, com um plano estratégico para o período de 2023 a 2026 voltado tão somente à modernização das próprias refinarias para a produção de combustíveis com menos emissões de carbono, sendo baixíssimo o investimento em projetos para o desenvolvimento de energias renováveis. Isso se dá enquanto grandes petrolíferas mundiais investem na transição energética, reduzindo a produção de combustíveis fósseis e convergindo para fontes mais limpas e renováveis.

Pretende-se analisar, ainda, os impactos ao meio ambiente causados pelo excessivo uso de fontes energéticas não sustentáveis, o modo como podem ser implementadas ações com fins à transição energética e, por fim, verificar as consequências práticas da estagnação da Petrobras em atividades diretamente dependentes de matriz energética não renovável.

2. A Transição Energética e o Contexto Brasileiro

A urgência de ações globais para mitigar os gases de efeito estufa aumentou as discussões acerca da substituição do uso de fontes poluentes, como o petróleo e o carvão, por outros tipos de energia, fazendo com que o mundo passasse a vivenciar um lento processo de transição energética.

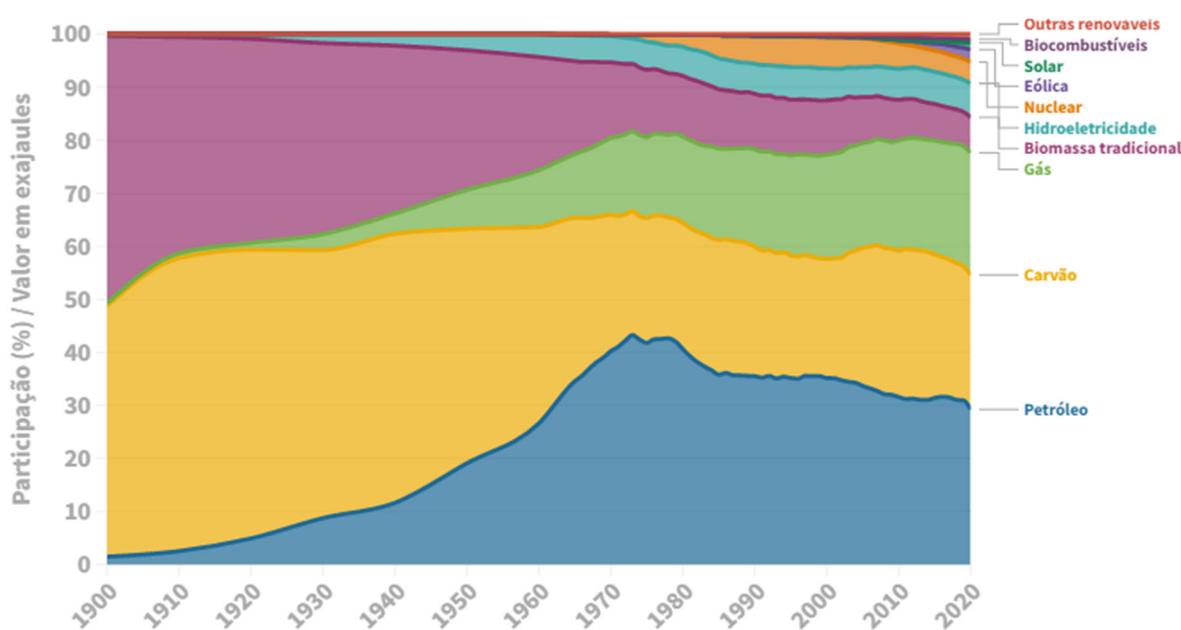
Como a atividade de geração de energia é, atualmente, responsável por cerca de $\frac{3}{4}$ das emissões de gases de efeito estufa (GEE) – segundo o relatório do sexto ciclo de avaliação do IPCC16 –, notadamente em razão da queima de combustíveis fósseis; verifica-se a intensificação dos incentivos pelo uso de energias renováveis e eletrificação de veículos.

Não há dúvida, no entanto, que a transição energética é um desafio tanto do ponto de vista tecnológico, como econômico. O mundo ainda segue altamente dependente da energia fóssil e os investimentos realizados em fontes renováveis não foram implementados de maneira suficiente para suprir a elevada (e crescente) demanda por energia. Além disso, tem-se o problema que a capacidade de geração de energia renovável não é contínua a todo o tempo, haja vista a maior dependência de fatores da natureza, tais como a disponibilidade de sol, água, vento e biomassa para sua

16 O *Painel Intergovernamental das Alterações Climáticas* (IPCC, na sigla em inglês) é o órgão das Nações Unidas que avalia a ciência relacionada com as alterações climáticas. Em 2021 e 2022, o IPCC apresentou três relatórios do seu *sexto ciclo de avaliação (AR6) que abrangem as últimas informações científicas* sobre o estado físico do clima global, o impacto das alterações climáticas e a mitigação das alterações climáticas.

produção.¹⁷

Ainda que o uso de fontes renováveis venha aumentando consideravelmente desde o ano de 1980, fontes poluentes e não-renováveis ainda são as mais utilizadas em âmbito mundial. Dados recentes demonstram que biomassa tradicional (como a turfa e a madeira de desmatamento), carvão, petróleo e gás natural, ainda representam 85,3% das fontes energéticas. É o que se vê do gráfico abaixo, produzido pelo Insper¹⁸, com base nas estatísticas apresentadas por BP Statistical Review of World Energy em julho de 2021:



Fonte: Insper¹⁹

É fundamental que seja reduzida a participação desses energéticos na matriz mundial para assegurar a viabilidade da sobrevivência de todas as espécies terrestres, uma vez que a mitigação das mudanças climáticas depende amplamente da diminuição da emissão de gases de efeito estufa para a atmosfera, sendo indiscutível que as atividades relacionadas à queima de combustíveis fósseis emitem grande quantidade desses gases.

¹⁷ KÖNIG, Claudia Cheron; GILIO, Leandro; S. JANK., Marcos. **Os riscos da transição energética global e as oportunidades para o Brasil**. Insper, 19 abr. 2022. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/os-riscos-da-transicao-energetica-global-e-as-oportunidades-para-o-brasil/?gclid=CjwKCAjw_ihBhADEiwAXEazJpembH6XZAZf2Q1zghwO4JQD4x-z4VrCmN7a5knlPBOMfGNpcKtQUxoCaAIQAvD_BwE#_ftn1>. Acesso em: 13/05/2023.

¹⁸ KÖNIG, Claudia Cheron; GILIO, Leandro; S. JANK., Marcos. Op. cit.

¹⁹ Ibid.

O CO₂ (gás carbônico) é o GEE mais relevante, por estar em maior volume nessas emissões. Não por outro motivo que existe grande mobilização mundial, capitaneada pela Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Convenção do Clima, em prol da neutralização das emissões líquidas de carbono até 2050.

Essa atuação se verifica em razão da necessidade de se estabelecer um sistema protetivo internacional do ambiente, notadamente por sua natureza transnacional. O cuidado com o meio ambiente vem sendo objeto de regulações que ultrapassam o direito doméstico de cada Estado soberano, em especial por meio das declarações internacionais, as quais refletem "*em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade*"²⁰.

Não há dúvida que determinados fenômenos biológicos ou físicos localizados dentro de um espaço geográfico, os quais estejam submetidos à soberania de um Estado, exigem regulamentação internacional, seja porque, em sua unicidade, estendem-se sobre a geografia política de vários países, seja porque os fenômenos a serem regulados somente poderão sê-lo com a intervenção de normas internacionais.²¹

A Conferência de Estocolmo, convocada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aconteceu no ano de 1972, na Suécia, e constituiu etapa histórica para a evolução do tratamento das questões ambientais no plano internacional e também no âmbito interno de grande número de países, muito embora não tenha tratado especificamente sobre o tema do aquecimento global, o qual, à época, ainda não se constitua como uma grande preocupação.

As questões ligadas às mudanças climáticas só começaram a ser enfatizadas em 1987, a partir dos dados expostos no *Relatório Nosso Futuro Comum*, publicado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a qual foi criada pela Assembleia Geral da ONU.

Em 1992, na Conferência Eco-9222, foi criada a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, em inglês). A UNFCCC realiza anualmente

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de novembro de 1995. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 31/05/2023.

21 GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 45.

22 Oficialmente chamada de Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e Meio Ambiente, é também conhecida como Cúpula da Terra, ou Rio-92, por ter sido realizada no Rio de Janeiro no ano de 1992.

uma “Conferência das Partes” (COP, em inglês), para que os países signatários possam avançar na implementação de compromissos climáticos.

O Brasil tem histórico de engajamento relevante nos debates internacionais que tratam das mudanças climáticas, tendo hoje como principal instrumento no âmbito internacional o Acordo de Paris – tratado internacional adotado por 196 países na COP 21 (2015) –, que substituiu o Protocolo de Quioto, este, que em 1997 já havia estabelecido metas vinculantes de redução de emissões de gases de efeito estufa.

O Acordo de Paris, assinado em 12 de dezembro de 2015, e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 9.073/2017²³, traz os principais compromissos a serem observados pelos países signatários para minimizar as consequências do aquecimento global. Foi fixada a meta de manter o aumento médio da temperatura média global em menos de 2°C acima dos níveis pré-industriais, e destacado que seriam realizados esforços para limitar esse aumento a 1,5°C até o fim do século.

Além disso, o acordo estabeleceu que os países concretizariam esforços progressivos no sentido de redução de suas emissões, o que se expressa nas chamadas Contribuições Nacionalmente Determinadas (que em inglês são as *Nationally Determined Contributions* – NDCs).

Esses compromissos firmados pelo Brasil no plano internacional, conseqüentemente, refletiram e continuam repercutindo no âmbito interno, através da legislação e de políticas públicas com conteúdo relevante para implementação da agenda climática, não obstante algumas dificuldades de efetivação.

Destacam-se, no tocante, a Lei nº 12.187/2009 (Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima)²⁴, a Lei nº 12.114/2009 (Lei do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima – Fundo Clima)²⁵; o Decreto nº 9.758, de 22 de novembro de 2018, que consolida os atos regulamentares da temática; e o Decreto nº 11.075, de 19 de maio de 2022, que institui o Sistema Nacional de Redução de Emissões de Gases de Efeito Estufa (Sinare) e estabelece os procedimentos para a elaboração dos Planos Setoriais de Mitigação das

23 BRASIL. **Decreto nº 9.073, de 05 de junho de 2017**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm>. Acesso em 10/06/2023.

24 A Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), oficializa o compromisso voluntário do Brasil junto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC, na sigla em inglês) de redução de emissões de gases de efeito estufa e busca garantir que o desenvolvimento econômico e social do Brasil contribua para a proteção climática global.

25 O Fundo Clima, atualmente regido pelo Decreto nº 10.143/2019 e Portaria MMA Nº 575/2020; é um dos instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de garantir recursos para projetos, estudos ou empreendimentos que tenham como objetivo a mitigação e adaptação das mudanças climáticas.

Mudanças Climáticas, buscando estabelecer um marco regulatório para mercados de carbono no país.

Para o que importa no tema aqui tratado, é de se ressaltar que o caminho para reduzir a emissão de gases de efeito estufa – e, por conseguinte, para a mitigação das mudanças climáticas – passa pela adoção de fontes de energia renováveis e sustentáveis.

No entanto, segundo a Agência Internacional de Energia (IEA, sigla em inglês), cerca de 75% do progresso requerido para alcançar as emissões zero em 2050 envolve tecnologias e processos que ainda não são economicamente viáveis.²⁶ Para que haja a melhora desse cenário, os investimentos em tecnologias de descarbonização precisam quase triplicar entre 2020 e 2030.²⁷

O Brasil, quanto à utilização de fontes renováveis, está mais próximo do perfil energético almejado para a matriz global. Enquanto a meta posta pela IEA indica que as renováveis devem compor 30% da matriz mundial em 2030 – que hoje figura na casa dos 14% –, o Brasil tem atualmente 48% de sua matriz energética composta por fontes renováveis. O destaque é ainda maior em se tratando da matriz elétrica: 85% da matriz elétrica brasileira é composta por energias renováveis, enquanto a participação de renováveis na geração elétrica mundial é de, aproximadamente, 30%.²⁸

O país é destaque no cenário mundial notadamente pela utilização de hidroeletricidade, biocombustíveis e energias eólica e solar. Ademais, é notório o desenvolvimento da agroindústria sucroenergética, com amplo uso do etanol em automóveis no país.

Especificamente no setor de combustíveis, observa-se, desde o início do século XXI, políticas públicas para estímulo do mercado de combustíveis de origem renovável no Brasil, como a diferenciação tributária entre biocombustíveis e seus análogos fósseis, tais como as adotadas para o etanol e biodiesel em relação à gasolina e diesel, respectivamente.²⁹

Além disso, o PNPB (Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel), criado

26 BRASIL. Ministério de Minas e Energia - Empresa de Pesquisa Energética. **Plano Decenal de Expansão de Energia 2031**. Brasília: MME/EPE, 2022, p. 173.

27 IEA. *World energy outlook*. 2021. apud DELGADO, Fernanda; FILQUEIRAS, Raquel, 2022.

28 IEA. *Net-zero by 2050*. 2021; EPE. Balanço energético nacional (*BEN*). 2021; IEA. *Global energy review*. 2021, apud DELGADO, Fernanda; FILQUEIRAS, Raquel, 2022.

29 BRASIL; Ministério de Minas e Energia; Empresa de Pesquisa Energética. Plano Decenal de Expansão de Energia 2031. Brasília: MME/EPE, 2022, p. 222.

pela Lei nº 11.097/2005, determinou o uso obrigatório do biodiesel na mistura com o diesel fóssil. Inicialmente a adição de 2% de biodiesel ao diesel fóssil era autorizativa, passando a ser obrigatória em 2008. O percentual obrigatório passou a ser de 5% em 2010 e alcançou 13% em de março de 2021, com cronograma para avançar a 15% em 2023.³⁰

Cumprе registrar, também, a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), instituída pela Lei nº 13.576/2017, que reconhece o papel estratégico dos biocombustíveis na matriz energética nacional para a segurança do abastecimento de combustíveis e para a mitigação das emissões de GEE.³¹

No ano de 2022, o diferencial de competitividade para os biocombustíveis restou estabelecido no plano constitucional, por meio da Emenda à Constituição nº 123/2022. A EC incluiu o inciso VIII ao § 1º do artigo 225 da Constituição Federal, que passou a prever, para além das medidas já impostas ao Poder Público para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a obrigação de manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, de modo a garantir diferencial competitivo em relação a estes.³²

A despeito disso, ainda são requeridos investimentos e inovação com vistas à substituição das fontes energéticas, o que envolve processos complexos ligados à transição de infraestrutura de produção, transporte e utilização de recursos energéticos, o que é crucial para que seja alcançada a meta de neutralidade de emissões de GEE até 2050, como prevê o compromisso nacional no Acordo de Paris.

Embora a participação das renováveis na matriz energética brasileira seja elevada, a capacidade de geração de energia passa a depender também de fatores ambientais, uma vez que as fontes renováveis são, em sua maioria, intermitentes, pois a disponibilidade de

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Desde a aprovação da EC 123/2022, o governo federal, na então gestão de Jair Bolsonaro, promoveu a isenção de impostos federais sobre o preço dos combustíveis. A princípio, a medida teria vigor até 31.12.2022, mas em janeiro deste ano, o atual presidente Luiz Inácio Lula da Silva editou a Medida Provisória 1157/2023, que prorrogou por mais dois meses – ou seja, até 28.02.2023 – a desoneração da gasolina e do etanol. Na prática, a MP manteve a gasolina e o biocombustível sem diferencial tributário, o que esvaziou o objetivo da EC 123/2023, em relação à garantia de competitividade do etanol nos postos frente ao combustível fóssil. Já em 01.03.2023, entrou em vigor a Medida Provisória 1163/2023 que previu o retorno parcial da cobrança de PIS/Pasep e Cofins nas operações com combustíveis. Pelo texto, as duas contribuições vão subir para R\$ 0,47 por litro de gasolina e R\$ 0,02 por litro de etanol nas operações feitas por produtores e importadores até 30.06.2023. A MP 1163/23 será analisada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado.

sol, água, vento e biomassa para a produção de energia depende das forças da natureza, não sendo contínua e segura o tempo todo.

Sendo assim, para a garantia de abastecimento, será necessária, pelo menos em primeiro momento, a complementação com fontes de origem fóssil, como o gás natural, por exemplo. A dependência dos fósseis para a segurança energética ainda é a realidade, por ora, diante das condições tecnológicas vigentes.

Nesse cenário, durante um período de transição energética, vislumbra-se a atuação de dois caminhos tecnológicos como possíveis catalisadores da redução de emissões a partir de meados da década de 2030, quais sejam: o uso do hidrogênio como energético e as tecnologias de captura, utilização e armazenamento de carbono (CCUS, do inglês *carbon capture, utilization and storage*).³³ Ambos removem o carbono, antes ou depois da combustão, a fim de mitigar parte do problema decorrente dos setores de difícil descarbonização.³⁴

No contexto brasileiro, como mencionado, destaca-se o grande uso do etanol combustível em automóveis no país. Atualmente, a grande parte dos veículos utilizados no país – cerca de 86% da frota de veículos leves³⁵ – já é flex, ou seja, capaz de funcionar tanto à base de gasolina, quanto de etanol.

Não há dúvida que o biocombustível seja uma alternativa importante para o contexto brasileiro atual, notadamente por ser o Brasil o segundo maior produtor mundial de etanol, com 25,5% do volume global em 2021, atrás apenas dos Estados Unidos, que é responsável por 55%.³⁶ Acontece que a parte mais relevante do consumo de etanol ocorre nos próprios países onde existe produção, sendo que apenas um volume reduzido é exportado para outros países, razão pela qual o etanol ainda não conseguiu alcançar a condição de *commodity* internacional.³⁷

Além disso, cumpre destacar que a indústria automotiva é global, portanto, o

33 As tecnologias CCUS envolvem a captura de dióxido de carbono (CO₂) de grandes fontes emissoras, como termelétricas e indústrias que utilizam combustíveis fósseis ou biocombustíveis, assim como diretamente da atmosfera (*carbon direct air capture technologies*).

34 TEIXEIRA, Cassio Adriano Nunes; MENDES, André Pompeo do Amaral; COSTA, Ricardo Cunha da; KOBLITZ, Arthur Cesar Vasconcelos; LAGE, Elisa Salomão. **Neutralidade de carbono: reflexões sobre estratégias e oportunidades para o Brasil**. R. BNDES, Rio de Janeiro, v. 28 n. 56, pp. 267-314, dez. 2021. Disponível em: <<http://web.bnades.gov.br/bib/jspui/handle/1408/22026>>. Acesso em: 30/05/2023.

35 CHERON KÖNIG, Claudia; GILIO, Leandro; S. JANK., Marcos; 2022.

36 RFA, 2022.

37 MILANEZ, Artur Yabe; SOUZA, José Antônio Pereira de; MANCUSO, Rafael Vizeu. 2017. p. 108.

desenvolvimento de fontes energéticas aptas a alimentar automóveis e motores exige investimentos que vão além da rentabilidade proporcionada pelo volume de vendas do mercado nacional, visando, ainda, a possibilidade de exportação de combustíveis.

Fato é que a eletrificação de veículos é a tendência internacional, sendo considerada por grandes potências como medida sustentável mais promissora. Tanto é assim que, em março de 2023, a União Europeia aprovou lei que proíbe vendas de carros novos que emitem CO₂ a partir de 2035, mantendo apenas os motores a combustão que utilizem os eletrocombustíveis – ou seja, derivados de hidrogênio de baixo carbono. Embora seja válida apenas para o mercado europeu, não há dúvidas que a medida pode impactar segmentos da indústria em diferentes países, pelo potencial de influência nas discussões políticas locais.³⁸

A título ilustrativo, destaca-se que o número de vendas em 2022 de elétricos *plug-in* chegou a 19% do mercado na Europa, 15% na China e 4% nos Estados Unidos.³⁹

Isso demonstra o potencial caminho a ser percorrido pelas grandes indústrias automotivas, as quais, com vistas à eletrificação, já vêm abandonando gradualmente o desenvolvimento de veículos a combustão, o que apresenta risco à viabilidade do uso de etanol no longo prazo em automóveis no Brasil, apesar dos claros benefícios ambientais.

Os carros elétricos, contudo, apresentam uma outra problemática relacionada ao volume de recursos minerais imprescindíveis na fabricação das baterias e dos próprios veículos. O lítio, por exemplo, é uma matéria-prima essencial na eletrificação dos veículos. Acontece que 65% das reservas são encontradas no Chile, Bolívia e Argentina, sendo que a China é responsável pela maior capacidade de processamento desse mineral.⁴⁰

Diante disso, desenvolvem-se duas principais preocupações: os riscos para a transição energética causados pela alta concentração do processamento do mineral em poucos países e a volatilidade de preços; além dos impactos ambientais gerados pela mineração.

Desse modo, mesmo no caminho da eletrificação, ainda há alternativas estratégicas para o Brasil se destacar no mercado mundial, com vistas também na exportação, tal

38 Agência epbr. **União Europeia mantém combustão e decide banir carros que emitem CO₂ até 2035.** Disponível em: <<https://epbr.com.br/uniao-europeia-mantem-combustao-e-decide-banir-carros-que-emitem-co2-ate-2035/>>. Acesso em: 30/05/2023.

39 Dados divulgados pela Agência epbr. Disponível em: <<https://epbr.com.br/hibridos-flex-a-etanol-ampliam-vantagem-no-mercado-brasileiro-de-eletricos/>>. Acesso em: 31/05/2023.

40 Agência epbr. **A corrida pelo lítio: o mineral da transição energética.** Disponível em: <<https://epbr.com.br/a-corrida-pelo-litio-o-mineral-da-transicao-energetica-antessala-epbr/>>. Acesso em: 29/05/2023.

como a possibilidade do uso do etanol como modelo de eletrificação via célula a combustível.

A célula a combustível é uma alternativa aos veículos elétricos movidos à bateria de lítio. Ela utiliza o hidrogênio para geração de eletricidade que, por sua vez, movimenta o motor elétrico.

O hidrogênio como combustível se classifica de três maneiras diferentes conforme a fonte de energia utilizada para produzi-lo. O hidrogênio cinza é produzido a partir de fontes fósseis, como o carvão mineral, os derivados de petróleo e o gás natural. Quando a produção é realizada através de gás natural e há captura e armazenamento de carbono, tem-se o hidrogênio azul. E, por fim, o hidrogênio verde, produzido a partir da eletrólise da água, com baixa ou nula intensidade de carbono, utilizando como energia inicial fontes renováveis ou de baixa emissão de gases de efeito estufa para a sua produção, como a eólica, solar e advinda da reforma ou gaseificação de biomassa.

Por conta da nula ou baixa emissão de carbono em sua produção é que o hidrogênio verde é visto como uma potencial solução para se alcançar a neutralidade em carbono.

Derivados e subprodutos da cana-de-açúcar podem ser matéria-prima para o hidrogênio verde. Portanto, uma das formas de produção do hidrogênio verde seria a partir do próprio etanol.

O processo de produção de hidrogênio a partir do etanol, apesar de liberar na atmosfera uma certa quantidade de carbono – ainda que baixa, principalmente em comparação aos combustíveis fósseis –, apresenta um balanço neutro de emissão de gases de efeito estufa, uma vez que a própria produção de cana-de-açúcar resgata carbono da atmosfera.

Além disso, outra vantagem de utilização dessa tecnologia no Brasil estaria relacionada ao histórico do país com o uso de etanol, o que fez com que os postos de combustíveis do país já contassem com estrutura de armazenamento desse biocombustível, prescindindo, portanto, da criação de nova estrutura de abastecimento veicular.⁴¹

Como se vê, o Brasil, que tem uma das matrizes energéticas mais limpas do mundo,

41 Valor econômico. **Etanol é a base de testes para converter hidrogênio em combustível veicular.** 30 nov.2022. Disponível em: <<https://valor.globo.com/google/amp/publicacoes/suplementos/noticia/2022/11/30/etanol-e-base-de-testes-para-converter-hidrogenio-em-combustivel-veicular.ghtml>>. Acesso em: 31/05/2023.

possui grande potencial para alcançar a neutralidade de emissão de carbono até 2050, inclusive, podendo se tornar um dos principais líderes globais da economia verde. Contudo, as tecnologias que possibilitarão tal feito ainda se encontram em estágios iniciais de desenvolvimento, razão pela qual, para que isso aconteça, será necessária uma agenda estruturada que estimule a inovação para substituir e compensar a utilização de combustíveis de origem fóssil, com a integração de diversos setores nas ações de energia, como o de combustíveis, transporte e agricultura, bem como a conservação de áreas produtivas.

As empresas voltadas ao setor de petróleo e gás terão participação essencial nesse contexto. Já é possível perceber um aumento nos investimentos de grandes petrolíferas em ações voltadas à transição energética, com o objetivo de desenvolver tecnologias relacionadas à utilização de fontes energéticas mais limpas. Tal postura é reflexo dos princípios protetivos norteadores do Direito Ambiental, além dos possíveis benefícios mercadológicos resultantes da atuação empresarial sustentável.

3.A Função Socioambiental da Empresa e a Adoção de Práticas Sustentáveis Pelo Setor de Petróleo e Gás

A preservação do meio ambiente sadio, por sua natureza transindividual, alcança todas as esferas do Direito, desde o internacional, passando por sistemas de proteção regional, até chegar ao Direito interno dos Estados, quando é possível verificar as mais diversas espécies de salvaguarda de proteção realizada pelo poder público.

Como se viu, a proteção ao meio ambiente se tornou um imperativo na agenda política internacional e nacional, buscando-se a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Mesmo porque, apenas desse modo será possível viabilizar o desenvolvimento de forma sustentável e planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou se tornem inócuos.

Mas além dos governos, é esperado um maior engajamento por parte do setor privado e da sociedade civil, coordenando esforços em prol da criação de uma verdadeira cultura de preservação do ambiente, para que seja possível conter os efeitos mais drásticos das mudanças climáticas.

Não por outro motivo, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, preconiza que

“[t]odos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e **à coletividade** o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (grifamos).

Primeiramente, é necessário compreender o que envolve o conceito de “meio ambiente”. Para tanto, cabe destacar a definição ampla acolhida pelo Direito Ambiental brasileiro, nas palavras de Erasmo Ramos⁴²:

“a definição legal brasileira de meio ambiente foi fortemente influenciada pelo direito anglo-saxônico, precisamente pelo direito norte-americano. Trata-se de uma definição geral que goza de uma abrangência excepcional, englobando, além da fauna, flora e solo, águas, ar, clima, também os aspectos paisagísticos e o meio ambiente criado pelo ser humano em âmbito cultural, econômico e social”

Já a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), em seu artigo 3º, inciso I, estabelece como meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Portanto, o meio ambiente pode ser entendido como a interação de elementos naturais, culturais e artificiais, que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana em todos os seus sentidos e formas.

Em razão da sua complexidade e importância é que o artigo 225 da Constituição consubstancia a corresponsabilidade pela proteção ambiental, que transcende os limites territoriais e temporais, alcançando o direito das futuras gerações, e evidencia o direito/dever que se impõe a todos de concretizar um ambiente saudável e equilibrado.

O dispositivo reconhece a incidência do interesse social e o regime de direito público na regulação dos bens jurídicos ambientais, o que implica na limitação do poder de disposição que os indivíduos tenham em relação a esses bens. Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro identifica a natureza de direito difuso que recai sobre o patrimônio ambiental ao considerá-lo bem de uso comum do povo.⁴³

Neste sentido, a responsabilidade pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado

42 RAMOS, Erasmo Marcos. **Direito ambiental comparado (Brasil-Alemanha-EUA): uma análise exemplificada dos instrumentos ambientais brasileiros à luz do direito comparado**. Maringá: Midiograf II, 2009., p. 58. apud SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 360.

43 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 374.

está dividida entre o governo, organizações e sociedade. A cooperação é elemento essencial no combate aos danos ambientais, vez que, nem o Estado, nem a coletividade, de forma isolada, teriam capacidade de proteção e preservação ambiental.

Paulo Affonso Leme de Machado, ao comentar o artigo 225 da CRFB/88, afirma que tal dispositivo “consagra a ética da solidariedade entre as gerações, pois, as gerações presentes não podem usar o meio ambiente fabricando a escassez e a debilidade para as gerações futuras”⁴⁴.

Até mesmo o desenvolvimento econômico está cada vez mais atrelado às preocupações universais de proteção ambiental. As empresas, por sua vez, possuem papel fundamental nesse quesito, tendo em vista que dispõem de recursos financeiros e tecnológicos para tanto. Além disso, conforme será detalhado adiante, a preservação ambiental integra até mesmo uma visão estratégica mercadológica a longo prazo.

Não há como deixar de mencionar que a responsabilidade do setor empresarial está consubstanciada em sanções penais e administrativas decorrentes de eventuais condutas e atitudes lesivas ao meio ambiente. Neste sentido, confirmam-se os artigos 3º e 4º, da Lei dos Crimes e Infrações Ambientais (Lei 9.605/98), a qual regulamentou o artigo 225, § 3º da CRFB/8845:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

44 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 136. apud ALVES. ALVES, Elizete Lanzoni. Elementos de responsividade ambiental estatal no enfrentamento dos danos ambientais. Revista Direito Ambiental e Sociedade, [S.l.], v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 20. Disponível em: <<http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3697>>. Acesso em: 24/05/2023.

45 Art. 225 [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Mas a participação empresarial na preservação ambiental vai além do âmbito coercitivo e regulatório. Verifica-se que muitas empresas, atentas à necessidade de enquadramento ao novo paradigma sustentável e aos possíveis reflexos da adoção de uma postura ambiental proativa, estão investindo em tecnologias menos poluentes e realizando novos estudos com o objetivo de minimizar os impactos ambientais.

É relevante compreender, no entanto, as razões que levam as empresas atualmente a utilizarem práticas socialmente responsáveis, uma vez que conforme conceituação tradicional, o objetivo precípuo e imediato da sociedade empresarial é o lucro. Sobre o tema, Magalhães destaca que *"[c]ada época foi marcada por acontecimentos relevantes que contribuíram para as mudanças sociais e conseqüentemente o modo do ser humano pensar a respeito de seu comportamento ambiental"*⁴⁶.

Primeiramente, destaca-se a maior importância que assumiu o Direito Ambiental frente a crise ambiental contemporânea, fruto dos esgotamentos dos modelos desenvolvimentistas que atingiram seu ápice em meados do século XX, os quais, apesar de trazerem benefícios tecnológicos e científicos, resultaram em uma verdadeira devastação do meio ambiente e dos recursos naturais em todo o mundo.

E muito embora o despertar ecológico seja relativamente recente na história da humanidade, a devastação ambiental não é, sendo, na verdade, um fenômeno que acompanha o ser humano desde os primórdios de sua história, conforme esclarece Milaré⁴⁷.

As consequências da crise ambiental se exteriorizaram através da constatação de aumento da emissão dos gases de efeito estufa, do fenômeno da chuva ácida, da perda da biodiversidade, do desmatamento, da poluição do ar, da erosão do solo, da contaminação dos rios e mares, dentre outros.

Conforme adiantado no capítulo anterior, as preocupações ambientais ganharam destaque em meio às Conferências Internacionais, sendo que a primeira menção ao meio

46 MAGALHÃES, Juraci Perez. **A Evolução do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Editora: Oliveira Mendes, 2002, p. 67)

47 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina: jurisprudência. glossário**. 5. ed. rev., ampl. e atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 809.

ambiente em um diploma internacional consta – embora de maneira tímida – do artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que reconhece “*o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental*”, e destaca que os Estados partes, a fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deverão adotar, entre outras medidas, “*a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente*”.

Porém, o grande marco internacional do direito ao meio ambiente, e do seu reconhecimento como direito fundamental, remete à Conferência nas Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em 1972, na cidade de Estocolmo, que por meio da chamada “Declaração de Estocolmo”, proclamou 26 “*princípios comuns*”, com o fim de oferecer “*aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano*” (tradução livre). Sobre a importância desse documento, anota-se o magistério de José Afonso da Silva⁴⁸:

“A Declaração de Estocolmo abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do Homem, com suas características de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados.”

O sucesso da Conferência levou a Assembleia Geral a criar, em dezembro de 1972, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, que coordena os trabalhos da ONU em nome do meio ambiente global. Já em abril de 1987, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento publicou o já mencionado *Relatório Nosso Futuro* veiculando a noção de desenvolvimento sustentável para o discurso público, nos seguintes termos: “*O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades*” .49

Essas novas diretrizes de proteção internacional do ambiente surgem em meio ao desenvolvimento do conceito da terceira dimensão (ou geração) de direitos, o qual se dá em razão dos reflexos de novos valores preconizados pelo Estado Social, sendo certo que o Direito Ambiental assumiu singular importância como viabilizador do bem-estar social.

Paulo Bonavides destaca que os direitos de terceira geração tendem a se cristalizar no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção

48 SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 69-70.

49 As Nações Unidas no Brasil. **A ONU e o meio ambiente**. 16 set. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>. Acesso em: 28/05/2023.

dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm como destinatário, na verdade, o próprio gênero humano, em sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Tais direitos emergiram da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.⁵⁰

O direito ao meio ambiente equilibrado passou a ser considerado, também, um direito fundamental e um bem jurídico difuso – ou seja, transindividual, de natureza indivisível, de que seja titular pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato⁵¹ –, o qual deve ser protegido por todos, sobretudo por estar intimamente ligado à concretização do próprio direito à vida, mas ultrapassando a esfera dos direitos individuais, por tratar-se, inequivocamente, de um direito coletivo e de interesse de toda a humanidade. Sobre o tema, cumpre registrar a lição de Renato Seitenfuns

Em âmbito mundial deve-se mencionar a preocupação das Nações Unidas em definir os Direitos Humanos de Terceira Geração, os quais dispõe especificamente sobre direitos difusos. Sua primeira manifestação ocorreu durante e após a Segunda Guerra Mundial e estão colacionados na Carta das Nações Unidas e outras tantas convenções internacionais. A doutrina entende como direitos humanos de Terceira Geração, os direitos de solidariedade, a proteção do patrimônio histórico, cultural e ambiental, com a intenção de reprender os danos ambientais e assegurar uma vida digna para as presentes e futuras gerações.⁵²

50 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 569.

51 No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos coletivos se distinguem em direitos *coletivos em sentido estrito*, direitos *individuais homogêneos* e direitos *difusos*, conforme definição disposta no parágrafo único do artigo 81 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): “[...] I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

52 SEITENFUS, Renato. **A responsabilidade socioambiental das empresas em um cenário de desenvolvimento sustentável**. Revista de Direito Social, n.27, 2007, p. 98. apud. OLIVEIRA, Francionne Maria Sampaio. A função social e a função ambiental como fundamentos da atividade empresarial. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2996, 2011.

No que diz respeito à trajetória e evolução do Direito Ambiental em escala mundial, relembre-se também a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, que ficou conhecida como “Cúpula da Terra”. Ela resultou das amplas recomendações feitas pela mencionada Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no que se refere a relação entre o meio ambiente e o desenvolvimento, e a necessidade imperativa e se adotar o desenvolvimento sustentável.

Neste sentido, a Cúpula da Terra resultou na “Declaração do Rio”, documento que apresentou o conceito de desenvolvimento sustentável à comunidade internacional. Além disso, foram aprovadas a “Convenção sobre a Mudança Climática” e a “Agenda 21”, que estabelece um programa de atividades a serem desenvolvidos no século XXI visando à preservação do equilíbrio ecológico em face do desenvolvimento econômico e social.⁵³

Além dos eventos internacionais mencionados, quais sejam, de Estocolmo (1972) e Rio-92 (1992), muitos outros contribuíram para o surgimento e fortalecimento do Direito Ambiental, tais como as Conferências da ONU de Johannesburgo (2002) e a Rio+20 (2012), bem como as declarações e tratados internacionais firmados em tais oportunidades. Conforme destacam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, criou-se todo um aparato normativo a partir da consagração da proteção ecológica no âmbito internacional, inclusive na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dentre eles, cumpre mencionar os eventos e diplomas internacionais destacados pelos referidos autores, a título exemplificativo⁵⁴:

“a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972), a Carta Mundial da Natureza (1982), adotada pela Assembleia Geral da ONU, o Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992), a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992), a Declaração e Programa de Ação de Viena, promulgada na 2ª Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993), o Protocolo de Quioto (1997), a Convenção de Aarhus sobre

53 MARUM, Jorge Alberto Oliveira de. **Meio ambiente e direitos humanos**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 7, n.28, 2002, p. 132.

54 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 305-306.

Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental (1998), o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (2000), a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (2001) e o Acordo de Paris (2015)”

Fato é que o ordenamento jurídico internacional em matéria ambiental influenciou a construção do Direito Ambiental no Brasil, que incorporou de forma significativa, no âmbito de suas legislações domésticas, o conteúdo (conceitos, objetivos, princípios, instrumentos etc.) dos diplomas internacionais, tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional.⁵⁵

Pois bem. Como dito, foi a Declaração de Estocolmo que inaugurou o processo de formação dos princípios que viriam a reger a proteção do direito ao meio ambiente.

Os princípios jurídicos têm um papel fundamental no Direito Ambiental, e no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, podem ser extraídos – além das Declarações Internacionais, em especial as mencionadas Declarações da ONU de Estocolmo e do Rio de Janeiro – da Constituição Federal de 1988, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/1981) e das Constituições Estaduais.⁵⁶ No que se refere à relevância das diretrizes ambientais trazidas nas Declarações Internacionais, destaca-se a lição de Álvaro Luiz Valery Mirra:

“Quanto às Declarações Internacionais, parece-nos importante observar que, embora elas não estejam ainda incluídas entre as fontes tradicionais do Direito Internacional e não tenham aquela imperatividade jurídica própria dos tratados e convenções internacionais, ainda assim devem ser reconhecidas como instrumentos dotados de *relevância jurídica*. Na realidade, as Declarações Internacionais constituem atualmente importante método de cristalização de novos conceitos e princípios gerais e, uma vez adotadas, passa a influenciar toda a formulação subsequente do

55 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 304.

56 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios Fundamentais do Direito Ambiental**. Revista de Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, 1996, p. 53.

Direito, seja no plano internacional, seja no plano da ordem jurídica interna.”⁵⁷

Cumprе ressaltar que os valores ecológicos atuais se baseiam sobretudo no conteúdo normativo do princípio da dignidade humana. No plano constitucional, restou consolidada a formatação de uma dimensão ecológica da dignidade humana, que abarca a ideia em torno de um bem-estar ambiental, tal como ocorre em relação ao bem-estar individual e social, tendo em vista sua indispensabilidade para uma vida digna, saudável e segura.⁵⁸ Considera-se, inclusive, que um meio ambiente equilibrado compõe o conjunto de bens relacionado ao mínimo exigido para o desenvolvimento pleno da existência humana. Neste sentido, confira-se passagem do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 4903/DF:

“[...] o mínimo existencial é aquele conjunto de bens materiais e imateriais sem o qual uma pessoa não pode levar uma vida digna e esta inclui, evidentemente, um meio ambiente hígido, condição *sine qua non*, registre-se, para viabilizar a própria continuidade da vida dos seres humanos na Terra. Embora raramente inscrito de forma textual nas Constituições, o Mínimo Existencial representa a própria essência de qualquer ordenamento jurídico que se julgue civilizado”⁵⁹ (grifamos)

O princípio da função social e ambiental é um dos princípios fundamentais que hoje compõe o Direito Ambiental, o qual tem origem no conceito de função social da propriedade desenvolvido no sistema jurídico brasileiro, e que é aplicável também à atividade empresarial, haja vista que as empresas se constituem enquanto propriedade privada.

A função socioambiental da propriedade está positivada na Constituição Federal de 1988, nos artigos 5º, inciso XXIII; 170, inciso III; e 186, inciso II; que assim dispõem:

“Art. 5º [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago, 2021, p. 510.

⁵⁹ STF. ADI 4903/DF. j. 28 fev. 2018. apud SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago, 2021, p. 648. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792260&ext=.pdf>>. Acesso em: 03/06/2023.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade;”

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: [...] II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;”

Importante mencionar, ainda, o comando do artigo 1.228, § 1º, do Código Civil de 2002, no sentido de que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Ao tratar da função social e ambiental da propriedade, Álvaro Luiz Valery Mirra destaca que não se trata de

“simples limite ao exercício do direito de propriedade, como aquela restrição tradicional, por meio da qual se permite ao proprietário, no exercício do seu direito, fazer tudo o que não prejudique a coletividade e o meio ambiente”.

Na realidade, a função social e ambiental vai além, autorizando que se imponha ao proprietário comportamentos positivos no exercício do seu direito, para que sua propriedade se adeque à preservação do meio ambiente.⁶⁰

Segundo Mirra, impõe-se ao proprietário o dever de exercer o seu direito em benefício da coletividade, não mais unicamente em seu próprio e exclusivo direito, sendo precisamente o cumprimento da função social que legitima o exercício do direito de propriedade pelo seu titular.

No que se refere especialmente à aplicação do dito princípio no exercício da atividade empresarial, o inciso VI, do artigo 170, da CRFB/88, estabelece a necessidade de

60 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. Cit., pp. 59-60.

que a ordem econômica observe a *"defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação"*.

Os princípios constitucionais ambientais são confrontados, assim, com o direito de propriedade privada e a livre-iniciativa – constitucionalizada no *caput* e inciso II do artigo 170 –, de modo que a propriedade privada e os interesses do seu titular devem ajustar-se aos interesses da sociedade e do Estado, em razão das funções social e ecológica que lhe são inerentes.⁶¹

Neste sentido, conforme destaca Edis Milaré, o meio ambiente, na qualidade de bem necessário ao bem-estar da coletividade

"deve ser protegido dos excessos quantitativos e qualitativos da produção econômica que afetam a sustentabilidade e dos abusos das liberdades que a Constituição confere aos empreendedores".⁶²

Desse modo, tem-se que a propriedade, que de fato é instrumento base da ordem econômica – haja vista sua capacidade de geração de riquezas – deixa de cumprir sua função social quando se insurge contra o meio ambiente.

É possível perceber que a Constituição Federal de 1988, seguindo os valores preconizados pelo Estado Social, rompeu com o paradigma liberal-individualista clássico do Direito Civil e buscou um equilíbrio de forças entre uma multiplicidade de interesses, patrimoniais e não patrimoniais; individuais, coletivos e difusos; desenvolvimento econômico e preservação ambiental.

Sobre a impositiva observância, pelo setor empresarial, dos princípios de proteção ambiental, destaca-se o emblemático julgado do STF, proferido no âmbito da ADI 3540, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

61 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago, 2021, pp. 564-565.

62 MILARÉ, Edis, Direito do ambiente, p. 149.

E M E N T A: [...] A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.⁶³

63 STF, ADI 3540 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528. Disponível em: <<https://jurispru>

Salienta-se que a observância da função socioambiental da empresa perpassa pela aplicação de outros princípios do Direito Ambiental e sua relação com a atividade econômica, em especial o princípio da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente em relação aos interesses privados, o já mencionado princípio do desenvolvimento sustentável, e o princípio da prevenção.

A supremacia do interesse público sobre o privado é, em verdade, um princípio geral do direito público, reflete também o já abordado valor constitucional da solidariedade, e no que diz respeito à preservação ecológica, refere-se a máxima proteção voltada ao bem jurídico ambiental, diante de sua natureza difusa. Como explicita Mirra, esse princípio trata "*na realidade, de um verdadeiro pressuposto de estabilidade da ordem social*", e continua, ao anotar o seguinte⁶⁴:

"O interesse na proteção do meio ambiente, dessa forma, por ser de natureza pública, deve prevalecer sempre sobre os interesses individuais privados, ainda que legítimos. Até porque já se reconhece hoje em dia que a preservação do meio ambiente se tornou condição essencial para a própria existência da vida em sociedade e, conseqüentemente, para a manutenção e o exercício pleno dos direitos individuais dos particulares."

Ressalta-se que embora determinados recursos naturais estejam sob a titularidade (ou posse) privada, isso não representa uma permissão ilimitada, nem uma espécie de "cheque em branco", para o titular do direito dispor como bem entender a respeito da utilização de tais recursos, notadamente frente à atual legislação ambiental, a qual, por conferir caráter mais protetivo ao meio ambiente, acabou por restringir outros direitos, que não mais podem ser exercidos de forma indiscriminada, uma vez que prevalece o interesse de toda a coletividade em detrimento do interesse particular do poluidor.⁶⁵

Neste ponto, é necessário ressaltar que o interesse da sociedade na proteção do patrimônio ambiental pode ser caracterizado como interesse público primário – conceito empregado comumente na seara do Direito Administrativo –, mas jamais como interesse público secundário, que é aquele relacionado ao puro interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica. Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer⁶⁶ lecionam que a

dencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94859/false>. Acesso em: 31/05/2023.

64 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. Cit., p. 54.

65 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 386.

66 Ibid., pp. 377-379

“natureza difusa do bem ambiental carrega a natureza pública (interesse público primário) naquilo em que a mesma se confunde com o interesse de toda a sociedade, mas não quando apenas o interesse (secundário) do Estado está em jogo”.

É apenas o interesse público primário, ou seja, de toda a sociedade, que pode se sobrepor aos interesses estritamente privados. Os autores chamam atenção para a importância dessa diferenciação:

“A distinção é relevante em razão de a proteção do ambiente colocar-se também contra o Estado, e não apenas em face dos particulares poluidores, de modo que o Estado não pode dispor do bem jurídico ambiental difuso (por exemplo, da integridade ecológica, da qualidade do ar e da água, de uma espécie da fauna ou da flora etc.), uma vez que o mesmo não lhe pertence. Não por outra razão, a própria legislação ambiental reconhece, por meio da Lei 6.938/81, art. 3º, IV, que a pessoa jurídica de direito público também pode ser enquadrada no conceito de poluidor e, conseqüentemente, responsabilizada, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

[...]

“A natureza do bem jurídico ambiental coloca em xeque, de certa forma, a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado. Muito embora a natureza do Direito Ambiental seja essencialmente pública, o bem jurídico ambiental transita na (e habita a) “fronteira” entre o público e o privado. A natureza difusa do bem jurídico ambiental, que jamais pode ser confundida com a natureza pública (em sentido estrito), 36 implica a fusão dos universos jurídicos público e privado, mas sempre permeada pela prevalência do interesse de toda a coletividade na sua proteção, bem como pela limitação aos interesses privado e público (secundário) quando esses se colocarem em rota de colisão com a tutela ecológica. Em sintonia com esse entendimento, o art. 2º, I, da Lei 6.938/81 institui como princípio da Política Nacional do Meio Ambiente “a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente

como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”.

O princípio do desenvolvimento sustentável, conforme adiantado, reflete a visão política dominante atualmente em relação à problemática ambiental, consagrada na Conferência das Nações Unidas de 1992, realizada no Rio de Janeiro⁶⁷. Passou a ser considerado inadmissível que as atividades econômicas se desenvolvessem alheias ao fato de que os recursos ambientais são limitados.

Busca-se, com esse princípio, em suma, a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente, de modo que o desenvolvimento ocorra – sendo inegável a sua importância para a sociedade –, mas de forma sustentável e planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou se tornem inócuos.⁶⁸ Neste sentido, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer anotam que a ideia de sustentabilidade se vincula

“à proteção ecológica, já que manter (e, em alguns casos, recuperar) o equilíbrio ambiental implica o uso racional e harmônico dos recursos naturais, de modo a, por meio de sua degradação, também não os levar ao seu esgotamento.”⁶⁹

Álvaro Luiz Valery Mirra destaca que a ideia primordial do desenvolvimento sustentável é a de incluir a proteção do meio ambiente não como um aspecto isolado, mas como parte integrante do processo global de desenvolvimento dos países. Por conseguinte, a defesa do meio ambiente deve estar situada no mesmo plano de importância de outros valores econômicos e sociais protegidos pela ordem jurídica, tais como

“o exercício das atividades produtivas e do direito de propriedade; o crescimento econômico; a exploração dos recursos naturais; a garantia do pleno emprego; a preservação e a restauração dos ecossistemas e dos processos ecológicos essenciais; a utilização racional dos recursos ambientais; o controle das atividades

67 Op. Cit., p. 58.

68 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 82-83

69 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago, 2021, p. 561.

potencialmente poluidoras e a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético dos países.”⁷⁰

No contexto em que a proteção ambiental ganhou protagonismo, haja vista sua indispensabilidade para a manutenção da vida na terra, deixou de se tolerar que a liberdade de agir relacionada à atividade econômica fosse exercida em detrimento de um padrão de vida mínimo que deve ser assegurado aos seres humanos, embora a livre iniciativa também seja consagrada como valor constitucional.

É inegável que o bem jurídico ambiental deva anteceder todos os demais direitos, pois “*sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer*”⁷¹. Por oportuno, cumpre anotar o valioso posicionamento de Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁷²:

“Como se percebe, o princípio possui grande importância, porquanto numa sociedade desregrada, à deriva de parâmetros de livre concorrência e iniciativa, o caminho inexorável para o caos ambiental é uma certeza.

[...]

Devemos lembrar que a ideia principal é assegurar existência digna, através de uma vida com qualidade. Com isso, o princípio não objetiva impedir o desenvolvimento econômico. Sabemos que a atividade econômica, na maioria das vezes, representa alguma degradação ambiental. Todavia, o que se procura é minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria dizer que nenhuma indústria que venha a deteriorar o meio ambiente poderá ser instalada, e não é essa a concepção apreendida do texto. O correto é que as atividades sejam desenvolvidas lançando-se mão dos instrumentos existentes adequados para a menor degradação possível.”

Mesmo antes da constitucionalização da questão ambiental, a Lei nº 6.938/81, em seu artigo 4º, já destacava entre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMC), a “*compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*” (inciso I) e a

⁷⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. 1996, p. 58.

⁷¹ STJ, REsp 1.120.117/AC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.11.2009. apud SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 381.

⁷² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. Cit., p. 91.

“preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (inciso VI).⁷³

Na mesma vertente, a Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009), em seu art. 3º, *caput*, arrolou, entre os princípios norteadores da PNMC, o princípio do desenvolvimento sustentável. No inciso IV, do mesmo artigo 3º, estabeleceu o que se entende por desenvolvimento sustentável, sendo a

“condição para enfrentar as alterações climáticas e conciliar o atendimento às necessidades comuns e particulares das populações e comunidades que vivem no território nacional”.⁷⁴

O desenvolvimento sustentável consiste, portanto, na adoção de práticas que possibilitem o uso racional dos recursos naturais, de modo a atingir o desenvolvimento social e econômico – logo, a realização humana e cultural – mas sem comprometer as presentes e futuras gerações.

Por fim, ressalta-se o princípio da prevenção, que é um dos mais consideráveis para o direito ambiental e decorre da constatação de que as agressões ao meio ambiente são, em regra, de difícil ou impossível reparação. Prioriza-se a atuação preventiva justamente pela incerteza que envolve a reparação de uma degradação ambiental, ou ainda porque, quando ela é possível, mostra-se excessivamente onerosa.⁷⁵

A prevenção está relacionada a adoção de medidas visando a evitar o potencial lesivo já diagnosticado em relação a determinada técnica, eis que cientificamente conhecido. Uma estratégia de prevenção é por meio de regulação/intervenção do Estado na propriedade privada e na atividade econômica, tal como a exigência de estudo de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente poluidora, e a possibilidade de controle da produção, comercialização e emprego de técnicas que comportem risco ao meio ambiente (artigo 225, § 1º, incisos IV e V, da CRFB/88).⁷⁶

A valorização do Direito Ambiental e a disseminação de seus princípios, foram

73 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago, 2021, p. 562.

74 BRASIL. **Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>. Acesso em 13/06/2023.

75 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. 1996, p. 61.

76 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 09/06/2023.

essenciais para a mudança de perspectiva empresarial. Anteriormente a isso, o empresário, ao visar primordialmente o alcance de cada vez mais lucros, tratava da sustentabilidade e da proteção do meio ambiente em último plano, sob a errônea interpretação de que o pensamento ecológico fosse incompatível com o desenvolvimento econômico em determinados setores do mercado.

Contudo, não há dúvida que a preservação dos recursos naturais e promoção do desenvolvimento econômico sustentável são, inclusive, aliadas à continuidade da atividade empresarial, sendo também colaboradora de uma atividade lucrativa.

O mercado percebeu isso. Tanto é que começou a adotar, espontaneamente, providências para a construção de novo padrão de produção e consumo, a partir da implementação de projetos com propostas de consumo sustentável, a exemplo do desenvolvimento de tecnologia limpa.

É de se observar que a questão ambiental, por si só, não foi suficiente para que as empresas adotassem formas com fins a proteção ambiental. Na realidade, o compromisso com o desenvolvimento sustentável apenas passou a fazer parte do cotidiano das empresas e instituições quando se tornou, também, um negócio vantajoso e lucrativo⁷⁷.

Um exemplo de como isso pode ser constatado é a relevância que vem ganhando o termo ESG no mercado financeiro. ESG é a sigla em inglês para "*Environmental, Social and Governance*" (em português "ambiental, social e governança") e se refere às boas práticas corporativas voltadas para esses três temas, como por exemplo políticas de redução de emissão de carbono, criação de cotas para minorias sociais e fortalecimento da transparência.

No que diz respeito à sustentabilidade, as práticas ESG, além de gerar uma melhor imagem para a empresa frente aos consumidores, que estão valorizando cada vez mais o consumo de produtos e serviços sustentáveis, também oferecem inúmeras outras vantagens comparativas no mercado, possibilitando reduções de custos operacionais, ganhos de produtividade, redução de penalidades de cunho regulatório e legal, oportunidades de acessar novos nichos de mercados e desenvolver produtos, acesso a créditos verdes voltados para o financiamento de projetos sustentáveis que contam com juros mais acessíveis, dentre outras. Tudo isso, sem dúvida, com aptidão para aumentar o lucro da empresa a médio e longo prazo.

⁷⁷ TAVARES, Fred; IRVING, Marta de Azevedo; MOTTA, Luiz Eduardo. A questão ambiental como inspiração para o consumo verde no Brasil. *In* Fundamentos teóricos do Direito Ambiental. Coordenação: MOTA, Maurício. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 88.

Além disso, estudos que buscam verificar a performance de ativos ESG no mercado financeiro evidenciam um desempenho acima da média quando se trata de ESG nos portfólios. Neste sentido, concluem Gunnar Friede, Timo Busch e Alexander Bassen:

“Por meio da análise, do que é de longe o conjunto de dados mais abrangente sobre a pesquisa ESG existente até o momento, descobrimos que o caso de negócios para o investimento ESG é empiricamente bem fundamentado. Investir em ESG compensa financeiramente. Além disso, destacamos que o impacto ESG positivo no CFP é estável ao longo do tempo. Com base nos dados, podemos derivar conclusões para estudos de carteira e não carteira, 3 diferentes classes de ativos, regiões e categorias de E, S e G. Resultados particularmente promissores são obtidos quando diferenciamos entre regiões, estudos de não carteira e ativos outras classes além de ações.” (tradução de Guilherme da Costa Pfitscher)⁷⁸

Ainda sobre a adoção de boas práticas ambientais pelas empresas, os autores José L. B. Fernandes e Heloíza da Câmara Linhares apontam o seguinte:

“A partir de 1990, a medida que empresas passaram a se envolver cada vez mais nos instrumentos voluntários de mercado voltados à sustentabilidade revelou-se a importância dos mesmos como indutores de boas práticas socioambientais corporativas (MAIMON apud VIEIRA; MAIMON, 1993). Um dos principais objetivos das companhias ao adotar tais instrumentos é buscar formas de diferenciação frente aos concorrentes na captação de investidores.”
79

Nesse contexto, as empresas de petróleo e gás, hoje, estão sob crescente pressão por parte de acionistas, investidores, organizações não governamentais, fundações e da sociedade em geral, para reduzir suas emissões de carbono, a partir do investimento na

78 FRIEDE, G.; BUSCH, T.; BASSEN, A. **ESG and financial performance: aggregated evidence from more than 2000 empirical studies**. Journal of Sustainable Finance & Investment, v. 5, n. 4. 2015, p. 03. apud PFITSCHER, Guilherme da Costa. O Impacto nos preços das ações classificadas como “ESG” na bolsa de valores de São Paulo frente ao seu benchmark nos últimos 10 anos. 2021. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/234563>. Acesso em: 03 jun. 2023.

79 FERNANDES, J.L.B.; LINHARES, H.C. **Análise do desempenho financeiro de investimentos ESG nos países emergentes e desenvolvidos**. dez. 2017, p. 02. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3091209. Acesso em: 03/06/2023.

produção das chamadas energias verdes, bem como por meio do implemento de tecnologias de baixo carbono, como veículos elétricos, tecnologias de hidrogênio e captura de armazenamento de carbono.⁸⁰

O relatório do InfluenceMap⁸¹ de 2022, ao analisar cinco das maiores empresas petrolíferas do mundo – Shell, British Petroleum, Total Energies, Chevron e Exxon Mobil –, revelou que elas estão gastando milhões de dólares a cada ano em medidas sustentáveis frente à crise climática, a fim de transmitir o compromisso assumido com a transição energética. Contudo, ao mesmo tempo em que estas empresas tentam manter uma imagem positiva, focando prioritariamente em campanhas de relações públicas, ao evidenciar suas tecnologias de transição, também defendem a expansão dos combustíveis fósseis e se opõem aos regulamentos de emissões definidos nas convenções pelo clima.

É o que relata Elaine Santos, pesquisadora do Instituto de Estudos Avançados (IEA) da USP⁸². A pesquisadora destaca que esse comportamento das empresas do setor se justifica em razão de o petróleo não poder ser totalmente substituído por outras fontes, além de ser altamente lucrativo no contexto atual, o que revela que a possível intenção das empresas de petróleo e oleodutos não seria se tornarem efetivamente empresas de energia, com a ampliação da capacidade energética proveniente de fontes renováveis.

De todo modo, ainda que de forma contraditória, é de se constatar que a transição só ocorrerá com a participação das empresas de petróleo e gás, uma vez que são as que mais investem em projetos renováveis.

Não há como negar, no entanto, que para o bem do planeta e para a lucratividade de longo prazo, as grandes empresas precisam ser proativas, desenvolvendo e utilizando tecnologias com fins a adoção de práticas de desenvolvimento sustentável, as quais devem ser vistas não como a diminuição de lucros para seus empreendimentos, mas a criação de um importante diferencial que poderá alavancar seus negócios e abrir novas oportunidades de obter lucratividade ainda maior.

Como se vê, os deveres de proteção ecológica devem ser conciliados com a

80 SANTOS, Elaine Cristina Silva dos. **A pressão por mudanças na indústria do petróleo e a atuação da Petrobrás na transição energética.** Jornal da USP: 17 abr. 2023. Disponível em: <https://jornal.usp.br/articulistas/elaine-santos/a-pressao-por-mudancas-na-industria-do-petroleo-e-a-atuacao-da-petrobras-na-transicao-energetica/>. Acesso em: 03/06/2023.

81 Disponível em: <<https://influencemap.org/report/Big-Oil-s-Agenda-on-Climate-Change-2022-19585>>. Acesso em: 03/06/2023.

82 SANTOS, Elaine Cristina Silva dos, 2023.

proteção de outros bens fundamentais, tais como a livre-iniciativa, o desenvolvimento econômico, a autonomia e a propriedade privada, sopesando, contudo, a natureza difusa do bem jurídico ambiental, tão essencial à vida humana digna e saudável.

No que se refere ao setor de petróleo e gás, destaca-se o papel da Petrobras na adoção de medidas sustentáveis com vistas ao desenvolvimento de tecnologias de produção de energia limpa. Isso porque, além de a companhia integrar um setor estratégico no país, em concorrência com empresas privadas, sua necessária atuação sustentável é reforçada pela posição que ocupa como estatal, impondo-se a observância dos ditames da função socioambiental, bem como o direcionamento de suas atividades à realização de ações voltadas à preservação de interesses coletivos, tal como o meio ambiente equilibrado.

4.O Papel Socioambiental da Petrobras como Empresa Estatal

Para além dos princípios socioambientais que devem nortear a atividade empresarial de modo geral, imperioso se faz o protagonismo da Petrobras, como empresa estatal, na busca de desenvolvimento de tecnologias e ações efetivas com vistas à transição energética, utilizando-se para tanto de fração da renda petrolífera.

A Petrobras, cuja razão social é Petróleo Brasil S.A., é uma sociedade de economia mista ("SEM"), da qual a União detém a maioria absoluta das ações ordinárias (com direito de voto nas decisões da companhia). Ou seja, a União detém poder de controle da companhia, sendo o presidente da República o responsável pela nomeação de seus principais dirigentes. Por outro lado, a maior parte do capital, correspondente a 81,29% das ações preferenciais (todas sem direito de voto), pertence a investidores privados⁸³.

Cumprе anotar, desde já, que o estatuto da sociedade de economia mista foi estabelecido pela Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), que se aplica a todos os entes da federação e, ressalvado o disposto nesta Lei, a sociedade de economia mista, que é constituída na forma de sociedade anônima, estará sujeita ao regime previsto na Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A).

A definição de sociedade economia mista está contida no artigo 4º da Lei nº 13.303/2016, como

83 PETROBRAS. **Composição Acionária**. Disponível em: <<https://www.investidorpetrobras.com.br/visao-geral/composicao-acionaria/>>. Acesso em 05/06/2023.

“entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta”.

Difere-se de outra espécie de empresa estatal, qual seja, a empresa pública, pois esta conta exclusivamente com capital público, uma vez que seu capital é integralmente titularizado pela União, pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, permitindo-se tão somente a participação em seu capital de outras pessoas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta dos entes federativos, nos termos do artigo 3º da Lei nº 13.303/2016. Ademais, outro ponto de distinção é em relação à forma societária, que no caso da empresa pública, não fica adstrita à sociedade anônima⁸⁴.

Registra-se que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só se justifica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, nos termos do artigo 173 da CRFB/88. Vê-se, portanto, que a Constituição afasta o intuito puramente lucrativo da sociedade de economia mista que se observa nas sociedades anônimas típicas.⁸⁵

Todavia, embora a persecução da finalidade pública seja o objeto precípua de uma sociedade de economia mista, não há como ignorar os anseios lucrativos dos acionistas privados. Se assim fosse, haveria a inviabilização da própria existência deste tipo de sociedade, uma vez que a elevada insegurança jurídica concernente à possibilidade de retorno financeiro, resultaria em um verdadeiro desestímulo aos investimentos privados.

Neste sentido é que a Lei nº 6.404/76 vedou a atuação discricionária do Estado na posição de acionista controlador da sociedade de economia mista, ao submetê-lo, nos termos do artigo 238, aos mesmos deveres e responsabilidades do acionista majoritário de uma sociedade anônima qualquer,⁸⁶ que estão dispostos nos artigos 116 e 117, *in*

84 CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: sociedade anônima**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 232.

85 ARAÚJO, Pedro Mário Tatini de. **A responsabilidade do acionista controlador nas sociedades de economia mista: Petróleo Brasileiro S.A. e a política de contenção de preços**. São Paulo: Insper, 2021, p. 11. Disponível em: <<http://repositorio.insper.edu.br/handle/11224/5262>>. Acesso em: 04/06/2023.

86 A Lei nº 13.303/2016, em seu 4º, § 1º, reforça essa submissão, nos seguintes termos: “A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista

verbis.

“Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), **mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.**”

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. **O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.**”

“Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.”

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral;

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. [...]"

A partir dos referidos dispositivos, é possível perceber que o legislador estabeleceu a obrigação do acionista controlador em direcionar a administração da sociedade de economia mista nos exatos termos delimitados pelo estatuto social, equilibrando o objetivo social lucrativo ao interesse social que justificou a criação da sociedade.

Parte da doutrina, tal como faz Fábio Ulhoa Coelho, salienta que o particular, ao ingressar no quadro associativo sociedade de economia mista, está ciente que eventualmente seja obrigado a suportar ligeira diminuição na rentabilidade de seu investimento, por força do atendimento de interesse maior que o seu. Ulhoa faz a ressalva de que esta diminuição não poderá ser de tal monta que implique a descaracterização do investimento feito como negócio de conteúdo privado.⁸⁷

Desse modo, uma vez ponderado ambos os interesses, público e privado, será possível a satisfação do interesse público que justificou a criação da sociedade através do desenvolvimento de uma atividade lucrativa, com respeito às características empresariais que lhe são inerentes, especialmente os direitos dos acionistas privados, que são essenciais ao negócio.

Constata-se, portanto, que a sociedade de economia mista, diferentemente de outros tipos sociais, é tipicamente marcada pela contraposição de interesses, motivada, em grande medida, pela integração de capitais públicos e privados. Neste sentido, oportuna a lição de Walfrido Jorge Warde Junior:

O lucro não une, entretanto todos os sócios de uma sociedade de economia mista. O lucro não é o objetivo do controlador das empresas estatais. O Estado-empresário, nas empresas públicas, e o Estado-acionista controlador das sociedades de economia mista não alvejam o lucro, mas sim a consecução das políticas e dos interesses públicos que dão fundamento à atuação estatal nos mercados. Nas sociedades de economia mista, um apelo à poupança provada que ajuda a financiar a empresa estatal, pressupõe a possibilidade de compatibilizar interesses públicos e privados, ou seja, a afirmação de políticas públicas e a lucratividade, mas encerra, ao mesmo tempo, uma tensão que o legislador e os doutrinadores não foram capazes

87 COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 222-223.

de solucionar e que, nos últimos tempos de Petrolão e de Lava-Jato, só fez recrudescer.⁸⁸

Não é diferente no caso da Petrobras. O papel da empresa brasileira de hidrocarbonetos envolve dilemas de seu duplo papel enquanto sociedade de economia mista: de um lado, como agente a serviço dos interesses nacionais tais como definidos na lei de sua criação e em seu estatuto social; de outro, como empresa transnacional que compete no mercado internacional de petróleo e gás.⁸⁹

Assim, uma vez que não há como escapar da dicotomia que envolve o interesse público e privado de uma sociedade de economia mista, haja vista que esta possui características tanto de empresa privada quanto de estatal, a ponderação de interesses ocorrerá no caso concreto, em que se analisará qual interesse deve se sobrepor ao outro.

Isto posto, é necessário ressaltar que não é qualquer interesse público que pode, indiscriminadamente, prevalecer sobre o interesse privado em uma sociedade de economia mista. Aliás, não é permitido ao Estado, no poder de gestão dessas sociedades, utilizá-las para objetivos não condizentes com suas finalidades, sob pena de transformar a sociedade de economia mista em mero órgão da administração pública descentralizada⁹⁰.

Como dito, a sociedade de economia mista tem a sua constituição autorizada por lei em razão de uma finalidade pública específica, e não para um interesse público genérico e abstrato. O artigo 37, inciso XIX, da CRFB/88, estabelece a necessidade de legislação específica para autorização da instituição da SEM.

Além disso, o já mencionado artigo 173, da CRFB/88, determina que os imperativos de segurança nacional ou o relevante interesse coletivo justificador da exploração direta de atividade pelo Estado, deverá ser definido em lei. Portanto, o interesse público motivador da constituição da sociedade de economia mista, o qual deve ser observado

88 WARDE JUNIOR. Walfrido Jorge. **Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais.** In: NORONHA, João Otavio de; FRAZÃO, Ana; MESQUISTA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n.º 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 67-105. apud LIMA. Pedro Mário Tatini Araújo de. 2021, p. 11.

89 FUSER. Igor. **A Petrobras na América do Sul: Internacionalização e Conflito.** XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología, Guadalajara. 2007, p. 2. Disponível em: <<https://www.aacademica.org/000-066/872>>. Acesso em: 04/2/023.

90 BOMFIM, Natália Bertolo. **O interesse público nas sociedades de economia mista.** Catálogo USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18102012-141510/pt-br.php>. Acesso em: 06/2/021. p. 28.

em sua gestão, deve ser aquele especificado em sua lei instituidora.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei das Estatais, *in verbis*:

“A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal **que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo** ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal”.⁹¹ (grifamos)

É o interesse público especificado na lei de instituição da estatal que legitima a atividade econômica desenvolvida pelo Estado e que servirá de baliza para a atuação da pessoa jurídica controladora, obstando seu uso para implementação de qualquer política pública, sob pena de desvirtuar a finalidade da sociedade em questão.⁹² Na mesma acepção, confira-se a lição de Vera Helena Franco de Melo⁹³:

“O interesse público do Estado, enquanto Estado, definido em termos amplos, não se identifica com aquele particularizado mediante a lei autorizadora, como finalidade a ser atingida por meio da empresa pública ou da sociedade de economia mista. [...] O Estado, aqui, não pode invocar nenhum outro interesse, que não aquele legitimador da intervenção [...]. Na qualidade de acionista, o seu interesse, enquanto sócio, somente pode ser aquele público, específico, que levou o Estado a se imiscuir no domínio econômico.”

No que tange à função social das sociedades de economia mista, o artigo 27 da Lei 13.303/2016 a descreve justamente como a realização do interesse público específico constante da lei autorizadora. Ou seja, a função social não é ampla e irrestrita, mas sim delimitada pelo interesse público que justificou a criação daquela sociedade. Confira-se o teor do referido dispositivo:

91 BRASIL, CRFB/88, op. cit.

92TONIN, Mayara Gasparoto. **Sociedade de economia mista: interesses públicos e privados**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2018, p. 63. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08102020-212032/pt-br.php>. Acesso em: 6 jun. 2023.

93 FRANCO. Vera Helena de Mello. Grupos econômicos sob o controle estatal: conflito de interesses (a norma do artigo 238 da lei das S.A. Aplicação. Limites). Tese (doutorado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1982, p. 105. apud TONIN, Mayara Gasparoto, 2018.

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão **a função social de realização do interesse coletivo** ou de atendimento a imperativo da segurança nacional **expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.**

§ 1º **A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos** pela empresa pública e **pela sociedade de economia mista,** bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - **desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços** da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e **a sociedade de economia mista deverão,** nos termos da lei, **adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.**

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Portanto, a função social da sociedade de economia mista está condicionada ao

atendimento da finalidade específica que justificou sua criação e, em última análise, caracteriza-se pelo cumprimento do objeto social da companhia, conforme disposto em seu estatuto social.

Isto posto, adentrando na especificidade que mais interessa ao presente trabalho, passa-se agora a análise do interesse social, definido em lei, que motivou a criação da Petróleo Brasil S.A., bem como o objeto social previsto em seu estatuto.

A criação da Petrobras se deu, inicialmente, por meio da Lei nº 2.004/1953, que foi posteriormente revogada pela Lei nº 9.478/1997. Vejamos, então, o interesse público conforme estabelecido nas referidas legislações.

A Lei nº 2.004/1953 instituiu o monopólio da União sobre a pesquisa, a lavra, o refino e o transporte de petróleo de origem nacional, o qual seria exercido por meio do extinto Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização, bem como através de uma sociedade por ações, a Petróleo Brasileiro S.A., constituída na forma da mesma lei, como órgão de execução.

O objeto social da Petrobras, à época, foi definido no artigo 6º da Lei nº 2.004/1953, que assim dispunha:

Art. 6º A Petróleo Brasileiro S. A. terá por objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte do petróleo proveniente de poço ou de xisto - de seus derivados bem como de quaisquer atividades correlatas ou afins.

Parágrafo único. A pesquisa e a lavra, realizadas pela Sociedade, obedecerão a plano por ela organizados e aprovados pelo Conselho Nacional do Petróleo, sem as formalidades, exigências de limitações de área, e outras julgadas dispensáveis, em face da decreto-lei nº 3.236, de 7 de maio de 1941, autorizando-as o Conselho em nome da União.

Anos depois, foi editada a Lei nº 9.478/9794 (também conhecida como “Lei do Petróleo”), que revogou a Lei nº 2.004/1953, e embora manteve o monopólio da União para a pesquisa e lavra; a refinação; a importação e exportação; e o transporte de petróleo e gás natural; permitiu que outras empresas pudessem exercer essas atividades,

94 BRASIL. **Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em 10/06/2023.

mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção⁹⁵.

Além disso, a Lei nº 9.478/97 implementou uma política energética nacional; instituiu a Agência Nacional do Petróleo (ANP) como o órgão regulador das atividades que integram as indústrias de petróleo, gás natural e de biocombustíveis⁹⁶ no Brasil; e também passou a dispor sobre a Petrobras.

No que tange ao objeto da Petrobras, a Lei nº 9.478/97, em seu artigo 61, o definiu de maneira muito semelhante à lei revogada, nos seguintes termos:

Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

Percebe-se que ambas as legislações não trataram de forma expressa sobre o interesse público que justificou a criação da Petrobras, mas tão somente dispuseram sobre o objeto social da companhia.

Veja-se, ainda, o estatuto social da companhia⁹⁷, aprovado na Assembleia Geral Extraordinária de 30 de novembro de 2020, que em seu artigo 3º, assim definiu o objeto social da Petrobrás:

⁹⁵ A possibilidade de contratação sob o regime de partilha adveio com a edição da Lei nº 12.351/2010.

⁹⁶ A redação que ampliou a atribuição da ANP à indústria dos biocombustíveis, foi dada pela Lei nº 11.097/2005.

⁹⁷ **Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás.** Disponível em: <<https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/31da34d0-/1/343-0014-c905-40108ec2c11e?origin=2>>. Acesso em: 07/06/2023.

Art. 3º- A Companhia tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, **além das atividades vinculadas à energia, podendo promover a pesquisa, o desenvolvimento, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de todas as formas de energia,** bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins. [...]

A previsão estatutária, portanto, estabelece como atividade da Petrobras o desenvolvimento, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização **de todas as formas de energia**, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins. Não há dúvida, assim, que investimentos voltados ao avanço da transição energética no país integra o objeto da companhia.

Neste sentido, destaca-se que a Petróleo Brasil S.A. conta com uma subsidiária, a Petrobras Biocombustível S.A. (PBio), constituída em 2008, tendo como finalidade a produção, logística, comercialização, pesquisa e desenvolvimento de biocombustíveis, bem como de quaisquer outros produtos, subprodutos e atividades correlatas ou afins, a logística e comercialização de matéria-prima e a geração de energia elétrica associada às suas operações de produção de biocombustíveis, conforme dispõe o artigo 4º, do Estatuto Social da PBio98.

Além disso, nos termos do § 4º do mesmo dispositivo, esta companhia também pode atuar na produção, logística, comercialização e pesquisa e desenvolvimento de negócios e empreendimentos cujos processos produtivos e soluções tecnológicas abrangem atividades de baixas emissões de carbono, eficiência energética, e tecnologias sustentáveis, podendo também explorar todas essas atividades através da participação em outras sociedades.

Em 2020, esta subsidiária chegou a ser incluída no plano de desinvestimentos da Petrobras, quando a companhia decidiu sair do mercado de produção de biodiesel e etanol. Um dos principais argumentos foi a atuação deficitária da PBio ou apresentação de lucros modestos para o padrão Petrobras. De acordo com o Portal Estadão99, isso aconteceu por quatro anos entre 2017 e 2020, quando houve lucro de R\$ 154,5 milhões.

98 **Estatuto Social da Petrobras Biocombustível S.A.** Disponível em: <<https://petrobras.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A19357670EA64E9017160AB9CB32FC4>>. Acesso em 07/06/2023.

99 **Petrobras vai cancelar privatização da PBio e voltará a apostar em biocombustíveis.** Estadão. 19 jan. 2023. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/economia/petrobras-cancela-privatiza-cao-biocombustiveis/>>. Acesso em: 07/06/2023.

Em 2021, houve prejuízo líquido de R\$ 241,8 milhões. Já em 2022, até setembro, o déficit foi de R\$ 117 milhões.

Porém, segundo matéria publicada no *Valor Econômico*¹⁰⁰, o novo Presidente da companhia, Jean Paul Prates, e o Ministério de Minas e Energia, estão revendo o programa de venda de ativos da estatal, em alinhamento com a posição da nova gestão, que promete ampliar os investimentos em renováveis e biocombustíveis com fins à efetivação da estratégia da Petrobras de reduzir as emissões de carbono.

Na mesma publicação mencionada acima, o *Estadão* expôs posições de especialistas sobre a possibilidade de continuidade das atividades da PBio, nos seguintes termos:

“Segundo Adriano Pires, da consultoria Centro Brasileiro de Infraestrutura (CBIE), o plano de venda da PBio fazia sentido no auge da crise da Petrobras. Sua reversão agora, com eventual aumento de investimentos, não deve ser encarada como problema. O motivo é que a Petrobras está saudável do ponto de vista econômico-financeiro, analisa.

‘Mas deve prevalecer a taxa de retorno econômica e não a política, que marcou o início da PBio’, adverte Pires

[...]

Adriano Pires, do CBIE, diz que a volta do investimento da Petrobras em biocombustíveis, sobretudo biodiesel, é válida. Mas com uma condição: que seja feita com “parcimônia”.

“O ‘core business’ (negócio principal) da Petrobras é e deve continuar sendo exploração e produção (de óleo e gás), em que ainda haverá muita demanda (por investimentos) do pré-sal e da entrada em toda a Margem Equatorial”.

100 **Petrobras recua da venda de subsidiária de biocombustível.** Valor Econômico. 7 mar. 2023. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2023/03/07/petrobras-recua-da-venda-de-subsidiaria-de-biocombustivel.ghtml>>. Acesso em 08/06/2023.

O especialista ressalta, também, a necessidade de perseguir a rentabilidade econômica. Isso, diz, foi negligenciado na origem da subsidiária. Para Pires, as usinas custaram caro. E interesses políticos teriam pesado na escolha de sua localização, o que não pode se repetir.”

“Miguel Ivan Lacerda, ex-diretor de Biocombustíveis do Ministério de Minas e Energia (MME) e pesquisador da Embrapa, afirma que a PBio pode ser perfeitamente rentável. Destaca, porém, que a subsidiária nunca terá margens comparáveis às da exploração e produção de petróleo. Os motivos são a natureza do negócio e a competição no setor.

‘Existem cerca de 270 usinas de biocombustíveis no país, quase 40 só de biodiesel, enquanto a operação da produção de petróleo ainda é quase monopolista’, compara.

Lacerda diz que os prejuízos da PBio aconteceram em linha com todo o setor. Foram causados por fatores externos, como dinâmica de preços, e recuo no mandato (proporção na gasolina) do biodiesel. Ele deveria avançar para 15% mas voltou a 10%. Nesse caso, o objetivo foi frear o preço final dos combustíveis.

Individualmente, também pesa o fato de as três usinas ficarem em estados (Minas, Bahia e Ceará) sem benefício tributário para a atividade. O problema envolve sobretudo ICMS reduzido, como acontece em Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul.”

“Rodrigo Leão, do Inep, afirma que a PBio deve ser encarada para além do desempenho financeiro. A empresa é um vetor de descarbonização da Petrobras. Também é indutora da economia agrícola no entorno de suas unidades, explica.

Além disso, ele defende maior integração da subsidiária de biocombustível com outros negócios renováveis. É o caso do hidrogênio verde, cuja produção exige fonte de energia limpa, destaca.

Leão reforça que as principais economias do mundo têm mantido políticas agressivas de fomento a combustíveis de origem vegetal. É o que fazem Estados Unidos, China e Índia. Já o Brasil, pioneiro na tecnologia, recuou nos últimos anos. O movimento foi deliberado, aponta.

‘A importância dos biocombustíveis para a transição energética está colocada no mundo e, também, para as grandes empresas privadas do setor com atuação no Brasil, que têm investido cada vez mais em etanol’, diz, ao citar Shell e BP.”

De fato, na linha dos apontamentos expostos acima, os investimentos realizados pela Petrobras em energias renováveis – independentemente de serem realizados por meio da subsidiária PBio ou não – precisam considerar a rentabilidade econômica, tendo em vista o que foi desenvolvido ao longo deste capítulo em relação à necessidade de se observar o interesse social da companhia, mas também o objetivo lucrativo.

Neste ponto, não há dúvida que a diversificação do portfólio da Petrobras, por meio do desenvolvimento de tecnologias de produção de energia limpa, em conjunto com uma estratégia que busque conter o aumento da exploração do petróleo, é crucial para a própria continuidade da empresa e de sua capacidade lucrativa a longo prazo.

Muito embora o Plano Estratégico da Petrobras para o período 2023 a 2027¹⁰¹ tenha expressado os compromissos assumidos pela companhia com vistas à reduzir sua pegada de carbono, destinando um CAPEX (despesa de capitais) de US\$ 4,4 bilhões, é possível perceber que os investimentos em descarbonização e na produção em energia limpa ainda são relativamente baixos se comparados com aqueles destinados para o segmento de exploração e produção, que representam cerca de 83% dos projetos que a

101 PETROBRAS. **Plano Estratégico 2023-2027**. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/58e08d23-0a80-c619-035f-e4745f71cea6?origin=1>. Acesso em 07/06/2023.

companhia pretende realizar.¹⁰²

Dos projetos de transição energética com foco na descarbonização, US\$ 3,7 bilhões são destinados às iniciativas de descarbonização das operações, US\$ 600 milhões para a continuidade do Programa BioRefino (diesel renovável e bioquerosene) e apenas US\$ 100 milhões para pesquisa e desenvolvimento de novas competências (a Petrobras destaca como áreas prioritárias a serem estudadas os segmentos de eólicas offshore e hidrogênio).

Nathalia Pereira Dias¹⁰³, pesquisadora em Exploração e Produção de Petróleo e Energias Renováveis no Instituto de Estudos Estratégicos de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (Inep), destaca que a Petrobras está na contramão de grandes petroleiras estrangeiras, as quais estão avançando cada vez mais na corrida da transição energética. A postura da Petrobras estaria refletindo uma perda de oportunidade da companhia, que poderia aproveitar a melhora de sua conjuntura financeira para efetuar novos investimentos, principalmente na produção de energia limpa.

Acontece que a Petrobras continua direcionando sua atuação na transição energética em projetos de baixa emissão de carbono, em vez de novas tecnologias de geração de energia verde. A pesquisadora apontou ainda que:

“O total de investimentos em produção de energia limpa, cerca de US\$ 600 milhões, representa menos de 1% dos investimentos projetados totais da Petrobras. Se forem incluídos os investimentos em redução de emissão de carbono, esse valor sobe para pouco mais de 5%. Um percentual ainda muito aquém das *majors* europeias que já têm dedicado mais de 10% dos seus investimentos para o segmento de transição energética.”

A nova gestão da Petrobras promete o redirecionamento estratégico da companhia, com a divulgação ao final de 2023 de novo plano quinquenal para o período 2024-2028. Ademais, em abril deste ano, foi criada uma nova área na estatal, a diretoria de Transição Energética e Energias Renováveis.

É possível perceber que o atual governo, incluindo ministros e diretores da Petrobras, reconhecem a importância do desenvolvimento de tecnologias de produção

102 Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/a-necessaria-revisao-do-plano-estrategico-da-petrobras/>>. Acesso em: 07/06/2023.

103 Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/a-movimentacao-da-petrobras-contraria-a-transicao-energetica/>>. Acesso em 07/06/2023.

de energia limpa no âmbito da estatal.

Marina Silva, ministra do Meio Ambiente, defende que o país tem capacidade para ser "*exportador de sustentabilidade*", e embora o Brasil tenha perdido a oportunidade de transformar o etanol brasileiro em *commodity*, tem a possibilidade de explorar energias de terceira geração, como o hidrogênio verde. A ministra defende, ainda, que a Petrobras deve deixar de ser apenas uma empresa de exploração de petróleo e "*se tornar uma empresa de produção de energia*".¹⁰⁴

Maurício Tolmasquim, gerente executivo de Estratégia e Planejamento da Petrobras, destaca a importância de desenvolvimento de novas atividades:

"Sem dúvida o petróleo ainda vai gerar renda durante algum tempo para a Petrobras, mas isso não significa que a empresa deva olhar só para isso. É necessário diversificar o portfólio, as atividades, porque é inelutável que a longo prazo a demanda de petróleo no mundo caia e a Petrobras tem que estar preparada para essa nova realidade."¹⁰⁵

Jean Paul Prates, Presidente da Petrobras, defende a transformação da Petrobras "*em uma empresa integrada de energia, alavancada pelas atividades petrolíferas, que serão substituídas pelos negócios que despontam no horizonte da energia limpa*"¹⁰⁶.

Desse modo, ainda que não tenha se concretizado a revisão estratégica pretendida pela nova gestão, a mudança de mentalidade no interior da companhia pode ser considerado um grande avanço. Espera-se, agora, que os recursos gerados pela produção de petróleo possam ser utilizados no desenvolvimento de novas fontes energéticas, com o fomento da expansão de outras cadeias produtivas, exatamente como prevê o objeto social da companhia.

Não é demais ressaltar que a Petrobras, além de observar os ditames da sua função socioambiental, como qualquer empresa – conforme detalhado no segundo capítulo deste trabalho –, deve direcionar sua atuação, sempre que possível, como instrumento de

104 Disponível em: <<https://epbr.com.br/fundo-clima-tera-r-3-bilhoes-em-2023-e-maior-parte-vai-para-energia-diz-marina/>>. Acesso em: 07/06/2023.

105 Disponível em: <<https://epbr.com.br/petrobras-vai-revisar-plano-estrategico-ao-final-do-ano-diz-tolmasquim/>>. Acesso em 07/06/2023.

106 PRATES, Jean Paul. **Petrobrás tem compromisso com a transição energética**. Portal Folha de São Paulo. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2023/03/petrobras-tem-compromisso-com-a-transicao-energetica.shtml>>. Acesso em 01/06/2023.

realização de atividades que envolvam os interesses coletivos, diante da sua posição de estatal que tem ampla importância no setor público, e que possui papel fundamental no desenvolvimento econômico e social do país.

Desse modo, salutar que suas atividades sejam voltadas também ao desenvolvimento de técnicas que possibilitarão a preservação de bem jurídico essencial à sociedade, qual seja, o meio ambiente equilibrado.

Além disso, fato é que a Petrobras opera em um setor estratégico no país, em concorrência com empresas do setor privado, as quais não estão deixando para trás os necessários investimentos em transição energética. Ainda que assim não fosse, cumpre anotar que a própria criação das sociedades de economia mista se fundamenta no intuito de atrair novos investidores para um mercado inexplorado e que contém necessidades coletivas de relevância pública¹⁰⁷, sendo que a sociedade, uma vez que tem poder suficiente de mercado, opera como verdadeiro órgão planejador e direcionador do desenvolvimento setorial¹⁰⁸.

Salienta-se que a estatal possui inúmeras vantagens relacionadas às potencialidades do mercado nacional, aptas a possibilitarem, por exemplo, o avanço da produção de hidrogênio verde. Portanto, a estatal precisa se posicionar de forma estratégica e efetiva no mercado de renováveis para que a companhia faça parte do futuro da energia no país.¹⁰⁹

Por fim, é preciso lembrar que a partir de 2016, o Brasil passou a conviver com a crescente volatilidade dos preços internos de derivados do petróleo, em razão da adoção da paridade do preço dos combustíveis ao valor internacional, da ausência de investimentos no parque de refino nacional e do consequente aumento da dependência de importações para abastecimento do mercado interno.¹¹⁰

Em cenários como esse, percebemos a importância de que a atuação da petrolífera

107 PONTES, Evandro Fernandes. **Os interesses jurídicos nas sociedades de economia mista**. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 435. apud BOMFIM, Natália Bertolo. 2011, p. 33.

108 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 115, nota de texto nº 24.

109 Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/a-movimentacao-da-petrobras-contraria-a-transicao-energetica/>>. Acesso em: 07/06/2023.

110 **A necessidade de rever o futuro da indústria de óleo e gás e da Petrobras**. Folha de S. Paulo. 5 dez. 2022. Disponível em: <<https://ineep.org.br/a-necessidade-de-rever-o-futuro-da-industria-de-oleo-e-gas-e-da-petrobras/>>. Acesso em 07/06/2023.

se dê como uma espécie de conglomerado de energia, integrando os seus negócios de óleo e gás com a indústria de renováveis, para que tais setores até mesmo sirvam de apoio um para o outro.

Embora a Petrobras tenha anunciado recentemente a mudança na precificação do diesel e da gasolina, a partir de política alinhada com a diretriz de formação de preços no mercado interno, é preciso levar em consideração que se trata de estratégia de governo, a qual pode ser mudada a cada nova gestão. Ou seja, a volatilidade de preços do petróleo é fator que pode voltar a ser um problema dependendo do governo em exercício, de modo que ainda é válido estruturar medidas aptas a lidarem com tal cenário.

À vista disso, para que a Petrobras se mantenha no mercado, em uma perspectiva a longo prazo, e de modo a observar inteiramente o interesse social que lhe é inerente, precisa incorporar em sua estratégia de sustentabilidade ambiental não apenas a descarbonização, mas a produção de energia utilizando fontes renováveis. Caso contrário, mantendo o foco de sua estratégia na produção de energia de fontes fósseis, e permanecendo dependente das importações de derivados, poderá vir a perder a soberania energética, além de contribuir continuamente para a maior poluição do planeta.¹¹¹

5. Conclusão

As preocupações ambientais ganharam destaque a partir das Conferências Internacionais capitaneadas pela ONU, o que refletiu em grande medida na estruturação do Direito Ambiental Brasileiro. Atualmente, a preservação do meio ambiente sadio, por sua natureza transindividual, tornou-se um imperativo nos âmbitos internacional e nacional.

Inevitavelmente, as discussões envolvendo medidas necessárias de sustentabilidade atingiram o setor energético, que ainda é altamente dependente de combustíveis fósseis, cuja queima é um dos principais responsáveis pela emissão de gases de efeito estufa, em especial o CO₂, que opera na poluição da atmosfera. Não por outro motivo, há grande mobilização entre os países em prol da neutralização das emissões líquidas de carbono até 2050, o que estimula os debates sobre a urgência da transição energética.

Ainda que o uso de fontes renováveis venha aumentando consideravelmente, fontes

111 **A necessidade de rever o futuro da indústria de óleo e gás e da Petrobras.** Folha de S. Paulo. 5 dez. 2022. Disponível em: <<https://ineep.org.br/a-necessidade-de-rever-o-futuro-da-industria-de-oleo-e-gas-e-da-petrobras/>>. Acesso em 07/062023.

poluentes e não-renováveis ainda são as mais utilizadas no contexto mundial. Constatase que os investimentos realizados em fontes renováveis não foram implementados de maneira suficiente para suprir a elevada demanda por energia, razão pela qual o mundo ainda segue altamente dependente da energia fóssil.

Mesmo o Brasil, que ocupa lugar de destaque na utilização de biocombustíveis, precisa majorar seus investimentos em inovação com fim à substituição das fontes energéticas, para que consiga alcançar a meta de neutralidade de emissões de GEE. Ademais, já é possível perceber o caminho ao abandono de veículos a combustão – mesmo aqueles alimentados com fontes menos poluentes, amplamente propagados no Brasil – em razão da tendência global de eletrificação de veículos.

Portanto, não haverá saída para o país senão se adequar ao cenário mundial. Como demonstrado, mesmo diante desse cenário de eletrificação, ainda há alternativas estratégicas para o Brasil se destacar no mercado internacional, com vistas também na exportação, tal como a possibilidade de produção de hidrogênio verde, apto a alimentar células de combustível.

Em razão da natureza difusa que recai sobre o bem ambiental, é que o ordenamento jurídico impõe que o setor privado e a sociedade civil, cooperem com os Estados, coordenando esforços em prol da preservação ambiental e do controle dos efeitos mais drásticos das mudanças climáticas. Neste cenário, o interesse social é considerado na regulação dos bens jurídicos ambientais, o que implica na quebra do paradigma liberal-individualista da atividade empresária, que não mais pode ser exercida de forma indiscriminada e alheia ao fato de que os recursos ambientais são limitados, uma vez que prevalece o interesse de toda a coletividade em detrimento do interesse particular do poluidor

Com base, principalmente, no princípio da função socioambiental, atrelado ao primado do desenvolvimento sustentável, tem se constatado que muitas empresas, atentas à necessidade de enquadramento ao novo paradigma ecologicamente responsável, e aos possíveis reflexos – inclusive econômicos – da adoção de uma postura ambiental proativa, estão investindo em tecnologias menos poluentes e realizando novos estudos com o objetivo de minimizar os impactos ambientais.

O setor de petróleo e gás – um dos mais poluentes – não escapa dessa realidade. Hoje, as empresas de hidrocarbonetos estão sob crescente pressão para reduzir suas emissões de carbono, a partir do investimento na produção das chamadas energias verdes. Para a própria lucratividade dessas empresas, em uma visão a longa prazo, serão necessárias atuações proativas, com o desenvolvimento e utilização de tecnologias com o objetivo de adotar práticas de desenvolvimento sustentável, as quais possibilitarão a criação de um importante diferencial que poderá alavancar seus negócios e abrir novas

oportunidades, vez que a tendência é que a demanda por petróleo sofra uma queda ao longo do tempo, com a considerável substituição de atividades petrolíferas por negócios baseados em energia limpa.

Não é diferente no caso da Petrobras. A estatal, na posição de sociedade de economia mista, além de observar a função socioambiental relacionada à toda e qualquer empresa, precisa observar o interesse público motivador de sua constituição, a qual, como se viu, está relacionado com a produção e comercialização das mais diversas fontes de energia.

E mais: a empresa estatal, sempre que possível, deve direcionar sua atuação com vistas à realização de atividades que envolvam os interesses coletivos, motivo pelo qual se defende que a Petrobras desenvolva atividades voltadas ao desenvolvimento de técnicas que possibilitarão a preservação de bem jurídico essencial à sociedade, qual seja, o meio ambiente equilibrado.

Por fim, destacou-se que a Petrobras opera em um setor estratégico e, também por isso, é importante que a companhia se posicione de forma planejada e efetiva no mercado de renováveis, possibilitando sua presença no futuro energético do país.

Assim, sustenta-se a ideia de que a diversificação do portfólio da Petrobras, por meio do desenvolvimento de tecnologias de produção de energia limpa, é crucial para a própria continuidade da empresa e de sua capacidade lucrativa a longo prazo.

6. Referências Bibliográficas

A movimentação da Petrobras contrária à transição energética. Portal Le Monde Diplomatique. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/a-movimentacao-da-petrobras-contraria-a-transicao-energetica/>>. Acesso em 07/06/2023.

A necessária revisão do plano estratégico da Petrobras. Portal Le Monde Diplomatique. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/a-necessaria-revisao-do-plano-estrategico-da-petrobras/>>. Acesso em: 07/06/2023.

A necessidade de rever o futuro da indústria de óleo e gás e da Petrobras. Folha de S. Paulo. 5 dez. 2022. Disponível em: <<https://ineep.org.br/a-necessidade-de-rever-o-futuro-da-industria-de-oleo-e-gas-e-da-petrobras/>>. Acesso em 07/06/2023.

Agência epbr. **A corrida pelo lítio: o mineral da transição energética.** Disponível em: <<https://epbr.com.br/a-corrada-pelo-litio-o-mineral-da-transicao-energetica-antessala-epbr/>>. Acesso em: 29/05/2023.

Agência epbr. **União Europeia mantém combustão e decide banir carros que emitem CO2 até 2035.** Disponível em: <<https://epbr.com.br/uniao-europeia-mantem-combustao-e-decide-banir-carros-que-emitem-co2-ate-2035/>>. Acesso em: 30/05/2023.

ARAÚJO, Pedro Mário Tatini de. **A responsabilidade do acionista controlador nas sociedades de economia mista: Petróleo Brasileiro S.A. e a política de contenção de preços.** São Paulo: Insper, 2021, p. 11. Disponível em: <<http://repositorio.insper.edu.br/handle/11224/5262>>. Acesso em: 04/06/2023.

As Nações Unidas no Brasil. **A ONU e o meio ambiente.** 16 set. 2020. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>>. Acesso em: 28/05/2023.

Big Oil's Real Agenda on Climate Change 2022. Disponível em: <<https://influencemap.org/report/Big-Oil-s-Agenda-on-Climate-Change-2022-19585>>. Acesso em: 03/06/2023.

BOMFIM, Natália Bertolo. **O interesse público nas sociedades de economia mista.** Catálogo USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18102012-141510/pt-br.php>. Acesso em: 06/2/2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 09/06/2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.075, de 19 de maio de 2022.** Disponível em <<https://in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-11.075-de-19-de-maio-de-2022-401425370>>. Acesso em 09/06/2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.075, de 19 de Maio de 2022.** Estabelece os procedimentos para a elaboração dos Planos Setoriais de Mitigação das Mudanças Climáticas, institui o Sistema Nacional de Redução de Emissões de Gases de Efeito Estufa e altera o Decreto nº 11.003, de 21 de março de 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/decreto/d11075.htm>. Acesso em: 14/05/2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.073, de 05 de junho de 2017.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm>. Acesso em 10/06/2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.578, de 22 de novembro de 2018.** Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009, e a Política Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/decreto/d9578.htm>. Acesso em: 14/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005.** Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.847, de 26 de outubro de 1999 e 10.636, de 30 de dezembro de 2002; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11097.htm>. Acesso em: 14/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 12.114, de 09 de dezembro de 2009.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12114.htm>. Acesso em 08/06/2023.

BRASIL. **Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009.** Cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, altera os arts. 6º e 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12114.htm>. Acesso em: 15/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.** Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>. Acesso em: 14/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em 10/06/2023.

BRASIL. **Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017.** Dispõe sobre a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio) e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13576.htm>. Acesso em: 14/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 10/06/2023.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em 10/06/2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia - Empresa de Pesquisa Energética. **Plano Decenal de Expansão de Energia 2031**. Brasília: MME/EPE, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/spe/publicacoes/plano-decenal-de-expansao-de-energia/pde-2031/documento-final>>. Acesso em: 14/05/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de novembro de 1995. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 31/05/2023.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: sociedade anônima**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 232.

CHERON KÖNIG, Claudia; GILIO, Leandro; S. JANK., Marcos. **Os riscos da transição energética global e as oportunidades para o Brasil**. Insper, 19 abr. 2022. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/noticias/os-riscos-da-transicao-energetica-global-e-as-oportunidades-para-o-brasil/?gclid=CjwKCAjwIhBhADEiwAXEazJpembH6XZAZf2Q1zghwO4JQD4x-z4VrCmN7a5knIPBOfGNpckKtQUxoCaAIQAvD BwE # ftn1>>. Acesso em: 13/05/2023.

CLIMATE SCIENCE 2030. Disponível em: <<https://climatescience2030.com/pt-pt/>>. Acesso em: 13/05/2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DELGADO, Fernanda; FILQUEIRAS, Raquel. **A crise do setor de óleo e gás e os desafios da transição energética brasileira**. Revista Conjuntura Econômica, v. 76 n. 04 (2022):

Horizonte Incerto, Seção Energia. Disponível em:
<https://ibre.fgv.br/sites/ibre.fgv.br/files/arquivos/u65/04ce2022_fernanda_delgado.pdf>. Acesso em 13/05/2023.

Estatuto Social da Petrobras Biocombustível S.A. Disponível em:
<<https://petrobras.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A193EA64E9017160AB9CB32FC4>>. Acesso em 07/06/2023.

Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Disponível em:
<<https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/31da34d0-/1/343-0014-c905-40108ec2c11e?origin=2>>. Acesso em: 07/06/2023.

FERNANDES, J.L.B.; LINHARES, H.C. **Análise do desempenho financeiro de investimentos ESG nos países emergentes e desenvolvidos.** dez. 2017, p. 02. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3091209>. Acesso em: 03/06/2023.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANCO. Vera Helena de Mello. **Grupos econômicos sob o controle estatal: conflito de interesses (a norma do artigo 238 da lei das S.A. Aplicação. Limites.** Tese (doutorado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1982, p. 105. apud TONIN, Mayara Gasparoto, 2018.

FRIEDE, G.; BUSCH, T.; BASSEN, A. **ESG and financial performance: aggregated evidence from more than 2000 empirical studies.** Journal of Sustainable Finance & Investment, v. 5, n. 4. 2015, p. 03. apud PFITSCHER, Guilherme da Costa. O Impacto nos preços das ações classificadas como “ESG” na bolsa de valores de São Paulo frente ao seu benchmark nos últimos 10 anos. 2021. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/234563>>. Acesso em: 03/06/2023.

Fundo Clima terá R\$ 3 bilhões em 2023 e maior parte vai para energia, diz Marina. Disponível em: <<https://epbr.com.br/fundo-clima-tera-r-3-bilhoes-em-2023-e-maior-parte-vai-para-energia-diz-marina/>>. Acesso em: 07/06/2023.

FUSER. Igor. **A Petrobras na América do Sul: Internacionalização e Conflito.** XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de

Sociología, Guadalajara. 2007, p. 02. Disponível em: <<https://www.academica.org/000-066/872>>. Acesso em: 04/02/2023.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

IEA. **Net-zero by 2050**. 2021; EPE. Balanço energético nacional (BEN). 2021; IEA. *Global energy review*. 2021, apud DELGADO, Fernanda; FILQUEIRAS, Raquel, 2022.

IEA. **World energy outlook**. 2021. apud DELGADO, Fernanda; FILQUEIRAS, Raquel, 2022.

KÖNIG, Claudia Cheron; GILIO, Leandro; S. JANK., Marcos. **Os riscos da transição energética global e as oportunidades para o Brasil**. Insper, 19 abr. 2022. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/os-riscos-da-transicao-energetica-global-e-as-oportunidades-para-o-brasil/?gclid=CjwKCAjw_ihBhADEiwAXEazJpembH6XZAZf2Q1zghwO4JQD4x-z4VrCmN7a5knlPBOmfGNpckKtQUxoCaAIQAvD_BwE#_ftn1>. Acesso em: 13/05/2023.

MACHADO, Nayara. **Híbridos flex a etanol ampliam vantagem no mercado brasileiro de elétricos**. Disponível em: <<https://epbr.com.br/hibridos-flex-a-etanol-ampliam-vantagem-no-mercado-brasileiro-de-eletricos/>>. Acesso em: 31/05/2023.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 136. apud ALVES, Elizete Lanzoni. Elementos de responsividade ambiental estatal no enfrentamento dos danos ambientais. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, [S.l.], v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 20. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3697>>. Acesso em: 24/05/2023.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A Evolução do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Editora: Oliveira Mendes, 2002, p. 67)

MARUM, Jorge Alberto Oliveira de. **Meio ambiente e direitos humanos**. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n.28, 2002, p. 132.

MILANEZ, Artur Yabe; SOUZA, José Antônio Pereira de; MANCUSO, Rafael Vizeu. **Panoramas setoriais 2030: sucoenergético**. In: *Panoramas setoriais 2030: desafios e oportunidades para o Brasil*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2017. p. [107]-121. Disponível em: <<http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/14245>>. Acesso em: 30/05/2023.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina: jurisprudência. glossário.** 5. ed. rev., ampl. e atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 809.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios Fundamentais do Direito Ambiental.** In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo, 1996.

Petrobras recua da venda de subsidiária de biocombustível. Valor Econômico. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2023/03/07/petrobras-recua-da-venda-de-subsidiaria-de-biocombustivel.ghtml>>. Acesso em 08/06/2023.

Petrobras vai cancelar privatização da PBio e voltará a apostar em biocombustíveis. Estadão. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/economia/petrobras-cancela-privatizacao-biocombustiveis/>>. Acesso em: 07/06/2023.

Petrobras vai revisar plano estratégico ao final do ano, diz Tolmasquim. Disponível em: <<https://epbr.com.br/petrobras-vai-revisar-plano-estrategico-ao-final-do-ano-diz-tolmasquim/>>. Acesso em 07/06/2023.

PETROBRAS. **Composição Acionária.** Disponível em: <<https://www.investidorpetrobras.com.br/visao-geral/composicao-acionaria/>>. Acesso em 05/06/2023.

PETROBRAS. **Plano Estratégico 2023-2027.** Disponível em: <<https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/58e08d23-0a80-c619-035f-e4745f71cea6?origin=1>>. Acesso em 07/06/2023.

PONTES, Evandro Fernandes. **Os interesses jurídicos nas sociedades de economia mista.** In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 435.

PRATES, Jean Paul. **Petrobrás tem compromisso com a transição energética.** Portal Folha de São Paulo. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2023/03/petrobras-tem-compro-misso-com-a-transicao-energetica.shtml>>. Acesso em 01/06/2023.

RAMOS, Erasmo Marcos. **Direito ambiental comparado (Brasil-Alemanha-EUA): uma análise exemplificada dos instrumentos ambientais brasileiros à luz do direito comparado**. Maringá: Midiograf II, 2009.

RFA. RENEWABLE FUELS ASSOCIATION. **Annual ethanol production. U.S. and world ethanol production**. Disponível em: <<https://ethanolrfa.org/markets-and-statistics/annual-ethanol-production>>. Acesso em: 30/05/2023.

SANTOS, Elaine Cristina Silva dos. **A pressão por mudanças na indústria do petróleo e a atuação da Petrobrás na transição energética**. Jornal da USP: 17 abr. 2023. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/articulistas/elaine-santos/a-pressao-por-mudancas-na-industria-do-petroleo-e-a-atuacao-da-petrobras-na-transicao-energetica/>>. Acesso em: 03/06/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SEITENFUS, Renato. **A responsabilidade socioambiental das empresas em um cenário de desenvolvimento sustentável**. Revista de Direito Social, n.27, 2007, p. 98. apud. OLIVEIRA, Francionne Maria Sampaio. A função social e a função ambiental como fundamentos da atividade empresarial. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2996, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STF, **ADI 4.903/DF**, Rel Min. Luiz Fux, Plenário, julgado em 28/02/2018, disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504464>>. Acesso em 08/06/2023.

STF, **DI 3.540/MC**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94859/false>>. Acesso em: 31/05/2023.

STJ, **REsp 1.120.117/AC**, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.11.2009. apud SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TAVARES, Fred; IRVING, Marta de Azevedo; MOTTA, Luiz Eduardo. **A questão ambiental como inspiração para o consumo verde no Brasil.** *In* Fundamentos teóricos do Direito Ambiental. Coordenação: MOTA, Maurício. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

TEIXEIRA, Cassio Adriano Nunes; MENDES, André Pompeo do Amaral; COSTA, Ricardo Cunha da; KOBELITZ, Arthur Cesar Vasconcelos; LAGE, Elisa Salomão. **Neutralidade de carbono: reflexões sobre estratégias e oportunidades para o Brasil.** R. BNDES, Rio de Janeiro, v. 28 n. 56, pp. 267-314, dez. 2021. Disponível em: <<http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/22026>>. Acesso em: 30/05/2023.

TONIN, Mayara Gasparoto. **Sociedade de economia mista: interesses públicos e privados.** Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2018, p. 63. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08102020-212032/pt-br.php>>. Acesso em: 06/06/2023.

Valor econômico. **Etanol é a base de testes para converter hidrogênio em combustível veicular.** 30 nov.2022. Disponível em: <<https://valor.globo.com/google/amp/publicacoes/suplementos/noticia/2022/11/30/etanol-e-base-de-testes-para-converter-hidrogenio-em-combustivel-veicular.ghtml>>. Acesso em: 31/05/2023.

WARDE JUNIOR. Walfrido Jorge. **Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais.** In: NORONHA, João Otavio de; FRAZÃO, Ana; MESQUISTA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n.º 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 67-105. apud LIMA. Pedro Mário Tatini Araújo de. 2021.

A CIÊNCIA POLÍTICA E O FENÔMENO DA EXTREMA DIREITA

MARCOS ANTONIO DUARTE SILVA:

Doutorando em Ciência Criminal, Mestre em Filosofia do Direito e do Estado (PUC/SP), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Mackenzie/SP), Bacharel em teologia e direito, professor de Direito e pesquisador da CNPq¹¹².

Resumo: De tempos em tempos a política tem proporcionado mudanças tão radicais que fica até difícil de acreditar, uma vez que, muitas destas toadas revelam uma nostalgia, ou seja, uma volta ao passado sombrio e temeroso da imprudência destes extremos ideológicos, assim sendo, parece que a história favorece um ciclo com estas radicalidades, mormente ocorrendo, sem exceção em vários países, transformando qualquer prognóstico do que pode acontecer em algo muito fluído, transformando a atmosfera mundial novamente em pavorosa, pois o retorno ao passado de certos ícones, nem sempre fica concentrado somente no país que escolheu trilhar esta senda, por se estar num sistema global, direta e indiretamente, todos os demais países são afetados, desta forma não atoa todos se preocupam com a decisão de alguns poucos, que acreditam que mudanças desta magnitudes podem e serão bem vindas, a história parece dizer o contrário, senão vejamos vale lembrar e muito tudo que já ocorreu, em matéria de mundo.

Palavras Chaves: Direita. Extrema. Ideologia. Fenômeno. Política.

Summary: From time to time, politics has brought about such radical changes that it is difficult to believe, since many of these songs reveal nostalgia, that is, a return to the dark and fearful past of the recklessness of these ideological extremes, therefore, it seems that history favors a cycle with these radicalities, especially occurring, without exception in several countries, transforming any prognosis of what could happen into something very fluid, transforming the world atmosphere once again into a terrifying one, as the return to the past of certain icons, nor is always concentrated only in the country that chose to follow this path, as it is in a global system, directly and indirectly, all other countries are affected, so it is no wonder that everyone is worried about the decision of a few, who believe that changes of this magnitude They can and will be welcome, history seems to say otherwise, otherwise let's see it is worth remembering everything that has already happened, in terms of the world.

Keywords: Right. Extreme. Ideology. Phenomenon. Policy.

112 E-mail: prof.marcosaduarte@gmail.com

Sumário: 1. Introdução; 2. O que é um partido de extrema direita; 3. A história da extrema direita; 4. O extremo e os perigos que podem ocasionar; Considerações Finais.

1.Introdução

No domingo, 09 de junho de 2024, o mundo acompanhou atônito um comunicado do então Presidente francês Emmanuel Macron, convocando (de forma antecipada) eleições para o final do mês de junho/2024, devido uma fragorosa derrota nas eleições europeias para o partido de extrema direita de Marine Le Pen.

Evidentemente, há um contexto francês e mundial e sem dúvida alguma, há também a história universal, recente e passada para demonstrar o que vem a ser esta ideologia.

E claro, sem apego a outra ideologia, principalmente extrema, a palavra em si já causa muita estranheza, mas com o fim de pesquisar as intercorrências desta ideologia se prossegue.

Para além disso, a internet, em seus mais variados sites explorou e está explorando este tema de forma muito equivocada, uma vez desconsiderar o sistema de governo francês, só para tecer uma primeira consideração.

E continuando, deve se também entender em qual eleição a extrema direita teve sucesso, e após estas considerações aí sim, com um pouco de visão geral, compreender os meandros da postura do Presidente francês.

Por fim, na Europa extrema direita fatalmente leva a algumas considerações temerárias, como por exemplo, líderes como Hitler, Mussolini e Franco, todos considerados da extrema direita, devido as características do que vem ser esta ideologia e seus líderes.

Frente a este aspecto deveras importante, o restante dos demais países que não estão na Europa ou, não passaram pela incidência dantesca destes líderes, não sabem de forma alguma o que é estar sob este regime, de fato e de verdade.

Sem adentrar no ambiente político, no que tange a atitude do Presidente francês, apenas tomando este ato como pano de fundo, há várias perguntas necessárias a serem postuladas.

O que é um partido de extrema direita? Quais as propostas que tal partido tem como base? O que a extrema direita apregoa no mundo?

2.O que é um partido de extrema direita

Na esteira do tema cumpre afirmar peremptoriamente a total ausência de ideologia a favor ou contra tal partido, apenas como pesquisador e estudioso do tema, se dará o cunho necessário para compreensão e entendimento do tema.

Uma vez escrito isto, se pode navegar sobre o que se pode extrair de um partido de extrema direita, há textos para corroborar este conceito pouco estudado;

A extrema-direita é um **fenômeno político** complexo com raízes históricas no entre guerras, caracterizada por elementos como **nacionalismo extremo, autoritarismo e xenofobia**, e destacando-se durante a ascensão do fascismo na Europa. Sua ideologia enfatiza a preservação da tradição, identidade nacional e ordem social hierárquica, muitas vezes expressando desconfiança em relação às instituições democráticas.

(<https://mundoeducacao.uol.com.br/politica/extrema-direita.htm>)
(Destaque nosso)

Pinçando para melhor compreensão, destaca-se, nacionalismo extremo, autoritarismo e xenofobia.

O que vem a ser cada um?

O nacionalismo é uma ideologia e um movimento sociopolítico que promove a identificação e **lealdade a uma nação específica**, muitas vezes acima de outros interesses individuais ou grupais. A nação é entendida como uma comunidade política imaginada que se distingue por uma história compartilhada, cultura, língua e, frequentemente, um território. **O nacionalismo sustenta que as fronteiras políticas devem corresponder às fronteiras culturais, ou seja, cada nação deve ter seu próprio Estado soberano.**

(<https://www.historiadomundo.com.br/idadecontemporanea/nacionalismo.htm>) (Destques nosso)

Na égide deste conceito se amplia fixando a palavra extrema, para dimensionar o que vem a ser extrema direita, uma vez se tratar de uma ideologia tratada de extrema direita.

Ainda nesta espreita, o que vem a ser autoritarismo?

O autoritarismo é um sistema de liderança pelo qual o líder tem poder absoluto e autoritário e implementa seus objetivos e regras **sem buscar a orientação e conselhos dos seus seguidores**. Esse sistema de liderança é caracterizado por um poder central e pela repressão das liberdades individuais dos cidadãos. Um autoritário acredita que a liberdade é secundária à ordem social e que a ordem deve emanar de uma pessoa.

(<https://www.significados.com.br/autoritarismo/>) (Destaques nosso)

A palavra é quase que autoexplicativa, mas por amor e zelo a cátedra se faz mister a demonstração acadêmica sem viés ideológico do que vem a ser uma das características da extrema direita.

Em continuação a explicitação do termo extrema direita surge a expressão xenofobia.

O termo xenofobia provém do conceito grego composto por xenos (“estrangeiro”) e phóbos (“medo”). A xenofobia faz, deste modo, referência ao ódio, receio, hostilidade e rejeição em relação aos estrangeiros. A palavra também é frequentemente utilizada em sentido lato como a fobia em relação a grupos étnicos diferentes ou face a pessoas cuja caracterização social, cultural e política se desconhece.

(<https://journals.openedition.org/laboreal/7924>)

As três características fundamentais aqui expostas apontam para o conceito maior do que vem a ser extrema direita e amplia a discussão uma vez que coloca no centro da questão a ideia central.

No bastião em comento, advém da estreita noção de como foi surgindo estas ideias que chegaram até os dias atuais.

O cenário surgente, conforme descrito foi o período das guerras, aí se referindo a primeira e segunda guerra mundial que de fato causou muita dor e desolação humana, até para se ter uma base, o número de mortos é assustador e ao mesmo tempo demonstrou o quanto faltavam mecanismos para coibir tal acontecimento.

É de bom tom citar que as duas guerras ocorreram no coração da Europa, o que deflagrou num número assustador países envolvidos e população variada, inclusive

estendendo-se a segunda guerra a trazer participantes de outros continentes fora da Europa.

A Segunda Guerra Mundial **foi o maior conflito armado já travado em toda a história da humanidade**. Seu tempo de duração foi de seis anos, indo de setembro de 1939 a setembro de 1945. O número de **mortos** da Segunda Guerra varia **entre 50 e 70 milhões**. Muitos autores consideram-na uma extensão da Primeira Guerra Mundial (1914-1945), haja vista que, assim como na guerra iniciada em 1914, foi a Alemanha que deu início ao conflito, em 1939. Os motivos que ocasionaram a Segunda Guerra são múltiplos e variados, mas alguns deles se destacam e nos ajudam a compreender esse evento tão catastrófico. (<https://brasilecola.uol.com.br/guerras/a-segunda-guerra-mundial.htm>).

Neste contexto entre das duas guerras mundiais, se arvora a gênese da extrema direita e se vê seu fanatismo exacerbado, levando multidões a aceitarem e apoiando de forma até histórica tais conceitos.

Na esperança de ampliar e expor o cerne desta ideia do que seja a extrema direita, segue;

Recebe a classificação de extrema direita toda manifestação humana que possua **orientação considerada exageradamente conservadora, elitista, exclusivista** e que alimente ainda noções preconceituosas contra indivíduos e culturas diferentes das de seu próprio grupo. Assim, é considerado de extrema direita o indivíduo, grupo ou filosofia que **se localize mais à direita do pensamento de direita comum** a todas as sociedades do planeta. Muitas vezes o termo é utilizado para sugerir um indivíduo ou grupo com ideias extremistas, preconceituosas ou **ultraconservadoras**. (<https://www.infoescola.com/sociologia/extrema-direita/>)

O texto oferecido traz a ideia de "orientação considerada exageradamente conservadora, elitista e exclusivista", o que sanciona e proporciona um entendimento caudaloso, levando a desaguar em um termo para além de problemático, o ultraconservadorismo.

3.A história da extrema direita

É muito importante trazer o verniz que se pode conhecer de quando historicamente surgiu, e qual a motivação para tal.

Nesta ótica se observa a origem apontada;

[...] é preciso voltar à sala da Assembleia Constituinte, em agosto de 1789, quando se votava o poder que deveria ter Luís 16. A história que se conta é que o debate desencadeado na assembleia, composta tanto por adeptos da Coroa como por revolucionários interessados em derrubá-la, foi tão acalorado e apaixonado que os adversários acabaram estrategicamente localizados na sala segundo as suas afinidades. Nas **cadeiras localizadas à direita** do presidente do grupo, **sentaram os integrantes da ala mais conservadora**. Eles eram os leais à Coroa, que queriam conter a revolução e defendiam que o rei conservasse o poder e o direito ao veto absoluto sobre todas as leis. (<https://www.bbc.com/portuguese/geral-55979311>) (Destaques nosso)

Na desenvoltura primária da história a localização das cadeiras a direita indicava uma tendência, que se mostrava através da “ala mais conservadora”, contudo, à medida que o tempo passou esta tendência foi destilada a outras questões mais delicadas.

Há todo um cenário envolto para o nascedouro desta vertente de extrema direita e, como a história se repete, a volta desta ideologia sempre encontra terreno fértil para isso.

Desta forma, se encontra o contexto de um momento marcado pela ascensão desta ideia;

O pós-guerra ficou marcado por uma **intensa crise económica e social**. No final da década de 20, o mundo era uma vez mais atingido por uma recessão. As duas **conjunturas de crise económica foram fatores importantes para compreender** o triunfo de Mussolini em Itália e de Hitler na Alemanha. No entanto, não foram o único fator. O impacto da recessão na Grã-Bretanha ou nos EUA foi devastador, mas o movimento fascista não chegou ao poder. Nos países onde as soluções autoritárias triunfaram os problemas sociais e económicos tiveram de se aliar a outros motivos, nomeadamente ao descrédito dos regimes demoliberais.

(<https://ensina.rtp.pt/explicador/a-criese-das-democracias-e-o-surgimento-dos-fascismos/>) (Destaques nosso)

Um olhar atento ao passado demonstra que o terreno fértil para o nascimento desta doutrina política foi o entre guerras e sua nefasta consequência.

Havia uma intensa crise “econômica e social”, por óbvio uma guerra mina os recursos necessário de um país e uma grande guerra vai ao limite destes recursos, pondo a mostra as entranhas de qualquer país.

O pós guerra cobrou um preço alto e, como a Alemanha estava envolta na primeira guerra, o peso das consequências foram piores para este país.

Na esteira deste contexto se pode compreender o que a história aponta como ponto de partida para todos os acontecimentos surgidos;

A população alemã, desalentada e desesperada por alternativas, passou a apoiar o partido de Hitler e todo seu discurso, que **atacava o liberalismo, os judeus, os vencedores da Primeira Guerra**, etc. O nazismo possuía um discurso nacionalista extremado que defendia a formação de um “espaço vital”, um território de “direito” dos alemães para a formação do Terceiro Reich. O nazismo, além do nacionalismo exacerbado, tinha em sua ideologia o antissemitismo, a exaltação da guerra, o antimarxismo (encarnado, principalmente, no antibolchevismo), a xenofobia e a exaltação do líder como salvador do povo. Uma característica marcante do nazismo era a crença de que os alemães, chamados de arianos, eram um povo “superior”. (<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/nazismo.htm>) (Destaques nosso)

O cenário era propício como a história mostra para o surgimento de uma voz descontente, que cativasse através de um discurso dizendo o que o povo queria ouvir e, apresentasse qualquer alternativa a crise vivida, mesmo que o apresentado fosse estapafúrdio.

E assim se construiu a base da extrema direita que passou a existir na Alemanha, produzindo o maior hecatombe mundial, em termos de vidas ceifadas, famílias inteiras mortas, destruição dos valores mínimos de civilidade, de existência por respeito humano entre muitas outras coisas.

É evidente que a atmosfera pós guerra e derrota da Alemanha contribuiu e muito para tal cenário, contudo é de vital importância lembrar que havia pessoas sedentas pelo

discurso promovido de responsabilização de alguns pelo desastre da primeira guerra mundial.

Os elementos postos havia a necessidade alguém que se levantasse para reproduzir todo este arsenal de ideias e divulgasse através de múltiplos apoios.

Assim surgiu o líder da extrema direita, Adolf Hitler.

Por fim, vale destacar as afirmações do **historiador Lionel Richard** que dizem que o nazismo **“em nada se distinguia das múltiplas seitas e associações de direita que proliferavam na Alemanha”**. Além disso, esse pesquisador destaca que o **apoio de capitalistas alemães** ao nazismo rendeu-lhe muitos simpatizantes entre pessoas da direita alemã. Outra questão que gera muita confusão é a respeito da posição do nazismo diante de questões relacionadas à economia, sobretudo em relação à **posição antiliberal desse partido**. De fato, o nazismo era antiliberal tanto nas questões das liberdades individuais quanto na economia, uma vez que, **para Hitler, o capitalismo liberal estava nas mãos dos judeus** – grupo que Hitler identificava como o causador de todos os males. **Ian Kershaw destaca que, na visão de Hitler, o capitalismo financeiro judeu (capitalismo liberal) era um mal, enquanto que o capitalismo industrial era considerado algo saudável**. Outro ponto importante a destacar-se é que **o nazismo, em nenhum momento, pregou a destruição do capitalismo** (apenas da parte que enxergava estar nas mãos dos judeus). Essa postura reforça o posicionamento dos historiadores e cientistas políticos de que o nazismo era de direita.

(<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/nazismo.htm>)
(Destaques nosso).

Há um importante elemento na narrativa acima apresentada, a questão do financiamento e apoio, tanto daqueles que detinham recursos financeiros como simpatizantes destas ideias propagadas.

Muitas vezes se pode prescindir desta faceta, contudo ela é de suma importância, para compreender que havia sim, apoio interno as ideias alardeadas e que estas foram incentivadas e deliberadamente acatadas (algumas até sugeridas) para que tal acontecimento pudesse e muito crescer e se tornar a força.

Também se faz necessário afirmar, que havia no centro das ideias uma taxativa constatação no discurso apontando os culpados os judeus e os comunistas (marxistas).

Esta bandeira tem chegado no que tange o medo do comunismo até os dias atuais, independente do que a história conta.

4.O extremo e os perigos que podem ocasionar

A palavra extremo carrega em si algo de muito perigoso, pois não demonstra o que se poderia desejar de uma posição partidária, o chamado equilíbrio.

É notório perceber que nesta linha de pensamento o que vale é ressaltar o que se faz necessário de forma extrema, sem respeito a muitos valores que já deveriam estar cimentados na sociedade.

Para se levar a efeito esta questão cumpre observar;

[...] vale mencionar que, enquanto estavam no poder, os nazistas implantaram um verdadeiro **sistema de doutrinação** em seu país, convencendo a população de que os judeus e os bolchevistas (**comunistas da União Soviética**) eram os grandes inimigos da Alemanha e que, por isso, deveriam ser aniquilados. Em relação a isso, o historiador Max Hastings [...]

(<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/nazismo.htm>)

O sistema de propagação desta e de outras doutrinas extremas sempre foi o sistema de doutrinação, pois através da repetição, se isenta de montar uma história sobre acontecimentos passados de forma favorável, tem sido o condão de todas estas correntes de pensamento político.

E como a história é cíclica a repetição destes acontecimentos de tempos em tempos voltam e tomam novamente a dianteira como novo lenitivo da humanidade.

Constando que o cenário de desacerto na economia, tem sido o principal vetor nesta caminhada.

Na Alemanha, a extrema direita cresceu nos últimos anos e ganhou representação no parlamento nacional (Bundestag) e em todos os estaduais através do partido AfD (Aliança para a Alemanha). O AfD foi criado em 2013 tendo como pauta principal a agenda econômica neoliberal e antieuro. Candidatou-se no mesmo ano às eleições parlamentares nacionais, mas não alcançou a porcentagem

mínima de 5% de votos exigida para entrar no parlamento. Pouco a pouco a extrema direita foi ganhando predominância no interior do partido e escanteando as lideranças originais. Nas eleições parlamentares de 2017, o AfD teve 12,6% dos votos e entrou no Bundestag. Em 2021, baixou a 10,3% dos votos, mas garantiu sua permanência na atual legislatura. (<https://fpabramo.org.br/cooperacao-internacional/alemanha-como-explicar-o-crescimento-do-afd/>)

No ano de 2024, sim ressurgiu na Alemanha a extrema direita vicejante e candidata a resolver as questões mais assoladoras.

Por mais incrível que possa parecer, por mais incompreensível que possa soar, a história de forma cíclica traz à baila toda esta gama de nacionalismo, xenofobia, protecionismo da economia e trabalho local.

Com a repetição deste cenário, se vê, sem nenhuma dúvida o ressurgimento deste pensamento humano encrustado de forma enraizada a ponto de a cada novo momento emergir e se sobressair como solução;

O crescimento da extrema direita teve um ponto de inflexão meses depois da entrada de cerca de **um milhão de refugiados no país**, em 2015/2016, sob o governo de Angela Merkel (CDU) em coalizão com o SPD. Segundo o órgão do governo responsável por migração e refugiados, em 2015 cerca de 890.000 pessoas deram entrada no pedido de asilo na Alemanha. Majoritariamente da Síria e do Afeganistão (Sic), os refugiados foram recebidos com muita solidariedade tanto da sociedade como do governo. Ficou famosa a fala de Merkel ante o desafio de abrigá-los: "Wir schaffen das", que pode ser traduzida livremente como "nós damos conta". Milhares de pessoas em todo o país trabalharam voluntariamente no apoio aos refugiados. No entanto, gradualmente foram **surgindo e se multiplicando, entre a população, as dúvidas e os medos quanto à capacidade da sociedade absorver e integrar este número de pessoas**, começaram as críticas à chanceler dentro de seu próprio partido, as **ideias xenófobas, nacionalistas e racistas** foram ocupando lugar nesse terreno que se tornou arenoso e receptivo. Acontecimentos envolvendo refugiados, como o assédio sexual em massa no réveillon de 2015/2016, em Colônia,

contribuíram para aumentar a relutância da população e a repercussão do **discurso anti-imigração na sociedade**. Simultaneamente, a maioria dos países europeus foi restringindo cada vez mais a entrada de refugiados, o que fez crescer a pressão dentro da Alemanha para endurecer sua política, tanto no âmbito do debate político como da retórica xenófoba difundida por setores de extrema direita. (<https://fpabramo.org.br/cooperacao-internacional/alemanha-como-explicar-o-crescimento-do-afd/>)

O cenário se mostrou propício para o crescimento desta vigente ideia, xenofóbica, anti-imigração, e nesta esteira de elementos preconceituosos cabe muitas coisas horripilantes.

E não é só a Alemanha que está vivenciando este apelo a extrema direita, outros países da Europa estão percebendo este crescimento grande e forte nesta linha de pensamento.

As eleições europeias na França confirmaram uma tendência que, há alguns anos, já estava aparente: o crescimento do apoio à Frente Nacional. Essa evolução não é especificamente francesa: por quase todo o continente europeu vemos o espetacular levante da extrema-direita. O fenômeno não encontra precedentes desde os anos 1930. [...] **A atual extrema-direita europeia é muito diversa**, uma variedade que vai de partidos abertamente neonazistas, como o Aurora Dourada na Grécia, a forças burguesas perfeitamente bem integradas ao jogo político institucional, como o suíço UDC. O que eles têm em comum é o seu nacionalismo chauvinista - e, portanto, oposição à globalização "cosmopolita" e a qualquer forma de unidade europeia -, **xenofobia, racismo, ódio a imigrantes e ciganos (o povo mais antigo do continente), islamofobia e anticomunismo**. Além disso, em sua maioria, se não em sua totalidade, são favoráveis a medidas autoritárias contra a "insegurança" (usualmente associada a imigrantes) por meio do aumento da repressão policial, penas de prisão e pela reintrodução da pena de morte. A orientação reacionária nacionalista, na maioria das vezes, é "complementada" com uma retórica "social", em apoio às pessoas simples e à classe trabalhadora (branca) nacional. (<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/MFzdwxKBBcNqHyKkckfW6Qn/>)

Se observa um acréscimo, se pode dizer moderno as ideias da extrema direita atual na Europa, encartando, por exemplo o "islamofobia", entre outras variações do xenofobismo.

Muitas das vezes, num olhar ao momento atual, parece que a humanidade se congelou de forma coletiva por décadas e nada mudou de quase um século atrás até o atual.

As ideias que já foram testadas e causaram tanto estrago humano voltam sem memória passada, sem enfrentar a realidade de sua existência e em todas as idades é aceita como uma panaceia ao sonho humano.

A Europa um continente que oferece tanta variedade de cultura, de história, de até intelectualismo, mergulha num pensamento que vai para além do compreensível.

Na França, Alemanha, Holanda, Polônia, Hungria, Espanha entre outros esta tendência tem se mostrado real e possível, daí o Presidente francês tentar dar a oportunidade do povo repensar.

E por extensão se há uma confluência tão marcante neste continente é de se esperar se alcançado outros continentes com esta ideia e se fomentar com um esforço maciço que isto ocorra.

Diferente do cenário da Alemanha nazista, hoje o conjunto de países que apoiam e estão disposto a se abrigar sobre este pensamento tem sido muito grande, ou seja, a adesão é maior.

5.Considerações Finais

O cenário mundial conspira e exaspera esta corrente de um ressurgimento embrionário da extrema direita, trazendo em sua vértice a cisma de todo um conjunto de propostas.

Mesmo num mundo globalizado estar frente a este cenário traz consigo uma ideia de que a humanidade parece trazer em sua gênese uma tendência de ser governada por instituições autoritária, o que é até incrível.

Há também a aceitação de um racismo revestido de um preconceito, que tenta se justificar pela disputa de mercado de trabalho, de um senso anti-imigração, e de um nacionalismo extremo.

É inevitável a comparação com o nazismo, fascismo e todos os extremos de regimes já vividos pela humanidade e que está bem descrito em livros de história, filmes e documentários.

Também é certo que há os que se auto justificam afirmando que esta literatura ou, cinema, documentários são tendenciosos e que precisam de uma visão revisionista.

Porém, contra a enormidade de vidas e destruição de famílias inteiras e monumentos, obras de artes entre tantas outras coisas que foram destruídas, aniquiladas, não há revisionismo que resista.

O que se precária tentar compreender é o porquê desta tendência da humanidade voltar a se arvorar nestes pensamentos extremos.

6. Referências Bibliográficas

<https://www.bbc.com/portuguese/geral-55979311>

<https://brasilecola.uol.com.br/guerras/a-segunda-guerra-mundial.htm>

<https://ensina.rtp.pt/explicador/a-crise-das-democracias-e-o-surgimento-dos-fascismos/>

<https://fpabramo.org.br/cooperacao-internacional/alemanha-como-explicar-o-crescimento-do-afd/>

www.historiadomundo.com.br/idadecontemporanea/nacionalismo.htm

<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/nazismo.htm>

<https://www.infoescola.com/sociologia/extrema-direita/>

<https://journals.openedition.org/laboreal/7924>

<https://mundoeducacao.uol.com.br/politica/extrema-direita.htm>

<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/MFzdwxKBBcNqHyKkckfW6Qn/>

<https://www.significados.com.br/autoritarismo/>

OS FATORES DE INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

GEOVANNA PINHEIRO DA SILVA:

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná – CEULJI/ULBRA. Especialista em Direito Constitucional pelo Gran Centro Universitário. Ex-Assistente Ministerial do Ministério Público do Estado de Rondônia.¹¹³

RESUMO: O direito penal simbólico é a representação de uma norma penal que não cumpre sua função social e está posta somente para atender o clamor da sociedade que busca, sem sucesso, por segurança. Assim, objeto deste trabalho é o estudo sobre os fatores que influenciam o direito penal simbólico, dentre eles, o aumento da criminalidade, a falta de políticas públicas no combate e a prevenção ao crime, o poder de influência da mídia, o oportunismo político e a pressão popular. Tudo isso resulta na criação de leis penais incriminadoras e no recrudescimento das penas, mas sem efetividade social, uma vez que se aumenta o encarceramento e não há a redução da criminalidade. A solução para o problema da violência no Brasil está aliada a políticas públicas eficazes, redução da desigualdade e um direito penal de prevenção e não somente de punição.

Palavras-chave: Direito Penal. Simbólico. Criminalidade. Fatores de influência.

ABSTRACT: Symbolic criminal law is the representation of a criminal norm that does not fulfill its social function and is only created to respond to the cry of society that seeks, unsuccessfully, for security. Thus, the object of this work is the study of the factors that influence symbolic criminal law, among them, the increase in crime, the lack of public policies to combat and prevent crime, the power of influence of the media, political opportunism and popular pressure. All of this results in the creation of incriminating criminal laws and an increase in penalties, but without social effectiveness, since incarceration increases and there is no reduction in crime. The solution to the problem of violence in Brazil is combined with effective public policies, reduction of inequality and a criminal law of prevention and not just punishment.

Keywords: Criminal Law. Symbolic. Crime. Influencing factors.

1. INTRODUÇÃO

113 E-mail: geovannapinheiro18@hotmail.com

O direito penal simbólico surge, dentre outros motivos, devido ao aumento da criminalidade, da ausência de políticas públicas, da pressão popular e do oportunismo político. É uma manifestação da sociedade que clama por mais segurança, porém desencadeia o aumento das penas ou criação de novos tipos penais no intento de trazer mais tranquilidade social, mas isso se mostra ineficiente ante o aumento da violência e da criminalidade

O objetivo desse trabalho será abordar a temática do direito penal simbólico e os fatores que influenciam para o seu surgimento. Ressalta-se ser de suma importância tal análise, pois o Brasil possui uma extensa legislação penal, que se situa ao lado do crescimento da criminalidade, sendo estas opostas entre si, uma vez que a legislação penal visa reduzir violações aos bens jurídicos protegidos.

Destarte, pretende desenvolver um estudo, ao qual busca analisar, sob a ótica legal e jurídico política, sobre a relevância do direito penal simbólico e as suas implicações na sociedade, sendo que merece especial atenção em razão do aumento de legislação álibi e da violência.

2. DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Cleber Masson apresenta pertinentes esclarecimentos acerca da função simbólica do direito penal, vejamos:

A função simbólica é inerente a todas as leis, não dizendo respeito somente às de cunho penal. Não produz efeitos externos, mas somente na mente dos governantes e dos cidadãos. Em relação aos primeiros, acarreta a sensação de terem feito algo para a proteção da paz pública. No tocante aos últimos, proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. Manifesta-se, comumente, no direito penal do terror, que se verifica com a inflação legislativa (Direito Penal de emergência), criando-se exageradamente figuras penas para os casos pontuais (hipertrofia do Direito Penal). A função simbólica deve ser afastada, pois, em curto prazo, cumpre funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao Direito Penal. Além disso, em longo prazo resulta na perda de credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais. Como pontuado por Ney Moura Teles: "querer

combater a criminalidade com o Direito Penal é querer eliminar a infecção com analgésico". (MASSON, 2022, p. 9)¹¹⁴

Destarte, o direito penal simbólico no anseio de criminalizar condutas para promover uma sensação de segurança para a população, na verdade cria normas e penas desproporcionais, sem uma política criminal efetiva. Sobre isso,

O simbolismo do direito penal aparece com a edição das normas jurídicas penais exigidas pela sociedade do risco quando um crime a choca. As suas classes sociais altas se assustam quando o crime sai da esfera abstrata das suas classes sociais baixas, exigindo uma resposta estatal. O Estado responde agravando as penas dos crimes existentes e, conseqüentemente, ferindo o princípio da proporcionalidade penal. Na prática, a ineficácia do aumento dessas penas para inibir a criminalidade e para sanar a carência das medidas sociais redutoras da criminalidade é evidente. (GALDI, 2014, p. 39-50)¹¹⁵

Com efeito, o direito penal simbólico é o resultado da manifestação social que surge devido uma série de fatores, dentre eles podemos citar: (i) aumento da criminalidade; (ii) falta de políticas públicas no combate e a prevenção ao crime; (iii) oportunismo político; (iv) influência da mídia e a (v) pressão popular, o que resulta na criação demasiada de leis penais que somente dão uma falsa e fugaz sensação de segurança.

É de fácil percepção o aumento da criminalidade e a sensação de insegurança no país, isso porque o número de infrações penais tem aumentado consideravelmente ao longo dos anos conforme se extrai das informações prestadas por jornais, internet, etc, levando a população a se proteger por meio de cercas elétricas, muros altos, sistema de câmeras de vigilância, além das empresas de segurança que prestam monitoramento em casas e estabelecimentos comerciais.

A deficiência de formulação de políticas públicas é outro fator que provoca a criação de um direito penal simbólico, uma vez que o pouco investimento em

114 MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral, (arts. 1º a 120), v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2022, p. 9.

115 GALDI, Juliana Quintino Vieira. A Sociedade do Risco e o Direito Penal Simbólico. Revista Direito Mackenzie, v. 8, n. 2, 2014 p. 39-50. Disponível em <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/7451/5459/34554>. Acesso em 29/07/2024.

atendimentos básicos de saúde, educação e segurança provocam uma deficiência e vai de encontro com uma das vertentes do direito penal, qual seja, a prevenção de crimes para diminuir a violência.

É de suma importância a atividade legislativa e, conforme explica FUZIGER (2015, p. 90)¹¹⁶, "Legislar não é um exercício heurístico, um jogo de tentativa e erro. Há que se ter em conta que cada lei criada contribui para o cenário de hiperinflação legislativa e para insegurança jurídica (...)." Acontece que, no Brasil, o oportunismo político desvirtua a finalidade da atuação legislativa, isso porque tais representantes do Estado em vez de agirem em prol dos interesses da sociedade, se aproveitam da situação para promoção pessoal e para se manterem no poder, o que gera discursos falaciosos que atendem as emoções, mas que não beneficiarão a sociedade na realidade. No tocante,

A politização do Direito Penal por meio da utilização política da noção de segurança resulta de um empobrecimento ou simplificação do discurso político-criminal, que passa a ser orientado tão somente por campanhas eleitorais que oscilam ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e populistas, em detrimento de programas efetivamente emancipatórios. (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 22)¹¹⁷

Sempre que a sociedade clama por segurança pública, máxime nos tempos atuais de uma sociedade de risco, surge o legislador com sua pretensão de dar uma rápida resposta aos anseios sociais, e, com isso, muitas vezes criminaliza condutas sem qualquer fundamento criminológico e de política criminal, criando a ilusão de que resolverá o problema por meio da utilização da tutela penal. Com efeito, se a criação da lei penal não afeta a realidade, o Direito Penal acaba cumprindo apenas uma função simbólica. Daí a expressão Direito Penal simbólico. (SALIM e AZEVEDO, 2017, p. 36)¹¹⁸

¹¹⁶ FUZIGER, R. Direito penal simbólico. Curitiba: Ed. Juruá, 2015, p. 90.

¹¹⁷ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Sistema penal e política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22.

¹¹⁸ SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André De. Direito penal - parte geral. 7 ed. Salvador: JusPODVIM, 2017, 36.

Segundo Roxin (2006, p. 47)¹¹⁹, os agentes políticos “Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas”.

Prosseguindo, os meios de comunicação possuem um grande poder de influência na opinião da massa da população. É inegável que a mídia, dissociada de interesses privados, possui um papel de máxima importância numa sociedade democrática, o problema é quando está dissociado da realidade e do interesse social, sendo utilizada para induzir a massa a tomar conhecimento de informações desvirtuadas da verdade. Transcreve-se por derradeiro o seguinte:

Prejudicial tanto para o preso como para a sociedade é o sensacionalismo que marca a atividade de certos meios de comunicação de massa (jornais, revistas, rádio, televisão, etc). Noticiários e entrevistas que visam não a simples informação, mas que tem caráter espetaculoso, não só não atentam para a condição da dignidade humana do preso como também podem dificultar a sua ressocialização após o cumprimento da pena. (MIRABETE, 2000, p. 132)¹²⁰

Assim, frisa-se que parte da mídia ainda apresenta discurso que inflama o terro social como forma de atrair a atenção popular e isso causa insegurança que, por sua vez, instiga a população a pressionar os legisladores para criminalizarem novas condutas e aumentarem as penas como forma de se alcançar a paz social, note-se:

O discurso midiático é atemorizador, porque ele não só apresenta como espetaculariza e dramatiza a violência. Não existe imagem neutra. Tudo que ela apresenta tem que chocar, tem que gerar impacto, vibração, emoção. Toda informação tem seu aspecto emocional: nisso é que reside a dramatização da violência. Não se trata de uma mera narração, isenta. (GOMES, 2007)¹²¹

Por seu turno, a pressão popular é um grande poder do povo na democracia, pois, além das pessoas elegerem seus representantes, é através das manifestações que expressam o (des) contentamento com a realidade social e jurídica. É cediço que a

¹¹⁹ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47.

¹²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. São Paulo: Atlas. 2000, 132.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e Justiça criminal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10768>. Acesso em: 30/07/2024.

participação popular foi crucial para a elaboração da Lei da Ficha Limpa. Por sinal, Marcelo Neves opina o seguinte:

No Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes [...] Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil das duas últimas décadas, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um alibi, eis que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos sócio-econômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor. [...] A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas, além disso, obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. (Neves, 1994, p.38-39)¹²²

O direito penal simbólico se origina da sensação de insegurança da sociedade associado à grande influência dos fatores acima mencionados. Assim, há inflação legislativa, por meio da criação energética de leis incriminadoras e o recrudescimento das penas já existentes quando a conduta criminosa fere bens que causam repulsa na sociedade e tem grande repercussão midiática ou, ainda, quando atinge parte da sociedade que possui poder econômico considerável e influência nos meios midiáticos e políticos. Sobre isso, segue o excerto da seguinte obra:

Um direito penal simbólico descuida da eficaz proteção de bens jurídicos em favor de outros fins psicossociais que lhe são alheios. Não vê o infrator potencial, senão o cidadão que cumpre as leis, para tranquilizá-lo, dirige-se a opinião pública. Carece de legitimidade, manipulado pelo medo ao delito e a insegurança, reage com rigor desnecessário e desproporcional e se preocupa exclusivamente com certos delitos e infratores. Introduce um sem-fim de disposições excepcionais, consciente do seu inútil ou impossível cumprimento e, a meio prazo, causa descrédito no

¹²² NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.38-39.

próprio ordenamento, minando o poder intimidativo das suas proibições (GOMES, 2006, p. 232).¹²³

Cabe dizer que há quem entenda que há um lado positivo no direito penal simbólico, qual seja, o despertar do sentimento de segurança e estabilização social, note-se:

Entretanto, apesar desse aspecto negativo da função simbólica do Direito penal, a doutrina aponta um aspecto “positivo”, consistente na geração do sentimento de segurança e tranquilidade para a sociedade, que em um primeiro momento acredita na eficácia da lei penal. (SALIM e AZEVEDO, 2017, p. 37)¹²⁴

O Direito Penal Simbólico tem um forte mecanismo de estabilização social, que está vinculado à finalidade de prevenção geral positiva como fundamentadora da pena. Nessa esteira, o direito penal acaba por carecer de um alicerce constituído de critérios fáticos, destacando-se a análise de bens jurídicos, os quais devem servir de parâmetro limitador (critério referencial negativo), deslegitimando propostas que não respeitem princípios inafastáveis do Direito penal. (FUZIGER, 2015, p. 228).¹²⁵

Não obstante, o direito penal simbólico se torna o resultado de uma necessidade imediata e, não raras vezes, desprovida de um estudo efetivo acerca dos reais efeitos na sociedade, tudo como forma de provocar uma falsa sensação de segurança e, por consequência, ocasionar a promoção pessoal de políticos, já que se utilizam da mudança legislativa para tentarem demonstrar que estão agindo nos interesses da coletividade. Complementando, segundo Cleber Masson:

O Direito Penal Simbólico diz respeito a uma política criminal, que vai além da aplicação do direito penal do inimigo, e sim, as próprias consequências do efeito externo que a aplicação da lei não produz. Manifesta-se, desse modo, com o direito penal do terror, pelo qual se verifica uma inflação legislativa, que cria figuras penais

¹²³ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: parte geral, volume 1: introdução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 232.

¹²⁴ SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André De. Direito penal - parte geral. 7 ed. Salvador: JusPODVIM, 2017. p. 37.

¹²⁵ FUZIGER, Rodrigo. Direito penal simbólico. Curitiba: Ed. Juruá, 2015, p. 228.

desnecessárias ou, então, o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos determinados. (Masson, 2012, p. 11).126

Compete colacionar as principais consequências do direito penal simbólico gerados na sociedade, consoante apurado por Galdi em seu estudo, vejamos:

- Antecipação da tutela penal: o direito penal, que reagia a posteriori, passa a reagir a priori (SÁNCHEZ, 2011). Um exemplo refere-se aos crimes cujo perigo é abstrato, quando se punem as condutas independentemente dos resultados. O art. 306 da Lei Federal n. 9.503/97 pune o motorista de um veículo automotor que está com a capacidade psicomotora alterada por álcool ou substâncias análogas, independentemente de essa conduta produzir um resultado. Antecipa-se o resultado possivelmente produzido por essa conduta e, conseqüentemente, antecipa-se a tutela penal.
- Banalização da pena: a pena prevista na legislação penal simbólica, quando comparada à pena prevista para os crimes igualmente graves, é desproporcional (BIANCHINI; GOMES, 2002). Um exemplo é a comparação entre os arts. 303 e 306 da Lei Federal n. 9.503/97. O primeiro artigo pune quem pratica uma lesão corporal culposa conduzindo um veículo automotor com a detenção de seis meses a dois anos e com a proibição/suspensão da obtenção da habilitação/permmissão para conduzir um veículo automotor. A pena do segundo artigo, retromencionado, é detenção de seis meses a três anos, multa e proibição/suspensão da obtenção da habilitação/permmissão para conduzir um veículo automotor. Como pode a pena do crime cujo perigo é abstrato ser maior do que a pena do crime danoso?
- Elitização do direito penal: O direito penal não estende a proteção aos bens jurídicos penais vinculados a determinadas classes sociais. Um exemplo é o ocorrido com relação ao trabalhador, pois embora a Constituição Federal brasileira determine expressamente a

126 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. 6. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012, p. 11.

criminalização da retenção dolosa do salário, a norma jurídica penal não foi produzida (BIANCHINI; GOMES, 2002).127

Destarte, essa criação de leis penais sem efetividade aumentam a população carcerária e não atingem a finalidade de proporcionar uma sociedade mais segurança, sendo a desorganização político criminal e a sensação de insegurança campos férteis para a criação de leis penais simbólicas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo tratar pontos relevantes sobre o direito penal simbólico, descrevendo os fatores que levam a sua criação e suas consequências na sociedade.

O direito penal simbólico é formado por uma série de fatores determinantes, sendo que os principais são a insegurança da população, a falta de políticas públicas e o oportunismo político.

Conforme apurado, não é o aumento da pena ou a tipificação de novas condutas criminosas que fazem com que o delinquente deixe de cometer atos ilícitos, mas sim fatores sociais e políticas públicas realmente efetivas, pois a falta de empregos, salários insuficientes para manter o mínimo existencial, desigualdade econômica, ausências de atendimentos básicos como saúde e educação, influenciam pessoas a delinquir.

Por fim, denota-se que se deve existir políticas públicas e investimentos voltados a prevenção ao cometimento de crimes e penas proporcionais ao bem jurídico violado, para que o criminoso sinta os rigores da lei, além políticas de ressocialização efetivas para que não se volte a delinquir e, assim, se alcance a paz e tranquilidade a todos.

4. REFERÊNCIAS

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FUZIGER, Rodrigo. **Direito penal simbólico**. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

127 Galdi, Juliana Quintino Vieira. A Sociedade do Risco e o Direito Penal Simbólico. Revista Direito Mackenzie, v. 8, n. 2, 2014, p. 34-44. Disponível em <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/7451/5459/34554>. Acesso em 29/07/2024.

GALDI, Juliana Quintino Vieira. **A Sociedade do Risco e o Direito Penal Simbólico**. Revista Direito Mackenzie, v. 8, n. 2. Disponível em <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/7451/5459/34554>. Acesso em 29/07/2024.

GOMES, Luiz Flávio. **Mídia, segurança pública e Justiça criminal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10768>. Acesso em: 30/07/2024.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral, volume 1: introdução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 6. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral, (arts. 1º a 120)**, v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. São Paulo: Atlas. 2000.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André De. **Direito penal - parte geral**. 7 ed. Salvador: JusPODVIM, 2017.

UMA QUESTÃO DE REGRA OU DE PRINCÍPIO: A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

IGOR DANIEL BORDINI MARTINENA¹²⁸

Inicialmente cabe esclarecer que esta temática é bastante controvertida no cenário jurídico brasileiro, tendo adeptos a favor e contra a execução provisória da pena, existindo diversos apontamentos seja a favor ou contra.

Este tema impacta diretamente nossa matéria, visto que uma execução da pena antecipada além de contrariar a Constituição de 1988 favorece ainda mais o aumento da população carcerária que como se sabe já se encontra em estado de superlotação.

No decorrer dos tempos tomando como base a promulgação da Constituição de 1988 até a presente data já houve várias mudanças de posicionamento por parte do STF.

A questão central se baseia no sentido de interpretação do Princípio Constitucional da Presunção de inocência previsto no Art 5º LVII CF/88.

A nossa Constituição como é de conhecimento de todos é principiológica e programática devendo ser de obrigatória observância. No tocante a ser principiológica é porque elenca diversos Princípios Gerais de Direito que devem ser observados, trazendo estes de forma expressa ou implícita, porém como dito anteriormente mesmo os implícitos são de observância obrigatória.

Um desses princípios é o da Presunção de Inocência, porém que é tratado pelos Tribunais Superiores como Presunção de não culpabilidade, já tendo uma diminuição da dimensão original trazida pelos Direitos Humanos e Tratados Internacionais que o Brasil ratificou. Dito princípio traz a máxima que de: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado por sentença penal condenatória", ou seja, até que não haja mais possibilidade de recurso ninguém será considerado culpado. Isto está intimamente ligado a outro Princípio também expresso na Constituição Federal de 1988 que é o Princípio do Devido Processo, visto que para que ocorra o Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória se perpassou por todo o processo penal, seguindo um "caminho" desde parte pré-processual até a processual.

Alguns apontamentos indicados como defesa da aplicação da execução provisória da pena são facilmente questionáveis, como por exemplo o de que o Judiciário está exacerbado de demandas e que demoraria muito tempo para perpassar por todos os procedimentos previstos no devido processo legal o que levaria em muitos casos a

128 E-mail: bordiniccc@hotmail.com

prescrição, neste caso um princípio constitucional não pode nunca ser superado por uma ineficiência de um poder. Esta questão vai muito além da discussão sobre ponderação entre regra e princípio na qual este último prevalece.

Seguindo nesta mesma linha alguns adeptos afirmam que a execução provisória iria trazer maior isonomia entre os apenados, visto que os chamados de “colarinho branco” como interpõe diversos recursos terminam não sendo presos porque seus crimes prescrevem, ora mesmo que todos os criminosos de colarinho branco tivessem sua execução antecipada não chegaria nem de perto próximo ao número de presos da classe menos favorecida que ocupam cerca de 90% da população carcerária.

Outro assunto abordado seria a imposição de prisão cautelar como substitutivo da execução provisória da pena, ora isso é algo terrivelmente absurdo já que como se sabe as prisões cautelares são de extrema exceção sendo a regra que o indivíduo responda em liberdade e não tenha seus bens apreendidos, como um dos consectários da Presunção da Inocência. Claro que em nenhum momento se defende a impunidade, mas que ocorrendo os pressupostos para prisão cautelar a mesma deve ser utilizada e não como substitutivo ou por clamor público e pressão midiática.

Para finalizar a execução provisória da pena deve ser considerada inconstitucional visto previsão expressa em nossa Constituição, visto que agindo em contrário estaríamos indo contra a nossa norma principal, mais importante e de observância programática conforme explicitado anteriormente.

Referência:

<https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena>

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O CINEMA: UMA ANÁLISE SINTÉTICA DA SÉRIE “BEBÊ RENA” E COMO A PSICANÁLISE ENXERGA A IMAGEM DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

MARCOS ANTONIO DUARTE SILVA:

Doutorando em Ciência Criminal, Mestre em Filosofia do Direito e do Estado (PUC/SP), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Mackenzie/SP), Bacharel em teologia e direito, professor de Direito e pesquisador da CNPq¹²⁹.

Resumo: A arte imita a vida, ou seria o contrário? O fato que se apresenta numa série “Bebê Rena” traz um convite à reflexão séria, afinal há uma confrontação entre a realidade e o mundo do irreal, ou imaginário, esta questão intensa ocorrida dentro da mente humana e, reproduzida através de alguns dos mais diversos atos, espontâneos ou não no cotidiano, o que nem sempre é compreendido e quiçá aceito, uma vez estar fora do alcance daqueles que convivem com pessoas que apresentam estas alertas de necessidade de busca de tratamento, o que normalmente não é aceito, ora por desconhecer o que se passa, ora por preconceito de buscar atendimento terapêutico, frente a esta situação incômoda, muitos transitam nesta vida com soluções mentais, como fuga da realidade, o que gera a chamada fuga da realidade, forçada ou involuntária, como ocorre na série “Bebe Rena”, principalmente no que diz respeito a questão de estupro de vulnerável.

Palavras chaves: Estupro. Vulnerável. Bebê. Rena. Psicanálise.

Summary: Does art imitate life, or would it be the opposite? The fact that is presented in a series “Baby Rena” brings an invitation to serious reflection, after all there is a confrontation between reality and the world of the unreal, or imaginary, this intense issue occurring within the human mind and, reproduced through some of the most various acts, spontaneous or not in everyday life, which is not always understood and perhaps accepted, as it is beyond the reach of those who live with people who present these warnings of the need to seek treatment, which is normally not accepted, sometimes unaware of what is going on, sometimes out of prejudice to seek therapeutic care, faced with this uncomfortable situation, many go through this life with mental solutions, such as escaping from reality, which generates the so-called escape from reality, forced or involuntary, as occurs in the series “Bebe Rena”, especially with regard to the issue of rape of vulnerable people.

129 E-mail: prof.marcosaduarte@gmail.com

Keywords: Rape. Vulnerable. Baby. Reindeer. Psychoanalysis.

Sumário: 1. Introdução; 2. Os fundamentos da psicanálise: filosofia; 3. Uma visão da construção da Psicanálise; 4. Uma síntese da série "Bebê rena"; 5. A lei e o estupro de vulnerável; Considerações Finais.

1. Introdução

A realidade tem sido estudada a partir da filosofia, para se assentar o que vem a ser até a questões do estudo dos problemas de distúrbios mentais.

É fato que se torna importante perceber o que vem a ser esta questão uma vez que ela define aspectos sensíveis no aspecto o que se vê ou o que se pensa estar vendo.

Nesta esteira se precisa verificar que na ideia proposta a realidade tem a ver com o que pode ser considerado real, o que existe no mundo dos chamados vivos.

E esta fuga é fugir desta realidade (ou real) para se proteger, ou mesmo, sem o devido controle mental, entrando no que Freud chama de neurose.

Infelizmente, esta disposição não tem sido enfrentada por poucos, tem sido a história de vida de muitas pessoas que nem percebem saíram de uma realidade facta, para uma sintonia totalmente adversa, fugindo inclusive do que pode se considerar aceitável. (Se cuidando para não usar a perigosa palavra "normal").

Toda esta carga tem sido destilada de forma cruel dentro dos círculos de amizade, quando estes existem, de relacionamentos profissionais, e até amorosos, entre outros socialmente estabelecidos.

A questão vai para além de tudo que se possa imaginar, afinal, quando se busca uma alternativa ao que se poderia viver, usando de muita imaginação, e até criando um paralelo ao que se existe, gera efeitos.

Estes efeitos sem dúvida nenhuma desagua na existência de alguns causando problemas bem correlatos a este, que vem com outros sintomas traumáticos.

Na excelente série "Bebe Rena", se pode perceber quais os efeitos desta distorção da realidade e vivência numa alternativa assustadora.

No enredo (afirma-se ser uma história real) se percebe a demonstração de como desta fuga da realidade, pode se incorrer em alguns dos crimes tipificados no Código Penal Brasileiro, para efeito de reflexão.

Não só a questão stalker (stalking), bem como até violência física e psicológica, injúria, calúnia, difamação, invasão de privacidade, estupro de vulnerável, entre outros que poderiam ser alinhados.

Contudo, o mais cruel, violento e abusivo é o estupro de vulnerável.

Assusta imaginar que situações como protagonizadas podem ser reais e vividas por alguns que acabam por demonstrar também serem portadores de possíveis tratamentos, por dar guarida a situação limítrofe.

Diante deste convite a repensar algumas situações, se pode verificar, quais os limites sobre reagir a certos atos?

O que é considerado como estupro de vulnerável?

É possível um homem ser estuprado?

Neste caso, o homem possui o mesmo direito que uma mulher?

2.Os fundamentos da psicanálise: filosofia

A psicanálise caminha junto com a filosofia que oferece o arcabouço metalinguístico desta área.

Na filosofia se encontra conceitos sobre a questão linguística e também fenomenológica, trazendo de forma consistente solidez as teorias desenvolvidas e aplicadas.

Dir-se-ia que os diferentes conceitos filosóficos não são nada arbitrários, que não se desenvolvem separadamente, mas que mantém certo parentesco. Precisamente por isso, ao fazer sua aparição na história do pensamento, não deixam de pertencer a um mesmo sistema, exatamente o mesmo que os diversos representantes da fauna do continente. (NIETZSCHE, 2001, p. 20).

Nietzsche em seu texto, apresenta um forma de enxergar a filosofia e seus conceitos, apontando a importância da ligação que um filósofo acaba por manter com outro, uma vez que a filosofia não navega sozinha, muito pelo contrário, existe e sobrevive de outros novos e antigos pensadores que acaba por construir uma ponte entre os "continente".

Acompanhando esta linha se pode encontrar Foucault, proporcionando de forma mais direta a importância da filosofia para reabrir questões fundamentais da sociedade,

uma vez que há uma dependência de antigos pensadores que mormente possivelmente vivenciaram outras situações;

Vivemos um momento em que a função do intelectual específico deve ser reelaborada. Não abandonada, apesar da nostalgia de alguns pelos grandes intelectuais "universais" (dizem: "precisamos de uma filosofia, de uma visão do mundo"). Basta pensar nos **resultados importantes obtidos com relação à psiquiatria, que provam que essas lutas locais e específicas não foram um erro**, nem levaram a um impasse. Pode-se mesmo dizer que o papel do intelectual específico deve se tornar cada vez mais importante, na medida em que, quer queira quer não, ele é obrigado a assumir responsabilidades políticas enquanto físico atômico, geneticista, informático, farmacologista, etc. Seria perigoso desqualificá-lo em sua relação específica com um saber local [...] (FOUCAULT, 1986, p. 10). (Destaques nossos)

Nesta ideia, o filósofo ainda introduz o resultado importante de se destacar a questão psiquiátrica tão delicada em tempos passados.

Veja a influência na construção importante da filosofia em assuntos muito severos e trágicos de uma sociedade, demonstrando seu papel importante e de destaque em todas as esferas humanas.

E nesta escalada se chega a obra de Hegel, sobre Fenomenologia do Espírito, traçando a linha mestra e importante sobre a universalidade do conhecimento, tratando da consciência de forma a trazer lume a muitos ensinamentos anteriores e posteriores a seu escrito.

Para a consciência, o interior é ainda um puro Além, porquanto nele não encontra ainda a si mesma: é vazio, por ser apenas o nada do fenômeno, e positivamente [ser] o Universal simples. Essa maneira de ser do interior está imediatamente em consonância com [a opinião de] alguns, de que o interior é incognoscível; só que o motivo disso deveria ser entendido diversamente. Sem dúvida, não pode haver nenhum conhecimento desse interior, tal como ele aqui é imediatamente; não porque a razão seja míope ou limitada, ou como queiram chamá-la (a propósito, nada sabemos aqui, pois não penetramos ainda tão fundo), mas pela simples natureza da Coisa mesma: justamente porque no vazio nada se conhece; ou, expressando do outro lado, porque esse interior é determinado como o além da consciência. (HEGEL, 2003 p.117).

Se torna imprescindível a filosofia atuar em outros ramos da ciência humana uma vez que proporciona a capacidade de perscrutar o conhecimento, o entendimento, com clareza límpida deslustrando possibilidade de avançar em diversas áreas.

Além disso, Hegel comentando sobre a consciência expõe argumento vívido e muito eficaz, apresentando o fenômeno existente, tratando de sua existência interior, mostrando para "além" desta questão.

E para demonstrar a riqueza encontrada na fonte filosofia, pode se verificar o tratamento alcançado por Merleau-Ponty, em sua obra que deslinda de forma icônica a questão da fenomenologia da percepção, onde trata da sensação.

E, se tentamos apreender a "sensação" na perspectiva dos fenômenos corporais que a preparam, encontramos não um indivíduo psíquico, função de certas variáveis conhecidas, mas uma formação já ligada a um conjunto e já dotada de um sentido, que só se distingue em grau das percepções mais complexas e que portanto não nos adianta nada em nossa delimitação do sensível puro. Não há definição fisiológica da sensação e, mais geralmente, não há psicologia fisiológica autônoma porque o próprio acontecimento fisiológico obedece a leis biológicas e psicológicas. Durante muito tempo, acreditouse encontrar no condicionamento periférico uma maneira segura de localizar as funções psíquicas "elementares" e de distingui-las das funções "superiores", menos estritamente ligadas à infraestrutura corporal. Uma análise mais exata mostra que os dois tipos de funções se entrecruzam. O elementar não é mais aquilo que, por adição, constituirá o todo, nem aliás uma simples ocasião para o todo se constituir. O acontecimento elementar já está revestido de um sentido, e a função superior só realizará um modo de existência mais integrado ou uma adaptação mais aceitável, utilizando e sublimando as operações subordinadas. (Merleau-Ponty, 1999, p.31).

A sensação é apresentada na "perspectiva dos fenômenos corporais", aprofundando "um indivíduo psíquico", desaguando nas chamadas percepções, o que claramente vem a trazer luz as ideias freudianas, uma vez que demonstra claramente, o sentido de seus pensamentos bem como oferecendo o rico vocabulário filosófico o que transpassa ao entendimento precípua.

Esta união, entre as ciências só enriquece ainda mais os pensadores, apontando a necessidade de proximidade e não separação entre as mais diversas áreas do conhecimento humano.

É evidente que o pensamento humano pode ser diverso, mais quando apresenta linha de proximidade com outras linhas do conhecimento humano é de bom tom ao menos adentrar para se verificar se há consistência no afirmado, bem como aproximação de um entendimento com outro, se há sentido, se há igualdade ou ao menos semelhança, por que não usá-lo?

A inteligência faz uso de tudo que pode fazer prosperar uma nova área ou até a reformulação de um linha de pensamento que possa trazer luz, ciência aquilo que necessita de aperfeiçoamento.

Nesta mesma senda Hume oferece uma boa demonstração como esta ideia de estreitamento das mais diversas áreas do conhecimento humano se pode unir para traduzir ideia e transmiti-la de forma lúcida.

Um artista estará mais bem qualificado para triunfar em seu empreendimento se possui, além de gosto delicado e de rápida compreensão, um conhecimento exato da estrutura interna do corpo, das operações do entendimento, do funcionamento das paixões e das diversas espécies de sentimentos que distinguem o vício e a virtude. Por mais árdua que possa parecer esta pesquisa ou investigação interna, ela se toma, em certa medida, indispensável àqueles que quiserem descrever com sucesso as aparências exteriores e patentes da vida e dos costumes. O anatomista apresenta aos olhos os objetos mais hediondos e desagradáveis, porém sua ciência é útil ao pintor, quando desenha até mesmo uma Vênus ou uma Helena. Enquanto o pintor emprega as cores mais ricas de sua arte e dá às suas figuras o aspecto mais gracioso e o mais atraente, deve ainda dirigir sua atenção para a estrutura interna do corpo humano: a posição dos músculos, o sistema ósseo e a forma e função de cada parte ou órgão. A exatidão e, em todos os casos, vantajosa à beleza, e o raciocínio justo ao sentimento delicado. Em vão exaltaríamos uma desvalorizando a outra. (HUME, p.4)

Há sem dúvida alguma ganho quando se parte de pressupostos já traçados por aqueles que detêm outro campo de conhecimento, daquele que está a adentrar dentro de uma área diversa de seu conhecimento e prática.

Para tanto há a necessidade também de se conhecer além do conhecido, precisa muitas vezes de pesquisa, estudo, compreensão, e contrapor com sua área de domínio, assim fez o fundador da psicanálise em sua pesquisa e contraposição com a filosofia para explicação de seu entendimento.

3.Uma visão da construção da Psicanálise

No aporte do até aqui apresentado se faz mister apresentar para a construção do arcabouço dos argumentos usados a teoria da psicanálise para fortalecimento do entendimento.

A ideia primal é se começar sobre o imaginário;

Esse perigo é, de modo geral, psíquico, pois o homem primitivo não é impelido a fazer, neste ponto, duas distinções que nos parecem inevitáveis. Ele não diferencia o perigo material do psíquico e o real do imaginário. Em sua concepção do mundo, coerentemente aplicada, todo perigo vem da intenção hostil de um ser animado como ele, tanto o perigo de uma força natural como o de outros homens ou animais. Por outro lado, ele está acostumado a projetar seus impulsos hostis internos no mundo exterior, ou seja, a atribuí-los aos objetos que sente como desagradáveis ou apenas como desconhecidos. (FREUD, 2013, p.293).

O que vem a ser o imaginário?

Freud usa deste termo para descrever a questão da realidade (o real) com o que se poderia opor, irreal, ou seja, o imaginário.

Nesta ideia se refere ao homem em seu estado primitivo, podendo, vez ou outra reaparecer nos dias atuais, este “não diferencia o perigo material do psíquico e o real do imaginário”.

Aqui está a substância perigosa, afinal, não conseguir distinguir, o que se chama de realidade do imaginário pode causar sim, transtornos dos mais diversos.

Ato contínuo, expõe-se a coluna vertebral da psicanálise, o inconsciente.

Tal impressão é animada, torna-se ativa, de modo que começa a manifestar efeitos, mas não chega à consciência, permanece "inconsciente", como hoje costumamos dizer, usando uma expressão que se tornou inevitável na psicopatologia. Desejamos que esse **inconsciente** esteja livre de todas as disputas dos filósofos e filósofos da natureza, que frequentemente têm significação apenas etimológica. Por enquanto não temos denominação melhor para os **processos psíquicos** que se comportam de maneira ativa mas **não chegam à consciência** da pessoa, e é isso o que entendemos por "ser inconsciente". Quando alguns pensadores nos questionam a existência de tal inconsciente, alegando ser ilógica, acreditamos que jamais se ocuparam dos fenômenos psíquicos correspondentes, acham-se presos à experiência regular de que todo psíquico, que se torna ativo e intenso, torna-se também consciente [...] (FREUD, 2015, p.65). (Destaques nossos).

Na gôndola deste ensejo, se percebe o uso desta terminologia, inconsciente, que passa a ser uma referência importante nos processos que não chegam a consciência, assim este fenômeno, tem sua caracterização bem solidificada, compreensível.

Esta base estabelecida para haver uma comunicação vai construindo a psicanálise de forma a ser calcada na observação das comunicações existente entre paciente e Freud.

Entra também no rico vocabulário psicanalítico outro termo importante;

A predisposição às **neuroses** relaciona-se de outra maneira ao desenvolvimento sexual prejudicado. **As neuroses estão para as perversões como o negativo para o positivo**; nelas podem ser demonstrados os mesmos componentes instintuais que nas perversões, como portadores dos complexos e formadores de sintomas, mas atuando a partir do inconsciente. Experimentaram uma repressão, portanto; mas puderam, apesar dela, firmar-se no inconsciente. A psicanálise nos permite ver que uma manifestação excessiva desses instintos, em idade muito tenra, leva a uma espécie de fixação parcial que representará um ponto fraco no conjunto da função sexual. (FREUD, 2013, p.206). (Destaques nossos).

Na inclusão da expressão neurose vai lapidando a ideia da psicanálise, uma vez que como uma linha de conhecimento nova, necessita ser construída com uma base sólida.

A neurose tem suas variações para atender as mais diversas formas apresentadas desta psicopatologia.

É há a evidente junção do inconsciente com a neurose para formação e deslinde da perversão, o que fatalmente chega-se a repressão.

No conjunto destas expressões e suas conceituações vai se moldando a perene orla de definições apropriadas a cada caso demonstrado, estudado e pesquisado.

Nesta vértice acrescentar duas outras palavras para a construção da matéria tratada;

A decomposição de Flechsig vai ainda mais longe nos últimos estágios da doença (p.193). Uma tal decomposição é bem característica da **paranoia**. Esta decompõe assim como a **histeria** condensa. Ou melhor, a paranoia dissocia novamente as condensações e identificações realizadas na fantasia inconsciente. O fato de essa decomposição repetir-se várias vezes em Schreber exprime, de acordo com C. G. Jung a importância da pessoa em questão. (FREUD, 2010, p.44).

Evidentemente há muitas outras expressões importantes, contudo, histeria de maneira particular é acentuadamente importantíssima pela sua caudal significância.

Há também a introdução da palavra paranoia, elemento vital nas observações e caudilho da psicanálise.

4.Uma síntese da série “bebê rena”

A série bebê rena, apontada como uma história real, apresenta grande parte do que a psicanálise trata como fuga da realidade, além de também possuir os chamados substitutos guarnecidos pelos personagens.

Nela Martha e Donny, a primeira pode ser considerada uma stalker, pelo métodos usados de perseguição implacável, inclusive com famílias e amigos.

Donny sonha com a ideia de ser um comediante de sucesso e para tanto sai da Escócia e vai para Londres. Ali ele trabalha num bar e conhece Martha, após oferecer um chá.

Os dias vão passando e Martha começa a frequentar o bar todas as tardes, passando longas horas ali, entre conversas, risadas, e insinuações de cunho bem intimista, com tons sexuais bem acentuados.

Fora estas visitas, os e-mails chegam diariamente em quantidade massiva. Os dias vão passando e outras experiências vão se acrescentando uma a uma e se tornando cada vez mais acintosas.

Em um determinado momento, após a inclusão da personagem Martha, Donny vai relembando certos aspectos de sua chegada a Londres e o contato com um ator que vai pouco a pouco o seduzindo com um discurso próprio de um predador.

Este é sem dúvida o ponto alto de toda trama, pois desvenda o estupro de vulnerável, o conhecido ator o vai drogando a ponto de em uma das ocasiões se aproveitar de seu tupor e enfim estupra-lo, sem condições de resistência ou qualquer coisa parecida.

Sim um homem pode ser estuprado.

O estupro de vulnerável ocorre quando a vítima não tem como dizer “não” ao ato, ou então, não conseguir oferecer conscientemente resistência. No caso as duas caracterização são efetivamente encontradas no ato sexual não consentido.

A série com uma trama muito bem traçada, parece concentrar toda situação a perseguição de Martha a Donny, mas o ponto alto de toda a trama é quando o aspirante a comediante conta numa de suas apresentações o estupro sofrido.

Sem dúvida, após este incidente, muitas coisas ficam claras, e a dependência que Donny cria de Martha fica patente.

5.A lei e o estupro de vulnerável

As leis brasileiras bem com internacionais preveem esta conduta como criminosa.

A doutrina majoritária assim entende;

Súmula 593 do STJ – " 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."8 de mai. de 2024.

Há sem dúvida como apresentada pelo STJ o clássico estupro de vulnerável, o de menores de 14 anos, e para este a lei de forma taxativa afirma que menor de 14 anos, não tem como consentir em tal pratica.

Porém, a legislação implica;

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - 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. (Código Penal)

A letra da lei afirma, “necessário discernimento para a prática do ato”, alguém com as condições mentais diminuídas por uso de drogas e afins, não tem condições alguma de oferecer consentimento para prática sexual consentida, e neste ponto, se não há consentimento, o estupro se estabelece como a prática.

No condão da análise deste crime em espécie no caso em tela, a série Bebê Rena, se discute o ato praticado pelo ator sem o consentimento ou anuência de Donny.

Há várias ramificações sobre estupro de vulnerável que a doutrina como Cezar Bitencourt, Greco e Nucci corrobora, contudo, não é objetivo descer a minúcias, a série não dá azo a esta possibilidade.

O estupro tem sido uma doença da mais graves na sociedade humana por séculos e, em alguns momentos não considerada em toda sua hediondez, ao contrário, houve até uma certa tolerância.

Havia por exemplo, no caso de estupro de vulnerável (ou como menores de 14 anos) o caso de se o estuprador casasse com a vítima havia um certo perdão, para não atrapalhar os nubentes.

A jurisprudência traz ínsita várias alusões a este momento turvo da vida jurídica brasileira.

Em 2009, com a Ascensão de um novo formato de lei de crimes contra os costumes, ou seja, crimes de cunho sexual, que o estupro de vulnerável foi tomando eco.

Há ainda uma discussão insólita sobre o assunto, alguns doutrinadores formulando que houve uma má formulação na descrição do texto legal, outros afirmando que é uma questão de melhor leitura.

Para o bem ou para o mal o texto legal trouxe sim uma melhor condução do assunto, oferecendo ao menos possibilidade que antes não ocorria, o de transpor a máxima de não punição, ou de saídas como casamento com a vítima.

O fato inconteste é que se precisa denunciar de forma exequível aqueles que tentam justificar tal ato, seja com menores de 14 anos, seja com situação de vulnerabilidade.

Considerações Finais

A tolerância com determinadas condutas, deve permear a inaceitabilidade, afinal, a sociedade deve crescer e se humanizar.

Na esfera das condutas sexuais, como a campanha tem sido divulgada “não é não”.

Qualquer pessoa, independentemente de sua orientação sexual, o consentimento para prática de cunho sexual deve ser permitida e se não permitida, não deve ser levada a efeito.

Para além destas considerações se encontra o estupro de vulnerável, em sua explicação clássica, ocorre quando menor de 14 anos tem prática sexual, no caso legal, majoritário, não há como a pessoa menor consentir ou não.

Discussões à parte, há também a modalidade da ausência de condição de consentimento, ou por diminuição de condições mentais permanentes ou criada através de uso de narcóticos (variados, legais ou ilegais) provocando a ausência de dizer sim ou não, ou seja, consentir com ato sexual.

E aqui entra a exposição da série *Bebê Rena*, uma vez que a descrição e cena, mostram o uso e abuso de substâncias químicas (narcóticos) para fins libidinosos.

É importante ressaltar a necessidade de denunciar tal ato.

As vítimas se avolumam, e se tornam pacientes de psicanálise para tratamentos dos traumas vividos, medicamentos são usados para defenestrar tais efeitos dantesco de tal violência.

Uma geração grande tem crescido sob esta égide e nada de muito vulto tem sido feito, se faz necessário de forma urgente tirar a máscara de “conservadorismo”, “moralismo” e encarar de vez que esta tem sido uma máxima social, e dar meia volta e curar as feridas abertas.

O seriado *Bebê Rena* faz este convite!

Referências bibliográficas

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 4.

FOUCAULT, M. Microfísica do Poder. Graal: Porto Alegre, 1986.

FREUD, S. Observações sobre um caso de Neurose Obsessiva, Obras Completas, Vol. 9, Companhia das Letras: São Paulo, 2013.

FREUD, S. Observações psicanalíticas sobre um caso de paranoia relatado em autobiografia. Obras Completas, Vol. 10, Companhia das Letras: São Paulo, 2010.

FREUD, S. O delírio e os sonhos na Gradiva. Obras completas, Vol. 8 São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

GRECO, Rogério. Código Penal comentado. 13. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2019.

HEGEL, G. W.F. Fenomenologia do Espírito. Vozes: Petrópolis, 2003.

HUME, David. Versão eletrônica do livro "Investigação Acerca do Entendimento Humano" Autor: David Hume. Tradução: Anoar Aiex. Créditos da digitalização: Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia) Homepage do grupo: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>

MERLEAU- PONTY. Maurice. Fenomenologia da percepção. São Paulo:

Martins Fontes, 1999.

NIETZSCHE, F. Para além do bem e do mal. Hemus: Curitiba, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. Tratado de crimes sexuais. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

A INDEPENDÊNCIA CATALÃ NA VISÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

GUILHERME WALTRIN MILANI:
Advogado, graduado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Câmpus Maringá. Especialista em Direito Público pela instituição UNICESUMAR, campus Maringá.¹³⁰

RESUMO: O artigo versa sobre a declaração de independência da Catalunha, de 27 de outubro de 2017. A Catalunha é uma região que historicamente objetiva ser um Estado independente da Espanha. Nesse contexto, inúmeras questões de Direito Internacional Público são levantadas, tais como a forma de nascimento do novo país, a questão do reconhecimento do Estado pela sociedade internacional e a própria legalidade da independência, no contexto da constituição espanhola. O presente artigo objetiva observar as possíveis aplicações das normas internacionais à Catalunha. A metodologia utilizada foi indutiva, partindo da matéria *in abstracto* para adequá-la ao caso concreto. Após, observou-se a ilegalidade internacional da declaração de independência catalã.

Palavras-chave: Catalunha. Independência. Direito Internacional.

RÉSUMÉ: Le présent article traite de la déclaration d'Indépendance de la Catalogne, le 27 Octobre de 2017. La Catalogne est une région que, historiquement, a le but d'être un État indépendant de la Espagne. Dans ce contexte, des nombreuses questions de Droit International Public se sont levées, comme la forme de la naissance du nouveau pays, la question de la reconnaissance du État par la Soiciété Internationale et la prope legalité de la Independence dans l'avis de la Constitution espagnole. Le present article a le but de observer les applications possibles des normes internationales à Catalogne. La méthodologie utilisée a été l'inductive, en partant de la matière *in abstracto* pour l'ajuster au cas concret. Après, on a regardé l'ilegalité international de la declaration de Indépendance catalane.

Mots-clés: Catalogne. Indépendance. Droit International.

1 INTRODUÇÃO

A Catalunha é uma região espanhola que, historicamente, objetiva ser um Estado independente, o que culminou na declaração de independência de 27 de Outubro de 2017. Nesse contexto, várias questões de Direito Internacional Público são levantadas,

¹³⁰ E-mail: Guilherme Waltrin Milani

tais como: forma de nascimento desse novo Estado, questão de seu próprio reconhecimento e de seu governo, implicação política no surgimento desse novo Estado para as relações interestatais e a própria legalidade de aplicação desses preceitos no caso catalão.

O Direito Internacional Público é, segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela, o ramo do Direito que regula o relacionamento dos diversos sujeitos, sobretudo Estados, nas relações internacionais¹³¹, sendo, portanto, área fundamental para compreender o processo de independência catalã na perspectiva jurídico-normativa do sistema internacional.

O objetivo desse trabalho, sendo assim, é o estudo da aplicação do Direito Internacional Público e suas vicissitudes na questão independentista da Catalunha.

Para tanto, valeu-se do método indutivo, haja vista partir da matéria do Direito Internacional Público em direção à conclusão do objeto de estudo, qual seja: a declaração de independência catalã.

2 O FENÔMENO DO NASCIMENTO DOS ESTADOS

O professor Alberto do Amaral Junior ensina que:

“[...] o mundo assiste, desde o século XIX, a mudanças territoriais de vulto, que repercutem diretamente na conformação das Relações Internacionais. O término das duas guerras mundiais, o movimento de descolonização e a queda do muro de Berlim fizeram surgir ou desaparecer grande número de países. Antes disso, porém importantes alterações ocorreram”.¹³²

Nesse contexto, Paulo Henrique Gonçalves Portela define a formação do Estado como sendo um resultado de processos históricos¹³³.

Rememora-se, ademais, que os entes estatais surgem, em regra, de conflitos armados, de movimentos de independência ou de unificação, da divisão de Estados maiores, entre outras formas. Entretanto, não se pode olvidar que o surgimento de um Estado afeta a soberania, a vida política, econômica e social de um segundo país anterior,

¹³¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: jusPODIVM, 2017. p 38-39.

¹³² AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Manual do candidato**: noções de direito e direito internacional. 4. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2015. p. 215.

¹³³ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: jusPODIVM, 2017. p 171.

vizinho, de uma metrópole ou da confederação que o novo Estado fazia parte. Vai daí o relacionamento do surgimento de Estados com o Direito Internacional Público e com as Relações Internacionais.

Trazendo à baila tal matéria, Hildebrando Accioly assevera que, malgrado o Estado ser resultado de longa evolução, o Direito Internacional se ocupa deste, precipuamente a partir do momento em que passa a ter direitos e deveres no contexto internacional¹³⁴. Sendo assim, um dos objetivos basilares do *ius gentium* é a classificação das formas de nascimento dos entes estatais. Nesse âmbito, Paulo Henrique Gonçalves Portela classifica as formas de aparecimento de Estados em: ocupação e posse da terra *nullius*, contiguidade, conquista, guerra, desmembramento, secessão, dissolução e fusão¹³⁵.

Não se pode olvidar, todavia, que algumas formas de surgimento de Estado são impossíveis atualmente, conforme ensina Paulo Henrique Gonçalves Portela. A posse da terra *nullius*, por exemplo, é impossível atualmente, haja vista não existir mais “terras de ninguém” na superfície terrestre. A conquista, ademais, também é vetada pelo Direito Internacional, tendo em vista a vedação imposta pela Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu artigo 1, incisos 1 e 2, que consagram a autodeterminação dos povos e proíbem agressões internacionais¹³⁶:

Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas

¹³⁴ ACCIOLY. Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 231.

¹³⁵ PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. jusPODIVM, 2017. p. 171.

¹³⁶ PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. jusPODIVM, 2017. p. 172.

ao fortalecimento da paz universal [...] ¹³⁷.

Daí as vedações estabelecidas pelo Direito das Gentes quanto à formação de Estados em decorrência de um conflito armado considerado ilegal, ou seja, se a guerra envolver violação das normas relativas ao uso da força nas relações internacionais ou desrespeitar o Direito Internacional Humanitário. No contexto de tais violações, o nascimento do Estado estará eivado de vícios.

Tendo em vista a evolução das Relações Internacionais, o Direito das Gentes começou, em alguns casos, a atuar no surgimento de entes estatais. Pode-se exemplificar a atuação do Direito Internacional Público na matéria por meio do caso Israel/Palestina, onde a resolução 181 de 1947, expedida pela ONU, proclamou a divisão da Palestina em um Estado árabe e um Estado judeu, como roga o art. 3º da referida decisão da Organização Internacional:

Parte I - Constituição e governo futuros da Palestina

[...] 3. Os Estados independentes judeu e árabe e o Regime Especial Internacional para a cidade de Jerusalém, estabelecidos na parte III deste plano, ganharão existência na Palestina em dois meses após a evacuação das forças armadas da Potência mandatária. (Sem grifo no original) ¹³⁸.

De mais a mais, na quadra histórica da formação dos principais Estados da Europa continental, o tratado de Westfália (1648), considerado a certidão de nascimento do Estado Moderno, esclarecia as noções de soberania e da necessidade da paz. A evolução dos termos econômicos, diplomáticos e legais consubstanciaram no que o jurista Dalmo de Abreu Dallari chama de quatro notas características dos Estados – a soberania, o território, o povo e a finalidade ¹³⁹. Tais características básicas estão explicitadas no artigo 1º da Convenção de Montevidéu sobre Direitos e Deveres dos Estados como requisitos para a existência do Estado no âmbito internacional:

“Artigo 1. O Estado como pessoa de Direito Internacional deve

¹³⁷ BRASIL. Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acessado em 31 maio 2018.

¹³⁸ UNITED NATIONS (ONU). Resolução 181 (II). Futuro governo da Palestina, concluída em 29 de novembro de 1947. **General assembly**. Disponível em <<https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/7F0AF2BD897689B785256C330061D253>>. Acessado em 15 jul 2018.

¹³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

reunir os seguintes requisitos.

- I. População permanente.
- II. Território determinado.
- III. Governo.
- IV. Capacidade de entrar em relações com os demais Estados¹⁴⁰.

José Francisco Rezek assevera que tais requisitos são mais comuns aos Estados do que as suas formas de organização política, que frequentemente variam¹⁴¹. Por sua vez, Paulo Henrique Gonçalves Portela rememora a inexigibilidade de população mínima e de extensão territorial mínima para se caracterizar um ente estatal.

O primeiro dos requisitos enumerados na Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres dos Estados trata da população permanente. Nesse contexto, Paulo Henrique Gonçalves Portela considera o povo como sendo o elemento humano do Estado¹⁴². Ademais, Hidelbrando Accioly assevera que a população é a coletividade de indivíduos, nacionais e estrangeiros, que habitam o território em determinado momento histórico. Sendo, portanto, a expressão demográfica do Estado¹⁴³.

Quanto ao segundo requisito intrínseco do Estado, o território, Paulo Henrique Gonçalves Portela o define como sendo o *locus* geográfico dentro do qual o Estado exerce seu poder soberano¹⁴⁴. Nesse contexto, Francisco Rezek considera que, em circunstâncias excepcionais, pode faltar sua disponibilidade efetiva, ou o efetivo controle dessa base pelo governo, sem que haja a descaracterização do Estado *per se*¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Decreto 1.570, de 13 de abr de 1937. Promulga as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo político, assinadas em Montevideo a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferencia internacional americana. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d1570.htm>. Acessado em 31 maio 2018

¹⁴¹ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 12. ed. Saraiva. 2010. p. 165.

¹⁴² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. jusPODIVM, 2017. p. 169.

¹⁴³ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 234.

¹⁴⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: jusPODIVM, 2017. p 168.

¹⁴⁵ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 165.

Em relação aos atributos “governo” e “capacidade de entrar em relações com os demais Estados”, Paulo Henrique Gonçalves Portela ressalta que tais correspondem à ideia de governo soberano¹⁴⁶. Nesse contexto, o governo soberano é o ente superior que exerce o poder político no ente estatal, ou seja, conforme conclui Hidelbrando Accioly, é necessária a existência de governo não subordinado a qualquer autoridade exterior e cujos únicos compromissos sejam pautados pelo próprio Direito Internacional¹⁴⁷.

Alberto do Amaral Junior conclui que a mera circunstância de que esses elementos estejam reunidos é suficiente para revelar o nascimento de novo Estado¹⁴⁸. Tal ideia é consubstanciada pela Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), que, em seu art. 13, estabelece:

Artigo 13. A existência política do Estado é independente do seu reconhecimento pelos outros Estados. Mesmo antes de ser reconhecido, o Estado tem o direito de defender a sua integridade e independência, de promover a sua conservação e prosperidade, e, por conseguinte, de se organizar como melhor entender, de legislar sobre os seus interesses, de administrar os seus serviços e de determinar a jurisdição e a competência dos seus tribunais. O exercício desses direitos não tem outros limites senão o do exercício dos direitos de outros Estados, conforme o direito internacional. (Sem grifo no original)¹⁴⁹.

Pelo explanado, observa-se que desde a formação do Estado até a análise de suas características fundamentais básicas, há a tentativa de sopesar os direitos dos Estados nascentes e dos Estados anteriores que podem ser atingidos pelo surgimento do novo ente estatal, com vistas a manter a paz internacional; todavia, em vários momentos, tal tentativa de balanceamento se mostra ineficiente.

No caso espanhol, em particular, Luís Fernando de Carvalho assevera que a tensão entre as forças centrípetas do nacionalismo espanhol e as forças centrífugas dos

¹⁴⁶ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. jusPODIVM, 2017. p 168.

¹⁴⁷ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 236.

¹⁴⁸ AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Manual do candidato: noções de direito e direito internacional**. 4. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2015. p. 222.

¹⁴⁹ BRASIL. Decreto 33.544, de 14 de fev de 1952. Promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30544-14-fevereiro-1952-340000-publicacaooriginal-1-pe.html>>.. Acessado em 31 maio 2018

nacionalismos periféricos constitui desafio central da política espanhola e da análise do Direito Internacional Público¹⁵⁰. A partir disso faz-se necessário um aprofundamento no estudo da secessão de Estados, sucessão de Estados e devido reconhecimento do ente estatal.

3 SUCESSÃO, SECESSÃO E RECONHECIMENTO DE ESTADO NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, ENVIESADO PARA O CASO CATALÃO

Com vistas a demonstrar a nítida complexidade da formação de um país para além da mera demonstração dos elementos constitutivos de Estado – quais sejam: território, população, governo e capacidade de ter relações com outros Estados – neste item serão discutidos os temas concernentes à sucessão de Estados, à secessão estatal e ao reconhecimento de Estados no Direito Internacional Público.

Quanto à matéria de nascimento de Estados, cabe rememorar que o conceito de sucessão de entes estatais é instituto muito complexo e alvo de debates doutrinários, que voltaram ao foco do estudo do Direito das Gentes após o desmembramento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e assunção de seus direitos e deveres internacionais pela Federação Russa. Hildebrando Accioly rememora que o tema da sucessão estatal é vivo e pode ter mutações, em razão de novos fatos¹⁵¹.

Destarte, Paulo Henrique Gonçalves Portela ensina que sucessão estatal nada mais é do que a substituição do ente estatal por outro ente, de mesma hierarquia, no contexto da responsabilidade nas relações internacionais em um determinado território¹⁵². Para David Ruzié e Gérard Teboul, tal competência territorial se define como sendo o poder jurídico de um Estado para agir no espaço que constitui seu território com universalidade de poderes e soberania de ação¹⁵³.

Hildebrando Accioly, por seu turno, argumenta que a questão de soberania do Estado sucessor sobre o território decorre do Direito Internacional, na qual, com a extinção do Estado sucedido, consubstancia em *clean slate*, tábua rasa, deve o novo governo decidir sobre a extinção dos antigos tratados, ressalvados os tratados de fronteiras. Sendo assim, não há que se falar em sucessão compulsória de direitos e

¹⁵⁰ CARVALHO, Luís Fernando de. **O Recrudescimento do nacionalismo catalão: Estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI**. 5. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2016. p. 13.

¹⁵¹ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 269.

¹⁵² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: jusPODIVM, 2017. p. 180.

¹⁵³ RUZIÉ, David; TBOUL, Gérard. **Droit International public**. 23. ed. Paris: Dalloz, 2015. p. 96.

obrigações de Estados¹⁵⁴.

Com vistas a positivar as normas concernentes à sucessão de Estados, bem como na busca de um termo comum entre as doutrinas sobre o tema, foram realizadas as convenções de Viena de 1978 – sobre sucessão de Estados em matéria de tratados – e a convenção de Viena de 1983 – sobre sucessão de Estados em matéria de bens, arquivos e dívidas. Entretanto, cabe rememorar que ambas não estão em vigor, devido à baixa quantidade de ratificações. Sendo assim, normalmente, o costume internacional rege as práticas concernentes à sucessão estatal.

Sem prejuízo, deverá ser considerado, em regra, a forma de sucessão do Estado. Sendo assim, haja vista que o presente trabalho versa sobre a tentativa de secessão da região catalã na Espanha, por corte metodológico, tais matérias sucessórias serão comentadas quando da explicação do conceito de secessão de Estado.

De mais a mais, a nacionalidade da população é foco de mudanças com a sucessão estatal. Paulo Henrique Gonçalves Portela ressalta que, em regra, se descarta a manutenção da nacionalidade do Estado predecessor quando este desaparece¹⁵⁵, todavia, pode haver disposição em contrário, abrindo possibilidade de escolha por parte da população. Hildebrando Accioly, por seu turno, comenta que poderá ocorrer uma verdadeira naturalização coletiva dos habitantes do território anexado, salvo os nacionais de qualquer país estrangeiro ali domiciliados ou residentes¹⁵⁶.

Além disso, quanto à participação do novo Estado no contexto de Organizações Internacionais em que o antecessor fazia parte, Paulo Henrique Gonçalves Portela ensina que dependerá da disposição sobre a matéria positivada no tratado constitutivo do organismo interestatal, bem como será necessário, em regra, o pedido de ingresso do novo Estado à Organização Internacional¹⁵⁷.

Pode-se considerar, assim, que o surgimento de Estado, que acarreta a sucessão de Estados, é espécie e a secessão estatal é gênero, forma de exteriorização da autodeterminação dos povos no contexto de determinada região que objetiva sua independência, como seria o caso catalão na Espanha. Nesse contexto, a secessão

¹⁵⁴ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 272

¹⁵⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: jusPODIVM, 2017. p. 181.

¹⁵⁶ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 278.

¹⁵⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: jusPODIVM, 2017. p. 182.

envolve territórios dependentes onde um povo tem o direito à independência. Aqui, o surgimento do novo Estado não faz com que o país antecessor desapareça, mas sim, cria Estado com parte do território do ente que anteriormente controlava tal faixa de terra. Essa espécie de sucessão estatal está muito ligada à descolonização e à emancipação de países dependentes de uma “pátria mãe”.

Sem prejuízo, no que tange à sucessão em matéria de tratados, a regra é que, em relação à secessão, aplicar-se-á, pelo costume internacional, o instituto da *clean slate*, onde compete a cada povo determinar se os tratados anteriores serão imputáveis ao novo ente estatal.

Entretanto, tal regra costumeira tem duas exceções: a primeira, em relação aos tratados territoriais, tem no costume internacional positivado no artigo 62 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969. Nesse contexto, a sucessão de Estado não afeta as fronteiras nem as obrigações e os direitos determinados por acordo internacional, relativos ao regime das fronteiras¹⁵⁸.

A segunda esfera de possibilidade tem conta nos tratados políticos. Aqui, tendo em vista haver mudança fundamental de circunstância, tais tratados de natureza política devem ser denunciados pelo novo Estado¹⁵⁹, conforme o artigo 62, § 1, “a”, da Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969.

Artigo 62

Mudança fundamental de circunstâncias

1. Uma mudança fundamental de circunstâncias, ocorrida em relação às existentes no momento da conclusão do tratado e não prevista pelas partes, não pode ser invocada como causa para a extinção ou a retirada do tratado, salvo se:

a) a existência dessas circunstâncias tiver constituído uma condição essencial do consentimento das partes em obrigarem-se pelo tratado;¹⁶⁰

¹⁵⁸ ACCIOLY. Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 274.

¹⁵⁹ ACCIOLY. Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 274.

¹⁶⁰ BRASIL. Decreto 7.030, de 14 de dez de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reservas aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**.

De mais a mais, cabe entrar em matéria fundamental para o presente trabalho: o reconhecimento de Estado no Direito Internacional Público.

Reunidos os elementos que constituem um Estado, trabalhados no item anterior, o novo ente estatal buscará seu reconhecimento pelos demais membros do Sistema Internacional.

Paulo Henrique Gonçalves Portela assevera que a existência estatal em condições satisfatórias de inserção na comunidade internacional depende, normalmente, do intercâmbio com outros Estados¹⁶¹. Como determina o artigo 6, primeira parte, da Convenção de Montevideu sobre os direitos e deveres dos Estados, de 1933, o reconhecimento do Estado significa que aquele que o reconhece aceita a personalidade do outro ente estatal com todos os direitos e deveres que o abarcam:

“Art. 6º. O reconhecimento de um Estado apenas significa que aquele que o reconhece aceita a personalidade do outro com todos os direitos e deveres determinados pelo direito internacional. O reconhecimento é incondicional e irrevogável”¹⁶².

Tal dispositivo consagra a tese de reconhecimento de Estado como ato meramente declaratório, em que o ato de reconhecer um país não tem caráter constitutivo. Sendo assim, não é fundamental para a existência do Estado o reconhecimento de seus pares internacionais.

Segundo Alberto do Amaral Junior, a concepção declaratória defende que a criação do novo Estado não se subordina ao assentimento dos Estados que porventura já existam¹⁶³. De mais a mais, o reconhecimento, segundo a doutrina declaratória, tem caráter retroativo, efeitos *ex tunc*, a partir do instante em que o Estado veio a se formar¹⁶⁴. Vai daí a irrevogabilidade da declaração de reconhecimento do Estado.

Brasília. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acessado em 15 jul 2018.

¹⁶¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: jusPODIVM, 2017. p. 173.

¹⁶² Decreto 1.570, de 13 de abr de 1937. Promulga as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo político, assinadas em Montevideo a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferencia internacional americana. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d1570.htm>. Acessado em 15 jul. 2018.

¹⁶³ AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Manual do candidato**: noções de direito e direito internacional. 4. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2015. p. 221.

¹⁶⁴ AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Manual do candidato**: noções de direito e direito internacional. 4. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2015. p. 222.

Além do caráter declaratório, o reconhecimento de Estado é unilateral, como conclui Francisco Rezek, não sendo, necessariamente explícito. Aqui o Estado, a partir de sua prerrogativa soberana, de forma explícita ou tácita, faz ver que entende presentes numa entidade homóloga a soberania e a personalidade de Direito Internacional Público idênticas à sua própria¹⁶⁵. Todavia, Paulo Henrique Gonçalves Portela defende que o reconhecimento vincula-se a certas condições estabelecidas por diversas fontes de Direito Internacional Público, como a doutrina, os atos e decisões de Organizações Internacionais e o costume internacional¹⁶⁶. Nesse contexto, o reconhecimento de Estado estaria ligado ao compromisso do novo ente estatal com o respeito às normas *jus cogens*, como as relativas à promoção da paz, à solução pacífica de controvérsias internacionais e à proteção dos direitos humanos.

É nesse contexto que há uma discussão na doutrina do internacionalista. A tese do ato declaratório, malgrado estar positivada em importante documento internacional como a Convenção de Montevideu de 1933, encontra antagonista na teoria constitutiva do reconhecimento de Estado.

Enquanto aquela defende que o Estado existe independentemente do reconhecimento de seus pares, esta, segundo Alberto do Amaral Júnior, sustenta que o novo Estado só realmente se forma quando os demais entes estatais reconhecerem a sua existência. Dionisio Anzilotti, citado por Hidelbrando Accioly, expunha que os sujeitos da ordem jurídica internacional começariam a existir no momento em que se verificasse um primeiro acordo entre os Estados¹⁶⁷. Tal tese, como critica Portela, abre margem para a consagração jurídica do poder e do interesse como fatores determinantes das relações internacionais¹⁶⁸.

Por outro lado, não se pode olvidar que o reconhecimento acaba por ser o ato que permite ao novo Estado inserir-se no Sistema Internacional de forma satisfatória. Nesse sentido, quando o reconhecimento não ocorre, o país pode ficar isolado internacionalmente. A prática internacional já mostrou dois casos em que o não reconhecimento foi imposto politicamente à Sociedade Internacional.

¹⁶⁵ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 165.

¹⁶⁶ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: jusPODIVM, 2017. p. 173.

¹⁶⁷ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255.

¹⁶⁸ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: jusPODIVM, 2017. p. 173.

Em 1965, a minoria branca da Rodésia do Sul – atual Zimbábue – declarou sua independência. O Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), adotou as resoluções 216 e 217 com base no capítulo VII da Carta ONU. Nesse sentido, houveram pressões para que nenhum Estado pudesse reconhecer os separatistas como um novo país, com vistas a abafar o fervor separatista na região.

Outro caso de relevância foi a tentativa de separação da minoria turca localizada no norte do Chipre. Quando de sua declaração de independência, o CSNU emitiu a resolução 541/1983, que proibia o reconhecimento de tal região como um novo Estado. Apenas a Turquia desrespeitou a resolução, obrigatória, do Conselho de Segurança e reconheceu a República Turca do Chipre do Norte como um Estado.

Quanto ao momento de reconhecimento do Estado, Hildebrando Accioly ensina a partir da apresentação das características de Estado, este pode ser reconhecido de imediato, todavia, é de bom tom reconhecer o novo ente estatal após o fim do conflito que motivou o aparecimento do Estado, após o reconhecimento da mãe-pátria¹⁶⁹.

Sendo assim, conclui-se que a sucessão estatal depende da forma de surgimento do novo Estado. Nesse contexto, pode-se falar que a existência do Estado *per se* é um ato de política interna, não dependendo de chancela externa, como legisla o artigo 3º da Convenção de Montevideu sobre direitos e deveres dos Estados, de 1933. Entretanto, a prática internacional demonstra que a efetiva inserção no Sistema Internacional depende do reconhecimento dos outros pares internacionais. Destarte, o não reconhecimento acarreta no isolamento do possível ente estatal, acarretando até na própria mitigação do nacionalismo e fervor independentista.

4 BREVE ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DA CATALUNHA

O presente item versará sobre os acontecimentos ocorridos na região autônoma da Catalunha, bem como seu desdobramento no cenário internacional.

No dia 10 de outubro de 2017, o presidente da região autônoma catalã, Carles Puigdemont, proclamou a independência da Catalunha e, ato contínuo, suspendeu seus efeitos por tempo indeterminado. A decisão de proclamar a independência desta região espanhola adveio do polêmico plebiscito feito no dia 1º de outubro de 2017, em que 90% dos votos foram favoráveis à separação da região catalã. Sem prejuízo, cabe ressaltar que apenas 43% dos eleitores catalães foram às urnas.¹⁷⁰ O recrudescimento do

¹⁶⁹ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 256.

¹⁷⁰ GAVEAU, Claire. Référendum en Catalogne: le gouvernement catalan annonce 90% de "oui". **RTL**. 2 de out. 2017. Disponível em: <<https://www.rtl.fr/actu/international/referendum-en-catalogne-le-gouvernement-catalan-annonce-90-de-oui-7790307013>>.. Acessado em 26 jul. 2018.

nacionalismo catalão calcou-se, como rememora Luís Fernando de Carvalho, na ascensão de questionamentos acerca da competência do governo de Mariano Rajoy, primeiro ministro espanhol à época, para resolver os desequilíbrios macroeconômicos, a ineficiência e o endividamento do setor público¹⁷¹.

Ademais, no contexto das discussões sobre uma reforma da Constituição espanhola, no ano de 2013, floresceu na maioria da sociedade catalã um desejo de maiores competências administrativas para a comunidade autônoma, o que deu azo ao renascimento de um independentismo no imaginário popular¹⁷². O jornalista Iñaki Gabilondo, citado por Luís Fernando de Carvalho, comenta que os jovens da Catalunha viam a Espanha como uma realidade administrativa distante, próximo do sentimento que um espanhol mantém com a Organização do Tratado Atlântico Norte (OTAN)¹⁷³. Esse mal-estar com o governo central foi determinante para a decisão do parlamento catalão.

A decisão de Carles Puigdemont fez com que o governo central de Madri, autorizado pelo senado, acionasse a intervenção na região autônoma, com base no artigo 155 da constituição espanhola. O disposto no referido artigo confere poderes ao governo federal para adotar medidas que obriguem as regiões autônomas a respeitarem o território espanhol. A partir de tal intervenção, a Catalunha teve seu parlamento regional fechado, o Presidente da região autônoma, Carles Puigdemont foi deposto, bem como foi emitida ordem de prisão contra tal político, que tentou asilar-se na Bélgica, todavia, se entregou na capital deste país. Foi a primeira vez no período pós-franquista que um mecanismo de intervenção foi acionado¹⁷⁴.

No cenário europeu, a proclamação de independência da região espanhola foi rechaçada pelos líderes da União Europeia (UE), que mostraram apoio ao governo de Mariano Rajoy e à aplicação da intervenção na região autônoma da Catalunha¹⁷⁵, o que deu escopo à declaração do Primeiro Ministro espanhol, em que a Catalunha seria uma

¹⁷¹ CARVALHO, Luís Fernando de. **O Recrudescimento do nacionalismo catalão: Estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI**. 5. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2016. p. 188.

¹⁷² CARVALHO, Luís Fernando de. **O Recrudescimento do nacionalismo catalão: Estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI**. 5. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2016. p. 188.

¹⁷³ CARVALHO, Luís Fernando de. **O Recrudescimento do nacionalismo catalão: Estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI**. 5. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2016. p. 193.

¹⁷⁴ ENTENDA a polêmica independência da Catalunha em 4 perguntas. **BBC Brasil** 21 de out. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41698708>>. Acessado em 27 jul. 2018.

¹⁷⁵ EM cúpula em Bruxelas, líderes da UE mostram apoio a Rajoy na crise com a Catalunha. **Estado de São Paulo**. 19 de out. 2017. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,em-cupula-em-bruxelas-lideres-da-ue-mostram-apoio-a-rajoy-na-crise-com-a-catalunha,70002053251>>. Acessado em 27 jul. 2018.

batalha para a Europa unida¹⁷⁶. Não se pode olvidar que o recrudescimento do nacionalismo catalão trouxe foco à velha discussão acerca de uma possível fragmentação dos Estados europeus, sobretudo em um momento de crise econômica e migratória sem precedentes na história moderna e em meio a negociação da saída do Reino Unido da UE. Tais desafios fazem com que os países do bloco europeu protejam sua soberania interna renegando o independentismo das regiões dos seus aliados¹⁷⁷.

Destarte, a concertação de políticas dos líderes europeus influenciou os outros países do mundo a rechaçarem o ato catalão. O Ministério das Relações Exteriores do Brasil, por exemplo, lançou nota oficial rejeitando a declaração de independência unilateral catalã, bem como reiterou o diálogo para a resolução dos desafios espanhóis¹⁷⁸.

A temporária retirada de autonomia da Catalunha deu ensejo a um novo processo de eleições na região. Nesse contexto, os separatistas Joaquim Torra e Roger Torrent, do partido Esquerda Republicada da Catalunha (ERC), sagraram-se presidentes da região autônoma da Catalunha e do parlamento catalão, respectivamente. O ERC, ademais, manteve sua força nas cadeiras da mais alta casa legislativa da região autônoma.

Posteriormente, o Primeiro Ministro espanhol, Mariano Rajoy, foi retirado do poder pelo partido socialista, que escolheu o economista Pedro Sánchez para ocupar o mais alto cargo político da Espanha, o que traz novos desafios para um país que se preocupa em manter sua soberania territorial¹⁷⁹. Sánchez defende um diálogo mais aberto com o novo presidente da região autônoma, com vistas a tentar reverter a pior

¹⁷⁶ CAÑO, Antônio; MIGUEL, Rafa de; RIVERA, Jorge. Mariano Rajoy, primeiro-ministro espanhol: "Catalunha é a batalha da Europa". **El País**. 8 de out. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/07/internacional/1507394644_881357.html>. Acessado em 26 jul. 2018.

¹⁷⁷ UNIÃO Europeia não reconhece independência da Catalunha. **Exame**. 27 DE out. de 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/uniao-europeia-nao-reconhece-independencia-da-catalunha/>>. Acessado em 26 jul 2018.

¹⁷⁸ BRASIL. IRAMARATY. Situação na Catalunha. Brasília. 28 de out. de 2017. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/17724-situacao-na-catalunha>>. Acessado em 27 ago. 2018.

¹⁷⁹ Novo primeiro-ministro espanhol assume sob pressão da Catalunha. **Folha de São Paulo**. 2 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/06/novo-primeiro-ministro-espanhol-assume-sob-pressao-da-catalunha.shtml>>. Acessado em 27 ago 2018.

crise política espanhola nas últimas décadas¹⁸⁰.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou apresentar, partindo de matéria ampla para o caso concreto, o caso da secessão catalã.

Conclui-se pela ilegalidade do nascimento do novo Estado, a partir de parte do território espanhol. Isto se conclui com base em três pontos: Não há autodeterminação do povo catalão, a Constituição espanhola veta a secessão de suas regiões autônomas e não há o mínimo de apoio internacional para viabilizar o novo país.

Quanto ao princípio da autodeterminação dos povos, sua relevância é explicitada pela sua positivação da Carta das Nações Unidas, além de ser um dos princípios da ONU, é uma das bases para a cooperação econômica e social internacional:

“Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos [...]”¹⁸¹.

Entretanto, no caso catalão, tal raciocínio se antagoniza com outro princípio fundamental ao Direito Internacional Público: o respeito à soberania territorial da Espanha. Nesse sentido, uma das bases de um Estado, conforme a Convenção de Montevideo Sobre Direitos e Deveres dos Estados, de 1933, é um território definido onde o governo e a população espanholas têm soberania. Nesse sentido, a proteção da integridade territorial é possivelmente o valor mais elevado do DIP do ponto de vista dos Estados. Constava da Liga das Nações e ressurgiu na ONU após a Segunda Guerra Mundial¹⁸². A secessão, nesse contexto, traz em outra face a soberania e a integridade territorial¹⁸³.

¹⁸⁰ GALLEGO-DÍAZ, Soledad; CUÉ, Carlos. “The Catalan crisis is not going to be solved in one, two or even six years”. **El País**. Disponível em: <https://elpais.com/elpais/2018/06/25/inenglish/1529916505_251485.html>. Acessado em 27 jul. 2018.

¹⁸¹ BRASIL. Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19301949/d19841.htm>. Acessado em 19 jan. 2018.

¹⁸² NOGUEIRA, Arthur. **Kôssovo, província ou país**. 1. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. 2015. p. 174.

¹⁸³ NOGUEIRA, Arthur. **Kôssovo, província ou país**. 1. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. 2015. p. 181.

Destarte, o Direito Internacional Público tenta ponderar os dois princípios ao garantir a autonomia de determinada população no interior do país- por meios das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos- ao mesmo tempo que garante ao Estado a sua integridade territorial. Sendo assim, nas Relações Internacionais atuais, só haverá o nascimento de um novo Estado quando a autodeterminação do povo for comprovada a partir do reconhecimento do antigo país- como ocorreu no caso sul-sudanês em 2011- ou quando há vitória militar na luta de independência¹⁸⁴. Vai daí a ilegalidade da independência catalã, pois o governo espanhol não reconheceu o plebiscito que deu azo à declaração de independência da Catalunha, o que viola a soberania legislativa do país, bem como não há um estado bélico entre Espanha e sua região autônoma. Sendo assim, não se pode falar em criação do Estado independente da Catalunha.

De mais a mais, o artigo segundo da constituição espanhola de 1978 declara a indissolubilidade da unidade deste país, garantindo o direito de autonomia de suas regiões, bem como salvaguardando as especificidades culturais de todas as comunidades espanholas, como dialetos e costumes:

“Artigo 2. A Constituição fundamenta-se na unidade indissolúvel da nação espanhola, pátria comum e indivisível de todos os espanhóis, e reconhece e garante o direito à autonomia das nacionalidades e regiões que a integram e a solidariedade entre elas”¹⁸⁵ (tradução livre).

Tomando como base o disposto constitucional, há a obrigação das comunidades autônomas em se reportar a Madri, sob pena de sofrer a intervenção em sua autonomia, como propugna o já explanado artigo 155 da constituição espanhola de 1978. Conforme já explicado, foi exatamente o ocorrido no caso catalão. Sendo assim, não houve violação do governo central quando do não reconhecimento do plebiscito, mas sim o estrito respeito às normas constitucionais.

Tal fato é comprovado a partir de um estudo superficial de direito constitucional comparado. Os dispostos constitucionais espanhóis encontram semelhança no artigo primeiro da Carta Cidadã de 1988, onde dispõe a República Federativa do Brasil como uma unidade indissolúvel entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal

¹⁸⁴ NOGUEIRA, Arthur. **Kôssovo, província ou país**. 1. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. 2015. p. 183.

¹⁸⁵ ESPANHA. Decreto 311, de 27 de dezembro de 1978. Don Juan Carlos I, Rei da Espanha, vem informar a todos que: as cortes aprovaram e o povo espanhol ratificou a seguinte Constituição. **Boletim Oficial do Estado**. Madri. Disponível em < https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 >. Acessado em 04 ago. 2018.

(DF); e no artigo 34, onde é tutelado o direito da União em intervir nos Estados e no DF, com vistas a manter a integridade nacional.

Nesse contexto, pode-se considerar que a intervenção federal é uma forma excepcional de controle de constitucionalidade feito pelo poder executivo, onde, a partir de uma ação iminentemente inconstitucional de um Estado ou do DF, há a repressão do governo federal com vistas a recuperar a harmonia da constitucional na região¹⁸⁶.

Portanto, pode-se concluir que a intervenção na Catalunha foi legítima, pois objetivou-se sanar a inconstitucionalidade que ocorria naquela região autônoma.

Sendo assim, ressalta-se que, em verdade, o plebiscito catalão foi ilegal, eivando de ilegalidade a declaração de independência da região autônoma da Catalunha. Nesse contexto, o governo madrileno agiu conforme a constituição de 1978 e cessou o desrespeito à sua lei maior.

Ademais, nota-se grave falta de apoio internacional para a independência catalã, o que acaba por sufocar a viabilidade de um novo país na região. Como já explicado, a doutrina majoritária considera o reconhecimento de Estado ato meramente declaratório, não sendo a aceitação da Sociedade Internacional uma necessidade para a existência do Estado. Não se pode olvidar, entretanto, que o reconhecimento acarreta a aceitação da personalidade jurídica do novo Estado¹⁸⁷. Sendo assim, o isolamento da posição independentista acarreta em impossibilidade de abertura de relações multilaterais por parte da Catalunha, o que acaba por sufocar economicamente e politicamente a região mesmo antes da consolidação do Estado-Nação catalão.

Por fim, o concerto de posicionamentos das grandes potências mundiais, além de evidenciar o apoio ao governo de Madri, demonstra um fato controvertido na formação dos Estados modernos: praticamente todos os Estados europeus têm a chaga do separatismo em determinadas regiões de seus territórios. Da Escócia à Sicília (Itália), a Europa ocidental vem sofrendo com o recrudescimento de alguns movimentos em regiões que não se sentem representadas pelo Estado e querem a oportunidade de desenvolverem sua própria nação. Isso acaba por fazer os antigos Estados-nação se posicionarem em bloco com vistas a recuperarem a força e legitimidade de suas

¹⁸⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 757.

¹⁸⁷ AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Manual do candidato**: noções de direito e direito internacional. 4. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2015. p. 222.

existências¹⁸⁸.

Sendo assim, finaliza-se explicitando o porquê da ilegalidade da independência catalã no âmbito do Direito Internacional Público, pois se mostra deficiente de legalidade interna e de ilegitimidade externa.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Manual do candidato**: noções de direito e direito internacional. 4. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2015.

BRASIL. Decreto 19.841, de 22 de out de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19301949/d19841.htm>. Acesso em: 31 maio 2018.

_____. Decreto 1.570, de 13 de abr de 1937. Promulga as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo político, assinadas em Montevideo a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferencia internacional americana. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d1570.htm>. Acessado em 31 maio 2018.

_____. Decreto 33.544, de 14 de fev de 1952. Promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30544-14-fevereiro-1952-340000-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em 31 maio 2018.

_____. Decreto 7.030, de 14 de dez de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reservas aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acessado em 15 jul 2018.

_____. ITAMARATY. Situação na Catalunha. Brasília. 28 de out. de 2017. Disponível em:

¹⁸⁸ CAIN, Blandine le; FEERTCHAK, Alexis. Au-delà de la Catalogne, plusieurs mouvements autonomistes existent en Europe. **Le Figaro**. 30 de set. 2017. Disponível em: <<http://www.lefigaro.fr/international/2017/09/30/01003-20170930ARTFIG00015-au-dela-de-la-catalogne-plusieurs-mouvements-autonomistes-existent-en-europe.php>>. Acessado em 05 ago. 2018.

<<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/17724-situacao-na-catalunha>>. Acessado em 27 ago 2017.

CAIN, Blandine le; FEERTCHAK, Alexis. Au-delà de la Catalogne, plusieurs mouvements autonomistes existent en Europe. **Le Figaro**. 30 de set. 2017. Disponível em: <<http://www.lefigaro.fr/international/2017/09/30/01003-20170930ARTFIG00015-au-dela-de-la-catalogne-plusieurs-mouvements-autonomistes-existent-en-europe.php>>. Acessado em 05 ago 2018.

CAÑO, Antônio; MIGUEL, Rafa de; RIVERA, Jorge. Mariano Rajoy, primeiro-ministro espanhol: "Catalunha é a batalha da Europa". **El País**. 8 de out. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/07/internacional/1507394644_881357.html>. Acessado em 26 jul 2018.

CARVALHO, Luís Fernando de. **O Recrudescimento do nacionalismo catalão: Estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI**. 5. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EM cúpula em Bruxelas, líderes da UE mostram apoio a Rajoy na crise com a Catalunha. **Estado de São Paulo**. 19 de out. 2017. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,em-cupula-em-bruxelas-lideres-da-ue-mostram-apoio-a-rajoy-na-crise-com-a-catalunha,70002053251>>. Acessado em 27 jul 2018.

ESPANHA. Decreto 311, de 27 de dezembro de 1978. Don Juan Carlos I, Rei da Espanha, vem informar a todos que: as cortes aprovaram e o povo espanhol ratificou a seguinte Constituição. **Boletim Oficial do Estado**. Madri. Disponível em <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acessado em 04 ago 2018.

GALLEGO-DIAZ, Soledad; CUÉ, Carlos. "The Catalan crisis is not going to be solved in one, two or even six years". **El País**. Disponível em: <https://elpais.com/elpais/2018/06/25/inenglish/1529916505_251485.html>. Acessado em 27 jul 2018.

GAVEAU, Claire. Référendum en Catalogne: le gouvernement catalan annonce 90% de "oui". **RTL**. 2 de out. 2017. Disponível em: <<https://www.rtl.fr/actu/international/referendum-en-catalogne-le-gouvernement->

catalan-annonce-90-de-oui-7790307013>. Acessado em 26 jul 2018.

ENTENDA a polêmica independência da Catalunha em 4 perguntas. **BBC Brasil** 21 de out. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41698708>>. Acessado em 27 jul 2018.

NOGUEIRA, Arthur. **Kôssovo, província ou país**. 1. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão. 2015.

Novo primeiro-ministro espanhol assume sob pressão da Catalunha. **Folha de São Paulo**. 2 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/06/novo-primeiro-ministro-espanhol-assume-sob-pressao-da-catalunha.shtml>>. Acessado em 27 ago 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: jusPODIVM, 2017

RUZIÉ, David; TEBOUL, Gérard. **Droit International public**. 23. ed. Paris: Dalloz, 2015.

UNIÃO Europeia não reconhece independência da Catalunha. **Exame**. 27 DE out. de 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/uniao-europeia-nao-reconhece-independencia-da-catalunha/>>. Acessado em 26 jul 2018.

UNITED NATIONS (ONU). Resolução 181 (II). Futuro governo da Palestina, concluída em 29 de novembro de 1947. **General assembly**. Disponível em: <<https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/7F0AF2BD897689B785256C330061D253>>. Acessado em 15/07/2018.

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL É VIA ADEQUADA PARA REPRIMIR A VIOLÊNCIA JUVENIL?

GEOVANNA PINHEIRO DA SILVA:

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná – CEULJI/ULBRA. Especialista em Direito Constitucional pelo Gran Centro Universitário. Ex-Assistente Ministerial do Ministério Público do Estado de Rondônia.189

RESUMO: A redução da maioridade penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos de idade gera debates na seara jurídica, notadamente em razão das dúvidas relacionadas à viabilidade deste meio para reduzir a violência juvenil. Parte da doutrina entende que a proteção constitucional à inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos é cláusula pétrea implícita, de forma que a redução da maioridade penal depende de uma nova ordem constitucional. Outra parte aponta que não se trata de cláusula pétrea e, por isso, se torna suficiente a formulação de emenda constitucional. Assim, esta pesquisa tem por escopo colacionar a legislação pátria que rege a proteção especial ao menor que praticou ato infracional, além de apontar as divergências acerca de ser a norma que trata sobre a inimputabilidade em comento cláusula pétrea, ou não. Ainda, tem por objetivo refletir que a redução da maioridade penal não é a medida mais adequada para reduzir a violência juvenil, pois isso envolve um trabalho em conjunto dos pais, da sociedade e do Estado.

Palavras-chave: Adolescente. Redução da maioridade penal. Cláusula Pétrea.

ABSTRACT: The reduction of the age of criminal responsibility from 18 (eighteen) to 16 (sixteen) years of age generates debates in the legal field, notably due to doubts related to the viability of this means of reducing youth violence. Part of the doctrine understands that the constitutional protection of the non-imputability of minors under 18 (eighteen) years of age is an implicit immutable clause, so that the reduction of the age of criminal responsibility depends on a new constitutional order. Another party points out that this is not a permanent clause and, therefore, the formulation of a constitutional amendment is sufficient. Thus, this research aims to collate the national legislation that governs the special protection for minors who committed an infraction, in addition to pointing out the divergences regarding whether the norm that deals with non-imputability in question is a

189 E-mail: geovannapinheiro18@hotmail.com

permanent clause, or not. Furthermore, it aims to reflect that reducing the age of criminal responsibility is not the most appropriate measure to reduce youth violence, as this involves working together between parents, society and the State.

Keywords: Adolescent. Reduction of the age of criminal responsibility. Stone Clause.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal e a Lei nº 8.069/90 formam um conjunto de normas que, à luz da doutrina da proteção integral, buscam proteger as crianças e os adolescentes de ações e omissões (abusos físicos, psicológicos, sexuais etc) praticados por seus pais/representantes legais, pelo Estado e até mesmo em razão da prática de seus próprios atos, etc, bem como tratam acerca da responsabilização por atos ilícitos praticados por meio de legislação especial, cuja finalidade é predominantemente pedagógica.

O presente artigo tem por escopo analisar, sob a ótica doutrinária e jurídica, os posicionamentos sobre a polêmica temática envolvendo a (im) possibilidade da redução da maioridade penal e o instrumento jurídico cabível para alterar o arcabouço normativo vigente acerca da imputabilidade penal, bem como averiguar se esse é o meio adequado para resolver o problema da criminalidade que afeta o nosso país.

Nesse sentido, a pesquisa apresenta os critérios adotados pelo Código Penal para aferição da imputabilidade e a inimputabilidade penal em razão da menoridade.

Destarte, pretende desenvolver estudo, ao qual busca analisar, a questão da redução da maioridade penal e a proteção do adolescente que viola bens jurídicos protegidos pelo Código Penal e Leis Extravagantes, sob o ponto de vista de o artigo 228 da Constituição Federal tratar-se de cláusula pétrea implícita.

2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS SOBRE A IMPUTABILIDADE PENAL E A INIMPUTABILIDADE PELA MENORIDADE

Inicialmente, compete dizer que contexto histórico da proteção da criança e do adolescente foi progressivo ao longo do tempo, passando de uma absoluta indiferença para proteção integral, em especial pelas disposições da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.069/90.

A maioridade penal corresponde à idade em que o indivíduo passa a responder integralmente pelos seus atos criminosos perante a lei penal, sendo esta fixada no Brasil aos 18 (dezoito) anos de idade, a teor do art. 228, da Constituição Federal, o qual dispõe que "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial".

Mirabete (2006, p. 207)¹⁹⁰ afirma que “há imputabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento”. Em outras palavras, Capez explica o seguinte:

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável não é apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento (Capez, 2015, p. 326)¹⁹¹

Assim, infere-se que a imputabilidade penal é a qualidade atribuída ao agente que possui condição intelectual para determinar a sua conduta e mentalmente capaz de compreender a ilicitude dos seus atos, ou seja, é a capacidade do indivíduo de se autodeterminar sobre a licitude ou não de sua conduta e ainda assim agir em conformidade com esse entendimento, sendo certo que na ausência de dos elementos intelectual e volitivo incorrerá na inimputabilidade.

Como aponta Masson (2022, p. 389), “O Brasil adotou o critério cronológico. Toda pessoa, a partir do início do dia em que completa 18 anos de idade, presume-se imputável.” O autor ainda esclarece que o momento para aferir a imputabilidade é à época da conduta praticada, isto é, da ação ou omissão, de forma que eventual alteração posterior causa apenas efeitos processuais.

A imputabilidade é a regra, sendo exceção a inimputabilidade, a qual incide nas seguintes situações previstas no Código Penal: a) doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput, e 27, CP) b) embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º, CP); c) menoridade (art. 27, CP).

Mirabete e Fabbrini prelecionam que existem três critérios determinantes que isentam de pena os inimputáveis, os quais são elencados assim:

¹⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal - parte geral, 23ª ed. vol.1, São Paulo: Atlas. 2006, p. 207.

¹⁹¹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 326.

O primeiro é o sistema biológico (ou etiológico), segundo o qual aquele que apresenta uma anomalia psíquica é sempre inimputável, não se indagando se essa anomalia causou qualquer perturbação que retirou do agente a inteligência e a vontade do momento do fato. É evidentemente, um critério falho, que deixa impune aquele que tem entendimento e capacidade de determinação apesar de ser portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto etc.

O segundo é o sistema psicológico, em que se verificam apenas as condições psíquicas do autor no momento do fato, afastada qualquer preocupação a respeito da existência ou não de doença mental ou distúrbio psíquico patológico. Critério pouco científico, de difícil averiguação, esse sistema se mostrou falho na aberrante “perturbação dos sentidos” da legislação anterior ao Código de 1940.

O terceiro critério é denominado sistema biopsicológico (ou biopsicológico normativo ou misto), adotado pela lei brasileira no art. 26, que combina os dois anteriores. Por ele, deve verificar-se, em primeiro lugar, se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Em caso positivo, averigua-se se era capaz de entender o caráter ilícito do fato; será inimputável se não tiver essa capacidade. Tendo capacidade de entendimento, apura-se se o agente era capaz de determinar-se de acordo com essa consciência. Inexistente a capacidade de determinação, o agente é também inimputável. (MIRABETE e FABBRINI, 2010, p. 196).192

Extrai-se, pois, que no critério biológico a inimputabilidade ocorrerá pela simples presença de doença mental ou pelo desenvolvimento mental incompleto, enquanto que no sistema psicológico é analisado tão somente se o indivíduo tem condições de entender o caráter ilícito do fato praticado ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, e, por fim, no sistema biopsicológico ocorre a junção dos critérios anteriores.

Assim sendo, nos termos do artigo 26 do Código Penal, a inimputabilidade, em regra, é aferida por meio do critério biopsicológico, note-se:

192 MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato, Manual de Direito Penal- Parte Geral, 27ª edição, editora Atlas, São Paulo, 2011, p. 196.

Art. 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.

Redução de pena 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.

Sobre o objeto do presente trabalho, são considerados inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos de idade, por expressa disposição do art. 27 do Código Penal: "Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.", que encontra fundamento no mandamento constitucional previsto no artigo 228.

Assim sendo, o Código Penal em seu artigo 27 adotou o critério biológico em relação aos menores de 18 (dezoito) anos de idade para dispor sobre a inimputabilidade, bastando a comprovação da menoridade por meio de documento oficial/legítimo, conforme disposto na Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça. Sobre isso, Cleber Masson melhor desenvolve o tema nos seguintes termos:

Em relação aos menores de 18 anos de idade adotou-se o sistema biológico para a constatação da inimputabilidade. Tais pessoas, independentemente da inteligência, da perspicácia e do desenvolvimento mental, são tratadas como inimputáveis. Podem, inclusive, ter concluído uma faculdade ou já trabalharem com anotação em carteira de trabalho e previdência social. A presunção de inimputabilidade é absoluta (*iuris et de iure*), decorrente do art. 228 da Constituição Federal e do art. 27 do Código Penal, e não admite prova em sentido contrário. Nos termos da Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça, a prova da menoridade deve ser feita por documento hábil. Esse documento pode, mas não deve ser necessariamente a certidão de nascimento. Serve qualquer

documento de identidade, certidão de batismo, carteira escolar etc. (Cleber Masson, 2022, 391)¹⁹³

Diante destas premissas, tem-se que o menor de 18 (dezoito) anos deve se submeter à responsabilização prevista no art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, note-se: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.”

Destarte, o ECA em seu artigo 2º, caput, define criança como sendo pessoa contando com até os 12 (doze) anos de idade incompletos e adolescente quem tem entre 12 (doze) a 18 (dezoito) anos incompletos, ao passo que há disposição expressa no sentido de que criança que pratica ato infracional está sujeita tão somente as medidas de proteção (arts. 105 e 101, do ECA), não se lhe aplicando medida socioeducativa alguma, enquanto que ao adolescente podem ser aplicadas as medidas socioeducativas de advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e qualquer uma das medidas de proteção previstas no art. 101, I a VI, do ECA (art. 112, do ECA).

Na seara de proteção, a Constituição Federal em seus artigos 227 e 228 trata da Doutrina da Proteção Integral da Criança, e conforme define Liberatti (2003, p. 15)¹⁹⁴: “é integral, primeiro, porque assim diz CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque contrapõe à teoria do ‘Direito tutelar do menor’”

Sobre a doutrina da proteção integral envolvendo a criança e o adolescente, tem-se que compete aos pais, a sociedade e ao Estado proteger a infância de forma plena, pois se trata de um direito fundamental. Assim, é possível visualizar a importância de um tratamento especial à criança e ao adolescente, tendo como base sua condição especial de desenvolvimento, tanto que o artigo 227 da Constituição Federal aborda sobre o princípio da prioridade absoluta e proteção integral. Salomão Shecaira (2008, p. 137)¹⁹⁵ relata que, “Quis o constituinte separar os direitos e garantias das crianças e adolescentes do conjunto da cidadania com objetivo de melhor garantir sua defesa”.

Assim, fácil concluir que estão sujeitos às normas do Código Penal tão somente os maiores de 18 (dezoito) anos, estando os abaixo dessa idade sujeitos às normas da

¹⁹³ MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral, (arts. 1º a 120), v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2022, 391.

¹⁹⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 7. Ed. Rev. E ampl., de acordo com o novo Código Civil (ei 10.406/2002). São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 15.

¹⁹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 137.

legislação especial, que no caso é o Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre a sistemática processual envolvendo a responsabilização do menor infrator, Saraiva adverte que:

Do ponto de vista das garantias penais, processuais e de execução no sistema da justiça da infância e juventude para jovens em conflito com a lei, autores de condutas infracionais, poder-se-ia, preliminarmente, afirmar, como aspecto primordial, que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe estes agentes da condição de OBJETO DO PROCESSO, como os tratava o anterior regime, para o status de SUJEITOS DO PROCESSO. Consequentemente, isso os tornou detentores de direitos e obrigações próprios do exercício da cidadania plena, observada sua peculiar condição de desenvolvimento (um dos postulados da ordem legal decorrente do Estatuto da Criança e do Adolescente), cumprindo um dos princípios fundamentais da Constituição Federal Brasileira, que estabelece em seu art. 1º, inc. III como fundamento da República, a Dignidade da Pessoa Humana. (Saraiva, 2002, p. 18-19)¹⁹⁶

Logo, o Estatuto assegurou a todas as crianças e adolescentes todos os direitos inerentes à pessoa humana e, de maneira substancial, considerou a necessidade de garantir o seu pleno desenvolvimento, tornando-os sujeitos de direitos. Sobre isso, Pereira (2008, p. 942)¹⁹⁷ acrescenta que “As medidas socioeducativas, quando efetivamente aplicadas, somadas a outras de caráter geral, tais como educação, atendimento à saúde, proteção à família etc., impediram o alto grau de criminalidade dominante, especialmente nas grandes cidades.”

Ademais, parte da doutrina aponta que o artigo 228 da Constituição Federal tem natureza de direito fundamental, logo, de cláusula pétrea, razão pela qual não pode ser extirpado ou sofrer limitação que coloque em risco o núcleo essencial do direito assegurado. Assim, discursa Dotti:

“Estabelece o art. 228 da CF que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos apenas às normas da legislação especial. A inimputabilidade assim declarada constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora

¹⁹⁶ SARAIVA, João Batista Costa. Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 18-19.

¹⁹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 942.

topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea. Consequentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do § 4º, IV, do art. 60 da CF”. (DOTTI, 2005, p.412)198

Por outro lado, Lenza sustenta que a inimputabilidade penal em razão da menoridade não é cláusula pétrea:

Importante assinalar que a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, além de prevista no art. 27 do CP, encontra-se determinada no art. 228 da CF. Há autores, inclusive, que sustentam tratar-se de cláusula pétrea. Não é a nossa opinião. Como se sabe, as cláusulas pétreas encontram-se previstas no art. 60, § 4º, do Texto Maior, inserindo-se dentre elas as 53 normas constitucionais ligadas aos direitos e garantias fundamentais (inc. IV). Para nós, a previsão da irresponsabilidade penal dos menores de 18 anos não constitui direito ou garantia fundamental. Isto porque, muito embora os direitos e garantias fundamentais que constituem cláusulas pétreas não se esgotem no âmbito do art. 5º da CF, todos aqueles relativos à matéria penal e processual penal encontram-se no citado dispositivo. Entendemos, então, que a norma contida no art. 228 do Texto Maior pode ser alterada, por meio de emenda à Constituição.

Destarte, percebe-se que há divergência doutrinária acerca da inimputabilidade penal dos menores de 18 (dezoito) anos ser considerado cláusula pétrea, sendo que isso influência na forma de alteração da norma quanto à redução da maioridade penal, como veremos a seguir.

3. A POLÊMICA ACERCA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Em razão do aumento da criminalidade e na dificuldade do Estado prevenir a ocorrência de atos infracionais, surgem ideias para a promoção da redução da maioridade penal. Sobre isso, Saraiva esclarece o seguinte:

198 DOTTI, René Ariel, 1934 – Curso de direito penal: parte geral – Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 412.

A discussão em torno da responsabilidade penal juvenil e da delinquência na adolescência, costuma ser conduzida para que imediatamente o foco seja direcionado para a proposta do rebaixamento da idade penal, posicionando-se dois grupos em pontos opostos.

A discussão toma este rumo pela desconsideração de que, desde a ratificação da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança pelo Brasil, desde antes, com o advento da Constituição Federal e, especialmente, desde o Estatuto da Criança e do Adolescente, se estabeleceu no país um sistema de responsabilidade juvenil.

No debate, posicionam-se, em um extremo, os partidários da Doutrina do Direito Penal Máximo, idéia fundante do movimento Lei e Ordem, que imagina que com mais rigor, com mais pena, com mais cadeia, com mais repressão em todos os níveis, haverá mais segurança.

No outro extremo, os seguidores da idéia do Abolicionismo Penal, para quem o Direito Penal, com sua proposta retributiva, faliu, que a sociedade deve construir novas alternativas para o enfrentamento da criminalidade, que a questão da segurança é essencialmente social e não penal, e que insistem em ressuscitar o discurso do velho direito tutelar na interpretação que pretendem dar às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A razão nunca está nos extremos. Em meio a estes opostos há a Doutrina do Direito Penal Mínimo, que reconhece a necessidade da prisão para determinadas situações, que propõe a construção de penas alternativas, reservando a privação de liberdade para os casos que representam um risco social efetivo. Busca nortear a privação de liberdade por princípios como o da brevidade e o da excepcionalidade, havendo clareza que existem circunstâncias em que a prisão se constitui em uma necessidade de retribuição e educação que o Estado deve impor a seus cidadãos que infringirem certas regras de conduta. (Saraiva, 2005, p. 83-84)199

199 SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2.ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83-84.

O autor Rebelo (2010, p.22) opina que:

A redução do patamar etário penal poderia acarretar uma redução da violência, visto que o jovem criminoso seria punido com a pena correspondente ao delito praticado, proporcionando, assim, uma justa punição aos jovens delinqüentes. É possível até mesmo se aventar a hipótese de descabimento do tratamento dado ao menor, porque isso feriria o princípio da proporcionalidade da pena, segundo o qual a pena tem que ser proporcional à lesão causada, e uma internação máxima de três anos para casos de crimes como homicídio seria demasiadamente branda.

Há quem sustente que a possibilidade de o jovem com 16 (dezesesseis) anos de idade poder exercer o direito facultativo ao voto, se casar, poder ser emancipado, fundamentam a tese que detém capacidade para poder responder por seus atos perante a Justiça Criminal, posto que se presume ter maturidade e discernimento para praticar seus atos. Saraiva (2003, p. 165) opina no seguinte sentido:

Dizer-se que o jovem de 16 anos pode votar e por isso pode ir para a cadeia é uma meia-verdade (ou uma inverdade completa). O voto aos 16 anos é facultativo, enquanto a imputabilidade é compulsória. De resto, a maioria esmagadora dos infratores nesta faixa de idade nem sequer sabe de sua potencial condição de eleitores; faltam-lhes consciência e informação.

Percebe-se, como já visto, que há posicionamentos divergentes acerca da viabilidade da redução da maioridade penal como forma reduzir a violência juvenil, mas certo é que o legislador deve sempre buscar a proteção integral da criança e do adolescente, por serem pessoas em desenvolvimento que reclamam uma atenção especial, ainda que isso ocorra no campo da responsabilização por atos infracionais praticados.

4. INSTRUMENTO JURÍDICO CABÍVEL PARA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Acerca do instrumento jurídico adequado para promover a redução da maioridade penal, Masson apresenta duas posições pertinentes, quais sejam, a primeira assevera que inimputabilidade do menor de 18 (dezoito) anos é cláusula pétrea implícita, de forma que a alteração da maioridade penal depende do surgimento de uma nova ordem constitucional, e a segunda admite que uma emenda constitucional altere o arcabouço protecionista envolvendo o menor que está em conflito com a lei. Note-se:

Muito se discute sobre a possibilidade da diminuição da maioria penal, e qual seria o instrumento necessário para tanto, visando considerar imputáveis as pessoas a partir de idade inferior a 18 anos. Recorde-se que os menores de 18 anos são inimputáveis por expressa determinação constitucional (art. 228). Sobre o assunto há duas posições: 1) A redução da maioria penal somente seria possível com o advento de uma nova Constituição Federal, fruto do Poder Constituinte Originário. A maioria penal constitui-se em cláusula pétrea implícita, referente ao direito fundamental de todo menor de 18 anos de não ser processado, julgado e condenado pela Justiça comum. 2) É suficiente uma emenda constitucional, por não se tratar de cláusula pétrea, mas de norma constitucional inserida no capítulo inerente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. A propósito, já foram apresentadas diversas propostas de Emenda Constitucional nesse sentido, mas até agora nenhuma delas foi aprovada. (Masson, 2022, p. 392)200

Assim, tem-se que o instrumento jurídico necessário depende da natureza jurídica da norma que considera como inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos de idade.

Não obstante a divergência acerca do instrumento jurídico adequado, foi proposta a Emenda à Constituição n.º 115/2015 (PEC 171/1993), cujo objeto é buscar estabelecer que são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de 16 (dezesesseis) anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de 18 (dezoito) anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

Sobre a proposta de emenda constitucional e a natureza da norma que trata sobre a inimputabilidade penal em razão da menoridade, Rogério Sanches apresenta comentários pertinentes em sua obra de Direito Penal, vejamos:

198. CF/88. Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Para muitos, a menoridade constitucionalmente prevista retrata garantia constitucional dos jovens, não podendo ser diminuída, sequer por meio de emenda constitucional (cláusula pétrea). Tramita no Congresso Nacional proposta de emenda constitucional, já

200 MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral, (arts. 1º a 120), v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2022, 392.

aprovada na Câmara dos Deputados, para alteração do art. 228 da CF/88. De acordo com o texto aprovado, o art. 228 dispõe, como regra, sobre a inimputabilidade dos menores de dezoito anos, sujeitos a normas da legislação especial (Lei 8.069/90). Excepcionalmente, os menores com dezesseis anos completos podem ser responsabilizados penalmente, caso sejam autores dos chamados crimes graves, como os hediondos e equiparados (salvo o tráfico de drogas), de homicídio doloso, de lesão corporal grave, de lesão corporal seguida de morte ou de roubo majorado. O tema é objeto de extenso debate, não somente sobre a viabilidade da medida em termos práticos, mas também relativamente à constitucionalidade da proposta: a) há quem sustente que a norma constitucional sobre a imputabilidade seja cláusula pétrea. Assim se manifestam com base no entendimento de que os direitos e garantias fundamentais não se restringem ao rol do art. 5º da CF/88, mas podem ser encontrados em outros dispositivos cujo conteúdo seja materialmente relacionado ao núcleo da Constituição. Por isso, voltado à proteção integral da pessoa do adolescente, o art. 228 não poderia ser objeto de proposta de emenda tendente a abolir suas disposições; b) há ainda aqueles que argumentam não se tratar de cláusula pétrea, pois a inimputabilidade não está no elenco de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88; c) finalmente, há quem considere não haver óbice à emenda mesmo que se conclua se tratar de cláusula pétrea, que não é imodificável, mas refratária tão somente à abolição ou ao completo desvirtuamento de seu núcleo, o que não ocorre com a proposta de emenda em discussão, que somente modifica o art. 228 para possibilitar a devida resposta estatal à prática de crimes por indivíduos que demonstrem pleno discernimento. Aliás, nesse aspecto encontramos certa inconsistência na proposta que, tudo indica, será aprovada. Efetivamente, a emenda permite que o agente com dezesseis anos completos seja responsabilizado pelo cometimento de apenas algumas figuras criminosas. Trata-se, claramente, de solução política em que se busca o meio-termo em razão da resistência sofrida pela proposta no âmbito do próprio Legislativo. Há, no entanto, um aspecto técnico relativo à imputabilidade, cujo fundamento é a capacidade de discernimento, que não pode ser ignorado: como se sustenta que alguém tenha discernimento para cometer um cruel homicídio e não o tenha para furtar uma bicicleta? Ou o agente tem a capacidade biológica de se determinar de acordo com a lei (para qualquer crime) ou não a tem (para

nenhum crime). A consciência, portanto, não pode ser variável de acordo com a figura criminosa. (Sanches, 2017, 314-315)²⁰¹

Não obstante as divergências acerca da norma se tratar de cláusula pétrea ou não, certo é que se as medidas socioeducativas fossem aplicadas conforme previsto na norma de regência, observando a finalidade pedagógica, com acompanhamentos escolar, profissional, psicológico e médico adequados, somado com monitoramento integral por parte dos pais, da sociedade e do Estado, muito provavelmente a redução de atos infracionais ocorreria com a mesma efetividade. Neste lume cumpre observar,

A prevenção da criminalidade e a recuperação do delinquente se darão, como quer o Estatuto, com a efetivação das políticas sociais básicas, das políticas sociais assistenciais (em caráter supletivo) e dos programas de proteção especial (destinados às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e/ou social), vale dizer, com o Estado vindo a cumprir seu papel institucional e indelegável de atuar concretamente na área da promoção social. Então, para o adolescente autor de ato infracional a proposta é de que, no contexto da proteção integral, receba ele medidas socioeducativas (portanto, não punitivas), tendentes a interferir no seu processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social (MAIOR, 2006, p. 559-560).²⁰²

Destarte, pode-se concluir que a eficácia das medidas socioeducativas não encontra correspondência no aumento do rigor da lei nem na amplitude do seu alcance, mas tão somente na garantia de sua aplicação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto ao longo deste trabalho, o legislador estabeleceu o critério cronológico para fixar a imputabilidade penal a partir dos 18 (dezoito) anos de idade, sendo que em relação à inimputabilidade penal em razão da menoridade adotou-se o critério biológico, presumindo-se a sua condição de inimputável, em consonância com o art. 228 da Constituição Federal.

²⁰¹ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). 5. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 217, p. 314-315.

²⁰² MAIOR, Olympio Sotto. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Malheiros, 2006, 559-560.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA tem como pressuposto a concepção da criança e adolescente como sujeitos de direitos, dando garantia ampla aos seus direitos sociais e pessoais.

Entretanto, com o crescente envolvimento de adolescentes na prática de ilícitos penais faz com que parte dos agentes políticos e da sociedade optem pela redução da maioridade penal, o que resulta em debates com quem tem posicionamento contrário. A despeito disso, foi proposta a Emenda à Constituição n.º 115/2015 (PEC 171/1993), que prevê a possibilidade de desconsiderar a imputabilidade penal de maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos, e passando a cumprir pena em estabelecimento separado, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

Como visto, o ordenamento jurídico prevê disposições especiais para responsabilizar o menor de 18 (dezoito) anos que incorre na prática de ato infracional, notadamente por se tratar de pessoa em desenvolvimento. Acontece que em razão do aumento da violência juvenil há quem busque a redução da maioridade penal, só que isso fere a ordem constitucional vigente, posto que, embora haja posicionamentos divergentes, pode-se afirmar que se trata de direito fundamental e cláusula pétrea.

Isso porque, o recrudescimento da norma penal não reduzirá a violência, tampouco trará efeitos positivos para os jovens que estão em situação de risco por conta da prática de atos que contrariam a lei, uma vez que a mudança deve ocorrer num contexto geral, especialmente por meio da formulação de políticas públicas na área de educação, cultura, saúde, profissional e lazer.

Como visto, ao adolescente infrator cabe cumprir as medidas socioeducativas previstas no ECA, que se cumpridas no modo previsto na legislação é possível solucionar o problema melhor do que a redução da maioridade penal.

Assim, o presente estudo teve por finalidade refletir que a redução da maioridade penal não é o caminho mais viável para a redução da violência juvenil, devendo existir, pois, uma política de prevenção e não simplesmente de punição.

6. REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 5. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 217, p. 314-315.

DOTTI, René Ariel, 1934 – **Curso de direito penal: parte geral** – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. Ed. Rev. E ampl., de acordo com o novo Código Civil (ei 10.406/2002). São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 15.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral, (arts. 1º a 120)**, v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2022.

MAIOR, Olympio Sotto. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Malheiros, 2006, 559-560.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral, (arts. 1º a 120)**, v. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Geral**, 23ª ed. vol.1, São Paulo: Atlas. 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABRRINI, Renato, **Manual de Direito Penal- Parte Geral**, 27ª edição, editora Atlas, São Paulo, 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. **Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 2.ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

A (IN)EXISTÊNCIA DO PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO APÓS A ENTRADA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

THAIS TORRES MONTEIRO ANDRADE:

Graduada em direito pelo Centro Universitário do Pará desde 2018 e pós-graduada em Direito Penal, pela Faculdade Damásio desde 2019. Além disso, foi assessora jurídica da Defensoria Pública do Estado do Pará, entre 2019 e 2022/203

Resumo: Este artigo pretende verificar, no contexto posterior à entrada no ordenamento jurídico brasileiro da Lei n. 13.146/15 e da Convenção de Nova Iorque, por meio do Decreto n. 6.949/09, sob o rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, se, realmente, houve a revogação tácita do procedimento de interdição. A interdição ainda está, expressamente, no Código de Processo Civil e em alguns artigos do Código Civil, a despeito da modificação do Capítulo II, Seção I, dessa normativa, que tratava dos interditos. Porém, existe, no Brasil, importante doutrina que sustenta o fim do procedimento de interdição, tendo sido este substituído de forma integral pela curatela, motivo pelo qual, sustentam estes autores a revogação tácita da seção do Código de Processo Civil que trata do ponto. No entanto, a discussão que se inicia, brevemente, neste trabalho, é justamente sobre como este entendimento pode ser afilitivo para as próprias pessoas com incapacidade de manifestação de vontade, as quais hoje, foram designadas pelo Código Civil, como relativamente incapazes.

PALAVRAS-CHAVE: Interdição; Curatela; Revogação Tácita; Pessoas com Deficiência.

ABSTRACT: This article aims to verify, in the context subsequent to the entry into the Brazilian legal system of Law no. 13.146/15 and the New York Convention, through Decree no. 6.949/09, under the rite of art. 5th, §3rd, of the Federal Constitution, if, indeed, there was a tacit revocation of the interdiction procedure. The interdiction is still in the Code of Civil Procedure and in some articles of the Civil Code, despite of the modification of the Chapter II, Section I, of this regulation, which dealt with interdicts. However, there is, in Brazil, an important doctrine that supports the end of the interdiction procedure, which has been replaced entirely by curatorship, which is why these authors support the tacit repeal of the section of Civil Procedure Code which deals with this point. However, the discussion that briefly begins in this work is precisely about how this understanding

203E-mail: thaistorresmandrade@gmail.com

can be distressing for people who are incapable of expressing their will, who today have been designated by the Civil Code as relatively incapable.

KEYWORDS: Interdiction; Guardianship; Tacit Revocation; Disabled people.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar, de forma breve, a temática da interdição no Brasil, passando rapidamente por seu histórico, mas se debruçando em seu contexto atual, no qual a doutrina e a jurisprudência sustentam a sua superação pela ação de curatela.

Em um primeiro momento, será analisado o contexto anterior e posterior à entrada no ordenamento jurídico brasileiro da Convenção de Nova Iorque, por meio do Decreto n. 6.949/09, a qual foi o primeiro tratado de direitos humanos incorporado ao Brasil pelo rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, e a posterior regulamentação dos direitos introduzidos pela convenção pela Lei n. 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em especial com a modificação da teoria das capacidades no Código Civil.

Neste ponto, o foco de apreciação é justamente composto da “morte” da incapacidade absoluta, salvo para o critério cronológico dos menores de 16 (dezesseis) anos, e como este acontecimento, a despeito de objetivar proteger as pessoas com deficiência, acaba por abrir possibilidade de violações de direitos, especialmente, no que tange aos indivíduos com incapacidade de expressão de vontade, hoje, relativamente incapazes para a lei civil.

Posteriormente, passar-se-á a analisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, nas ações de interdição e curatela, mais recentes, em seu esforço argumentativo para acomodar a “nova teoria das capacidades” à realidade de pessoas que não tem condições de exprimir vontade.

Em um último momento, discutir-se-á o argumento de que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por ser lei mais recente do que o Código de Processo Civil, teria revogado tacitamente a seção da norma adjetiva civil, não somente por não ser adequada aos princípios trazidos pela referida norma mais atual, mas também pelo critério temporal trazido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Importa ressaltar que o objetivo geral do presente estudo não é realizar um debate aprofundado no presente tema, pois servirá para estudos posteriores em possível pós-graduação. Porém, tratará das inquietações, especialmente vividas no contexto prático, em especial no âmbito da atuação da autora na Defensoria do Estado do Pará, no

que tange à dificuldade, após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, de proteger pessoas que não tem capacidade para gerir sua própria vida, e não somente no contexto patrimonial, mas sim, como um todo.

De outro lado, os objetivos específicos do presente trabalho são: provar que a teoria das capacidades, festejada após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, na verdade dificultou a proteção daqueles que deveria ter abrigado; demonstrar que o Superior Tribunal de Justiça realiza verdadeiro elastecimento do conceito de incapacidade relativa nas ações de interdição atuais, justamente, por não conseguir performar a proteção de pessoas que não absolutamente incapazes de exprimir sua vontade por meio do instituto da assistência; e evidenciar que, a despeito das críticas, o ordenamento jurídico não revogou a interdição, nem tácita, nem expressamente.

2.TEORIA DAS CAPACIDADES E SUAS CRÍTICAS NO CONTEXTO ANTERIOR E POSTERIOR AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E À CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE.

A Convenção de Nova Iorque entrou em vigor no Brasil por meio do Decreto n. 6.949/09 e tinha como fim o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais às pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua dignidade inerente (FARIAS, 2018, p. 322), em uma realização do fundamento republicano previsto pelo art. 1º, III, da Carta da República.

Por conseguinte, o Brasil editou, 06 (seis) anos depois, a Lei n. 13.146/2015,204 a qual teve a si atribuída vigência após 180 dias da data de sua publicação, conforme o art. 127 da mencionada normativa, isto é, no dia **03 de janeiro de 2016**. A referida lei teve como objetivo instrumentalizar o compromisso assumido na esfera internacional, e que, foi o primeiro tratado internalizado pelo rito do art. 5º, §3º, da Carta Magna Brasileira.

Cristiano Chaves (2018, p. 323) dispõe que "a preocupação em proteger a pessoa com deficiência existe, mas é secundária em relação ao (prioritário) intuito do Estatuto de promover a autonomia e a autodeterminação da pessoa com deficiência.". Portanto, na visão do referido doutrinador, houve uma total reformulação na teoria das incapacidades, tornando-a na verdade uma teoria das capacidades, a partir da vigência da citada lei.

A referida norma modificou o art. 3º, do Código Civil, o qual trazia, em sua redação originária, como absolutamente incapazes, "os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos" e "os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade", além dos menores de 16 (dezesesseis) anos, os quais foram os únicos mantidos.

204 Estatuto da pessoa com deficiência.

Portanto, para a visão capitaneada por Cristiano Chaves (2018, p. 1908), neste tempo, a pessoa com deficiência se enquadrava como incapaz e, hoje, “desfruta, plenamente, dos direitos civis, patrimoniais e existenciais.” (FARIAS, 2018, p. 1908). Porém, neste ponto, passa-se a discordar.

Mesmo no âmbito da redação originária do Código Civil, não se presumia a incapacidade. O art. 1º do Código Civil, de pronto, dispõe que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, plasmando no sistema jurídico brasileiro a capacidade de direito, a qual é característica de toda e qualquer pessoa que nasce na ordem jurídica brasileira. Por isso, a regra, sempre foi, a capacidade.

Porém, para compor a capacidade integral ou plena, é necessária também a capacidade de fato ou de exercício, que “significa a possibilidade que **certas pessoas** têm de exercerem, por si próprias, sem representantes nem assistentes, os atos da vida civil” (FARIAS, 2018, p. 333. grifo nosso). Importa ressaltar que “a incapacidade é uma técnica para **proteger**, não para punir, o incapaz” (FARIAS, 2018, p. 334. grifo nosso).

Existem duas espécies de incapacidade: a absoluta e a relativa. Dentre elas, a absoluta é mais grave, prevista pelo legislador para os casos em que não há o discernimento necessário para a celebração de negócios jurídicos, enquanto que a relativa, é aquela que há um menor, porém existente, grau de entendimento para este fim (FARIAS, 2018, p. 335. grifo nosso).

Para suprir as incapacidades, há o acompanhamento destas pessoas por representantes ou assistentes. Segundo Cristiano Chaves (2018):

Os representantes praticam os negócios jurídicos **no lugar** dos absolutamente incapazes (...). Neste caso, os incapazes não atuam (não assinam o contrato, por exemplo), **apenas os representantes o fazem** (...) Os assistentes praticam os negócios jurídicos **juntamente** com os relativamente incapazes (...) a atuação **deve ser conjunta** (FARIAS, 2018, p. 335-336. grifo nosso).

Neste ponto, percebe-se que, atualmente, não mais existem incapazes absolutamente maiores de 16 (dezesseis) anos. Porém, como, alguém que por causa transitória ou permanente, **não pode exprimir vontade**, previsto hoje no art. 4º, III, do Código Civil, como relativamente incapaz, irá realizar um ato da vida civil **em conjunto com seu assistente**?

Relembre-se que o primeiro elemento dos negócios jurídicos, trazido pelo art. 104, I, do Código Civil, é o “agente capaz”. No entanto, para além da capacidade, o que a

norma requereu do legitimado a realizar este ato jurídico bilateral é o requisito da vontade, expressada por pessoa capaz, para a validade deste, uma vez que como dispôs Pontes de Miranda “Não há negócio **sem vontade** do negócio” (FARIAS, 2018, p. 524. grifo nosso).

Todavia, para a pessoa, como descrita pela própria lei subjetiva civil, que não pode exprimir vontade, mesmo que transitoriamente, este elemento do negócio jurídico fica prejudicado, uma vez que, não há como seu assistente conjuntamente com ele auxiliá-lo na finalização do ato, se não há expressão de vontade em primeiro plano por parte do relativamente incapaz.

Outro ponto que advoga pelo entendimento esposado no presente estudo, é a natureza da sentença da ação de interdição, hoje, nomeada por alguns como ação de curatela (FARIAS, 2018, p. 1916-1917).

Para a maioria dos civilistas, a exemplo de Fábio Ulhoa Coelho (*apud* FARIAS, 2018, p. 1921) a sentença de interdição declararia a incapacidade, logo, não a criaria, mas simplesmente reconheceria uma situação preexistente. Porém, os processualistas civis já vislumbravam uma característica constitutiva negativa no ato judicial, uma vez que a sentença declaratória só poderia reconhecer fatos que já existiriam no mundo jurídico, o que não ocorre no caso da incapacidade, uma vez que, como defendido no presente trabalho e confirmado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhard e Daniel Mitidiero (*apud* FARIAS, 2018, p. 1921), “ ‘que o juiz decreta’ a curatela e que, por isso, ‘a demanda tem por objetivo decretar a incapacidade de alguém’.”.

Deveras, se a incapacidade é **decretada** e **constituída** pelo juiz, ela não existia previamente, e, por isso, falível a tese de que a regra no sistema anterior era a incapacidade, uma vez que, necessitava dessa decisão judicial para existir no mundo jurídico.

Inclusive, este entendimento também encontra abrigo em julgado recente do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DO JULGADO (SÚMULA 7/STJ). INTERDIÇÃO CIVIL. EFEITOS EX NUNC. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(...) 4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de **ter a sentença de interdição natureza constitutiva**, pois não se limita a declarar

uma incapacidade preexistente, mas também a **constituir uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela, com efeitos ex nunc**. Precedentes (Súmula 83/STJ). (...) (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.877/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/3/2022, DJe de 25/4/2022. grifo nosso.)

Desta feita, ainda que o objetivo da normativa seja louvável, a fim de, sim, celebrar a capacidade e autonomia das pessoas com deficiência, em uma realização das obrigações internacionais que o Brasil assumiu, errou o legislador ao alocar esta hipótese como incapacidade relativa e os efeitos deste erro já são sentidos pela jurisprudência atualmente.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUA INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DA INCAPACIDADE RELATIVA.

De pronto, em breve análise da jurisprudência da Corte Cidadã, se antevê a adoção do critério inaugurado pelas modificações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, para evitar, de todas as maneiras, a constituição de incapacidade absoluta daqueles que não conseguem exprimir, transitória ou permanentemente, sua vontade:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. INCAPACIDADE RELATIVA. NOVO REGIME ESTABELECIDO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LIMITAÇÃO APENAS PARA OS ATOS DE CUNHO ECONÔMICO. CURADOR. INIDONEIDADE DAS PARTES INTEGRANTES DO FEITO. APARENTE CONFLITO DE INTERESSES COM A CURADORA NOMEADA NA SENTENÇA. SITUAÇÃO CONFLITUOSA ENTRE A INTERDITA E OS ORA RECORRENTES. NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE NOVO CURADOR. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O propósito recursal cinge-se a definir, além da negativa de prestação jurisdicional: i) o grau de incapacidade da interdita, a ensejar a sua interdição total ou parcial; e ii) a pessoa idônea ao exercício da curatela.

(...)

3. A partir da entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD), a incapacidade absoluta para exercer

pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil. Precedente.

4. Afigura-se descabido o reconhecimento da incapacidade absoluta da interdita, da forma como buscam os recorrentes nas razões do apelo especial, seja à luz da literalidade da lei (pois, com o advento do EPD, em seu art. 114, tal espécie de incapacidade se limita aos menores de 16 - dezesseis - anos), seja através dos laudos médicos e pericial juntados ao processo e devidamente analisados pelas instâncias ordinárias.

5. A curatela, na esteira do art. 85, caput e § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, limitar-se-á aos atos de cunho econômico (a exemplo dos relativos a negócios jurídicos de disposição patrimonial), não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

6. A validade da constituição de advogado pela curatela no início do processo de interdição emerge da própria da lei (art. 752, § 2º, do CPC/2015), não se desconstituindo com a superveniente sentença que decreta a interdição, sobretudo em virtude da sua **natureza constitutiva**, haja vista que, embora a sentença não crie a incapacidade, constitui **situação jurídica nova** para o incapaz - de sujeição deste ao curador -, a operar efeitos ex nunc, motivo pelo qual os atos antecedentes praticados pela interdita sobressaem válidos, salvo pronunciamento judicial exposto em sentido contrário, mediante ação própria. Precedentes.

(...)

(REsp n. 1.943.699/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 15/12/2022. grifo nosso.)

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no inteiro teor do julgado acima ementado:

É certo que, em determinados casos, os pressupostos fáticos evidenciem **a incompetência absoluta da pessoa**, em razão da

completa ausência de discernimento para os atos da vida civil, mas isso não conduz à relativização do pressuposto jurídico contido na norma, de forma a **demandar um esforço maior do julgador para compatibilizar a solução adequada à hipótese**, em que a **incapacidade** de pessoa que já tenha alcançado a maioridade civil seja **faticamente absoluta**, com a limitação legal de declaração da incapacidade relativa, buscando interferir na autonomia privada da pessoa natural na medida do estritamente necessário ao auxílio dos atos da vida civil (BRASIL, 2022, p. 8-9. grifo nosso).

Em outros termos, o judiciário já está enfrentando as dificuldades de existir uma incapacidade relativa no sistema jurídico pátrio, que permite que pessoas que não têm capacidade para expressar sua vontade sejam relativamente incapazes.

Vejamos, há uma dificuldade para qualquer ato que venha por elas a ser praticado venha a ser plenamente válido, eis que, novamente, se pergunta, como uma pessoa, por exemplo, em coma em uma unidade de terapia intensiva, ou mesmo, uma pessoa com uma deficiência mental grave que a impeça de exprimir seu “querer” poderá assinar em conjunto com seu assistente algum tipo de contrato?

A resposta é: não haverá como fazê-lo e, ou àquela pessoa serão negados os direitos de celebração daquele negócio jurídico, ou os tribunais têm de fazer um verdadeiro elastecimento da previsão da incapacidade relativa – como estão o fazendo –, para poder suprir essa necessidade que não é incomum na realidade fática brasileira.

Importa ressaltar que Cristiano Chaves (2018), mesmo sendo um dos maiores defensores dessa modificação do Código Civil, dispõe “deverá, pois, o juiz, em sua decisão, indicar o **nível de curatela** a ser exercido pelo curador, indicando os atos da vida civil que estão sendo limitados.” (FARIAS, 2018, p. 1917. grifo nosso), abrindo a possibilidade para uma curatela definida para atos extrapatrimoniais, como também esposado pela Corte Cidadã. Além disso, trouxe como crítica justa à nova teoria das incapacidades:

(...) uma pessoa que esteja em coma, em estado vegetativo, ou alguém sem qualquer discernimento mental, por exemplo, por não poderem exprimir vontade estão enquadradas na categoria da relativa incapacidade e, por conta disso, submetidas ao regime jurídico das anulabilidades. **Desse modo, o ato eventualmente praticado por esse relativamente incapaz produz efeitos, até que lhe sobrevenha decisão anulatória, e, não sobrevivendo no prazo previsto em lei, produzirá efeitos para sempre, o que**

pode prejudicar seu titular, ao invés de protegê-lo. (FARIAS, 2018, p. 1915. grifo nosso).

Assim, ainda que concorde com a modificação da legislação, o doutrinador também reconhece o perigo que ela representa para os próprios detentores do direito, as pessoas às quais ela visava proteger.

Em outra oportunidade, comentando também as mudanças do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil, fica ainda mais claro o argumento deste esforço argumentativo do Superior Tribunal de Justiça para elastecer o conceito de incapacidade relativa, em casos de absoluta inexistência de capacidade de exprimir vontade:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CURATELA. IDOSO. **INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL.** PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. DECRETADA A INCAPACIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE. **REFORMA LEGISLATIVA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.** INCAPACIDADE ABSOLUTA RESTRITA AOS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, NOS TERMOS DOS ARTS. 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015, quanto ao regime das incapacidades reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, **é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente.**

2. A Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas.

3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil.

4. Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015 estabelece que o instituto da curatela **pode ser excepcionalmente aplicado às pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora sejam consideradas relativamente capazes, devendo, contudo, ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto.** (REsp n. 1.927.423/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 4/5/2021. grifo nosso.)

Nas palavras do relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze,

Assim sendo, diante do novo sistema de incapacidades promovido pela Lei n. 13.146/2015, de rigor a modificação do acórdão recorrido, a fim de declarar a **incapacidade relativa** de J. J. de J., conforme os ditames do art. 4º, III, do Código Civil.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar a incapacidade relativa de J. J. de J., mantendo, **no mais, a mesma curadora e a extensão da curatela fixadas na origem.** (BRASIL, 2021, p. 9-10. grifo nosso.)

Dito de outro modo, a Corte Cidadã se negou a declarar a incapacidade absoluta do curatelando, pessoa com doença de Alzheimer em grau grave, que por declarações periciais não tinha capacidade alguma de exprimir sua vontade, por não estar mais prevista na legislação civil, em decorrência da derrogação feita pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Contudo, **manteve** a extensão da curatela nos termos fixados pelo tribunal de origem, isto é, considerando que “o interditando não tem mínima condição intelectual de gerir sua vida, eventuais bens, **tampouco de praticar os atos da vida civil** sem a indispensável representação, **necessitando de curador incumbido de tal gestão**” (BRASIL, 2021, p. 9. grifo nosso.), ou seja, uma declaração de incapacidade absoluta, sem usar estes termos.

A consequência dessa modificação é tão grave para a proteção das pessoas que sofrem com a limitação absoluta da expressão de vontade que tramita, hoje, projeto de lei no Senado Federal, de n. 1217/2023, em que se propõe a modificação do texto do art. 3º do Código Civil para incluir como absolutamente incapazes “aqueles que, por razões de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, enquanto perdurar o impedimento” e no art. 4º da referida normativa, como relativamente incapazes, os mesmos “aqueles que, por razões de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, enquanto perdurar o impedimento”,

para que seja permitida *lege ferenda*²⁰⁵ a possibilidade de proteção integral especialmente dessas pessoas que não tem capacidade absoluta para exprimir vontade e que precisam de um representante – não de um assistente – para realizar os atos da vida civil, sem que seja necessária a verdadeira “ginástica argumentativa” feita pelos tribunais, atualmente, para fazer cumprir uma legislação deles esqueceu.

4.A (IM) POSSÍVEL REVOGAÇÃO TÁCITA DA INTERDIÇÃO.

Outro argumento trazido para confirmar os argumentos de que não mais existe interdição ou possibilidade de constituição de incapacidade absoluta no direito brasileiro (FARIAS, 2018, p. 1917) é de ter sido aquela completamente extirpada do ordenamento, justamente pela absoluta incompatibilidade do vocábulo “interdição” com a nova realidade trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e por indicar meio “preconceituoso, estigmatizante e por indicar uma ideia de medida restritiva de direitos”(FARIAS, 2018, p. 1917).

A despeito da crítica do douto doutrinador, ousamos discordar.

Quando se discute interdição, sim, verdadeiramente se aventa uma medida restritiva de direitos, porém, com o fim de **proteção** daquela pessoa que precisa de auxílio para a prática dos atos da vida civil, como já sustentado no presente estudo, inclusive, com citação do próprio autor ao qual se critica.

Além disso, Luana Rochel Pereira e Ellen Carina Mattias Sartori (2019) dispõem:

A interdição deverá **conformar-se às particularidades do interdito**. Sendo assim, no laudo pericial deverão constar os **atos para os quais haverá a necessidade de curatela**. Conforme abaixo será analisado, “[...] **nem toda interdição é total; ao contrário:** quase sempre, a **interdição terá de ser graduada** de acordo com as vontades, preferências e habilidades do interditando” (WAMBIER, et. al., 2016, p. 1.940 *apud* PEREIRA; SARTORI, 2019, p. 273. grifo nosso).

Desse modo, dispor que a nomenclatura “interdição”, por si só, é considerada preconceituosa é desconsiderar completamente que, limitando alguns direitos, é possível proteger o próprio interditando de si mesmo. O professor Daniel Amorim de Assunção Neves (2023) leciona:

Pode até mesmo parecer paradoxal, mas um dos objetivos da interdição **é proteger o interditado de si mesmo, impedindo-se a**

205 Considerando a lei futura.

ruína de seu patrimônio, a preservação de seus laços afetivos e sua incolumidade física, moral ou psicológica. Por outro lado, a interdição também busca proteger o interesse público na medida em que, ao se proteger o interditado também se protegem todos os sujeitos que com ele mantenham qualquer espécie de relação, jurídica ou não. (NEVES, 2023, p. 728. grifo nosso).

Sendo assim, em primeiro plano, aduz-se limitada a ótica argumentativa por meio da utilização da palavra, a qual, inclusive, ainda se encontra expressa no Código Civil, mesmo após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, por 6 (seis) vezes, em seus arts. 9º, III (necessidade de registro da **interdição**); 674 (no que tange às obrigações do mandatário, ciente da **interdição** do mandante); 682, II (**interdição** como forma de extinção do mandato); 974, §2º (pela não sujeição ao resultado da empresa conduzida por incapaz, dos bens que este já possuía antes da **interdição**); 1.759 (prestação de contas da tutela a ser realizada pelos **representantes** do tutor **interditado**); 1.782 (tratando dos limites da **interdição** do pródigo).

Por outra via, também é prevista pela doutrina a argumentação de que o capítulo da interdição foi revogado tacitamente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (NEVES, 2023, p. 729). O professor comenta que sobre a questão surgiram três correntes doutrinárias:

(a) a regulamentação completa pelo CPC, por conta dos critérios da anterioridade e especialidade (...); (b) prevalência do estatuto, por ter sido o CPC alterado durante o período de vacância do Estatuto ou pela força de emenda constitucional que recai sobre a Convenção da Pessoa com Deficiência; (c) harmonização entre os dispositivos de forma a se extraírem de tal interpretação o melhor reforço de proteção da pessoa com deficiência. (NEVES, 2023, p. 729. grifo nosso)

Contudo, em seu Novo Código de Processo Civil Comentado, o referido autor (2016) dispõe:

O procedimento do processo de interdição é **inteiramente regulamentado** pelo Novo Código de Processo Civil, considerando-se que o art. 1.072, II, de tal diploma legal revogou os arts. 1.768 a 1.772 do CC, que tratavam justamente do procedimento do processo de interdição, sendo que os arts. 1.776 e 1.780 do CC já tinham sido revogados pela Lei 13.146/2015 (NEVES, 2016, p. 1177. grifo nosso.).

Vejam, o Estatuto tem como data de publicação 07 de julho de 2015, enquanto o Código de Processo Civil, 17 de março de 2015. Nesta toada, a lei mais nova seria o Estatuto da Pessoa com Deficiência, segundo a regra inscrita na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especificamente, em seu art. 2º, § 1º “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” (BRASIL, 1942). Revogando tacitamente, portanto, o capítulo do Código de Processo Civil sobre a interdição.

Nas palavras de Serpa Lopes (*apud* NERY, 2019):

Cumpra observar que não é o momento em que a lei entra em vigor o elemento caracterizador de sua anterioridade ou posterioridade (...). Uma lei se diz posterior a outra, tendo-se em vista a data de sua publicação e não o momento de sua vigência. Assim, se antes do **decorso da *vacatio legis*, uma outra lei for publicada contendo algum princípio colidente com a primeira, para os efeitos do conflito intertemporal, reputar-se-á posterior a última publicada, a despeito da anterior poder ter seu prazo de vigência para uma época posterior.** (NERY, 2019, p. 2440. grifo nosso.)

No entanto, a este conflito foi incluída outra variante, uma vez que o Código de Processo Civil, que seria a lei anterior, revogou expressamente, em seu art. 1.072, II, os artigos do Código Civil que tratavam da interdição, isto é, os arts. 1.768 a 1.773, criando um novo procedimento nos arts. 747 a 758, de seu corpo.

A entrada em vigor do Código de Processo Civil, em 18 de março de 2016, produziu este efeito na lei substantiva, a qual já estava alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, em vigor desde 03 de janeiro de 2016.

Desta forma, lei mais nova, isto é, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, se referiu a normativas que, após a entrada em vigor da nova norma adjetiva civilista, passaram a não mais existir no ordenamento jurídico brasileiro. Por consequência, como dispôs Nelson Nery (2019, p. 2440), “O processo de interdição trazido pelo EPD206, portanto, teve vigência efêmera: de 3.1.2016 a 17.3.2016.”

Assim, ainda que, por este breve período de aproximados 03 (três) meses, pudesse ser discutida a revogação do processo de interdição, a discussão termina com a validade integral do procedimento do Código de Processo Civil, que revogou

206 Estatuto da pessoa com deficiência.

expressamente as modificações no código civil performadas pelo Estatuto, trazendo a *lume* o procedimento de interdição que está vigente no Brasil.

Sendo assim, a Seção “Da Interdição”, do Código de Processo Civil de 2015, longe de ter sido revogada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ou declarada inconstitucional pelo STF, encontra-se inteiramente em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, devendo, sim, ser aplicada ao procedimento para definir a incapacidade “relativa” das pessoas que não consigam, por exemplo, exprimir sua vontade, conforme, a já criticada neste estudo, redação do art. 4º, do Código Civil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este breve artigo tratou, brevemente, de como a interdição, após a entrada da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência nas normas do direito brasileiro, passou a ter sua existência questionada e criticada.

Neste ínterim, em um primeiro momento, demonstrou-se que após a entrada das duas normativas mencionadas no ordenamento nacional, houve uma importante modificação na teoria das capacidades, não sendo, hoje, possível declarar pessoas maiores de 16 (dezesesseis) anos absolutamente incapazes.

Porém, por meio de revisão bibliográfica dos próprios elementos dos negócios jurídicos, percebeu-se que, em especial, quanto às pessoas que não tem qualquer capacidade de exprimir vontade, a nova normativa as desprotege, uma vez que, ou as impossibilita de realizar qualquer negócio jurídico, por não estarem em condições de, em conjunto com seu assistente, fazê-lo, ou forçam que a incapacidade relativa seja elastecida, para permitir uma incapacidade absoluta revestida sob a alcunha de relativa.

Para mais, prova-se este elastecimento justamente pelo esforço realizado, especialmente, pela Corte Cidadã, a qual, a despeito de concordar com a nova teoria das capacidades, permite a fixação de “curatelas integrais” para os casos em apreço neste estudo, justamente, por não existir qualquer forma de proteger estas pessoas, se não fixando a necessidade de acompanhamento integral de sua vida pelo curador, o que, frise-se, vai em completo desacordo com a previsão expressa do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que resume a curatela a, tão somente, atos patrimoniais e negociais.

No mais, também foi trazida a questão da natureza da decisão de interdição, a qual, como mencionado, é constitutiva, o que desconstrói o argumento utilizado pela doutrina atual de que, no contexto anterior, existia uma presunção de incapacidade às pessoas anteriormente previstas no Código Civil como incapazes, o que alimentava a

crítica de que seria uma teoria preconceituosa e prejudicial às pessoas com deficiência, em especial.

Na verdade, a incapacidade devia, e ainda deve, ser constituída pelo juiz, produzindo efeitos prospectivos, tão somente. Além disso, por meio da ação de interdição, que é a ação que constitui o estado de incapacidade, realiza-se a proteção daquele indivíduo, justamente, para que o fato de não conseguir externar sua vontade não seja motivo para que lhe seja negado o exercício de seus direitos.

Inclusive, a natureza constitutiva da ação de interdição, que é assim chamada inclusive pelas Cortes Superiores até os dias atuais, é reconhecida pacificamente pela jurisprudência, inclusive após a vigência tanto do Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto da incorporação da Convenção de Nova Iorque.

Por último, realizou-se uma análise de fundo da palavra “interdição” e de direito intertemporal em relação às normas mencionadas e o Código de Processo Civil, onde está previsto o procedimento de interdição. Mesmo que existam doutrinas que informem que a seção do código adjetivo civilista foi revogada tacitamente pelas normas específicas relativas às pessoas com deficiência, provou-se que este não é o melhor posicionamento.

Em primeiro plano, a resistência ao vocábulo interdição é infundada, justamente, por ser uma palavra ainda plenamente presente, até mesmo na legislação modificada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, isto é, o Código Civil. Além disso, apesar de, sim, ser uma limitação de direitos, este fato serve para proteger seus detentores e não para lhes negar o exercício daqueles.

Por outro lado, no campo da atualidade, confirmou-se que a despeito do Estatuto da Pessoa com Deficiência ser norma mais atual, esta modificou um ponto do código civil que já havia sido revogado expressamente pelo Código de Processo Civil. Por isso, não haveria como a norma mais nova tocar a norma adjetiva, justamente, pela inexistência de interligação válida entre as duas.

Desta feita, como mencionado no presente trabalho, a seção do Código Processualista Civil que trata da interdição encontra-se perfeitamente em vigor, devendo ser utilizada para fins de proteção das pessoas que não conseguem exprimir vontade, e que, hoje, encontram-se em uma situação de insegurança jurídica, trazida pelas modificações na teoria das capacidades, a qual, justamente por esta problemática, está em vias de ser novamente alterada pelo Congresso Nacional.

6.REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil Brasileiro – Lei n. 10.406/02**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em 06 de agosto de 2024.

_____. Congresso Nacional. **Código de Processo Civil Brasileiro – Lei n. 13.105/15**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 06 de agosto de 2024.

_____. Congresso Nacional. **Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/15**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm >. Acesso em 06 de agosto de 2024.

_____. Congresso Nacional. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei n. 4.657/42**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em 06 de agosto de 2024.

_____. Presidência da República. **Decreto n. 6.949/09 – Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm >. Acesso em 06 de agosto de 2024.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 1.217, de 18 de março de 2023**. Senador Styvenson Valentim. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9290799#:~:text=PROJETO%20DE%20LEI%20N%C2%BA%20%2C%20DE,os%20atos%20da%20vida%20civil.> >. Acesso em 06 de agosto de 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no REsp n. 1.834.877/SP**. Rel. Raul Araújo. DJe 25/4/2022. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902570175&dt_publicacao=25/04/2022 >. Acesso em 06 de agosto de 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.927.423/SP**. Rel. Marco Aurélio Bellizze. DJe de 4/5/2021. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002328829&dt_publicacao=04/05/2021 >. Acesso em 06 de agosto de 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.943.699/SP**. Rel. Marco Aurélio Bellizze. DJe de 15/12/2022. Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101773133&dt_publicacao=15/12/2022 >. Acesso em 06 de agosto de 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil** – Volume único. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 18.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 15. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Luana Rochel; SARTORI, Ellen Carina Mattias. **Breves considerações sobre a interdição e a curatela das pessoas com deficiência pós-2015**. SIQUEIRA, Gilmar; ANDREASSA, João Victor Nardo, p. 261-289, 2019. Disponível em <https://www.univem.edu.br/storage/arquivos_new/Livro_PDF_definitivo_-_II_Simposio_de_Direito_Univem_-_2019.pdf#page=261>. Acesso em 06 de agosto de 2024.

A VIOLÊNCIA E O ESTADO: HOBBS E LOCKE

RODRIGO KSZAN FRANCISCO,
Residente Jurídico da Defensoria Pública
do Estado do Rio de Janeiro, Pós-
graduado em Direito Público pela
Universidade Estácio de Sá (UNESA);
Graduado em Ciências Sociais pela
Universidade Estadual de Londrina (UEL);
Graduado em Direito pela Universidade
Estácio de Sá (UNESA)²⁰⁷.

RESUMO: Neste artigo a principal tarefa que nos propomos é discutir a violência e o Estado, por entendermos que já no contratualismo, o Estado surge para coibir ou diminuir a violência, sendo a ordem jurídica a responsável pela garantia da segurança e da paz. Dentro do contratualismo, nos propomos a discutir a questão da violência/segurança no pensamento de Hobbes e Locke, pois, a crítica que fazem ao Estado de Natureza – que antecede o Estado Positivo – aborda a questão da violência, um dos aspectos que justificam o contrato. Portanto, a constituição de uma ordem jurídica – leis positivas advindas do surgimento do Estado - aparece como um dos mecanismos fundamentais para regular os conflitos e a violência.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A paz e a segurança como garantias do Estado de Direito e o controle da violência; 3. O controle Lockeano e a segurança; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

No dicionário brasileiro Globo a violência é definida como: “qualidade do que é violento; abuso de força; tirania; opressão; veemência; ação violenta; coação; (jur.) coação física ou moral. (do lat. Violentia.)”. Essa definição traz em si elementos que precisam ser esclarecidos, como por exemplo, qual a qualidade do que é violento, de que tipo de abuso de força se está falando, quem a exerce, contra quem ela é exercida, quem detém esse poder de usar a violência? Todas essas questões precisam ser debatidas e discutidas a fim de se chegar a um entendimento do que é violência.

Não existe uma definição exata do que é violência, mas sabe-se que alguns elementos precisam estar entendidos em sua concepção. Entre eles estão os conceitos de poder, coerção, força e, sobretudo, Estado.

207 E-mail: rodrigokszan@gmail.com

Para Norberto Bobbio violência é “a intervenção física de um indivíduo ou grupo contra outro indivíduo ou grupo (ou também contra si mesmo)” (Bobbio, 1986. Pág 1291). Portanto, em primeiro lugar, essa intervenção deve ser voluntária com a intenção de destruir, ofender e coagir, sendo, geralmente, contra a vontade da vítima, salvo nos casos do suicídio ou com a finalidade de chamar a atenção. Em segundo, é uma intervenção, ou seja, ela é proveniente de uma ação (física ou psicológica) que gera uma consequência (física ou psicológica), podendo ser direta, quando age imediatamente no corpo de quem sofre, ou indireta, quando usa de outros meios indiretos, isso em ambos os casos, gera uma mudança prejudicial no grupo ou no indivíduo que é alvo da ação.

Bobbio diz que a violência no sentido puramente descritivo pode ser considerada como força, pois a diferença entre força e violência, seria a justificativa pela qual cada uma delas é usada. A violência é injustificada e destrói a ordem social ou impede o bem comum, enquanto a força seria a intervenção justa, que preserva a ordem e o bem comum. Portanto, a noção do que é uma e do que é outra depende da visão de quem a usa, por isso, para que se evite qualquer equívoco, o melhor, é deixar de lado a diferença entre os conceitos e usá-los como sinônimos ou somente um deles para designar as intervenções físicas, distinguindo, porém, entre os valores que o grupo percebe como legítimos ou ilegítimos (BOBBIO 1986).

Contudo, a violência se diferencia de poder de maneira precisa. “O poder é a modificação da conduta do indivíduo ou grupo, dotada de um mínimo de vontade própria. A violência é a alteração danosa do estado físico de indivíduos ou grupos. O poder muda a vontade do outro; a violência, o estado do corpo ou de suas possibilidades ambientais e instrumentais” (BOBBIO, 1986, pág 1292), ou seja, o poder é a capacidade de se mudar a vontade de outra pessoa, podendo a violência ser usada para isso, principalmente na violência de tipo político. O autor ainda distingue os possíveis resultados das duas ações. Referente ao poder, poderia haver uma conduta externa ou interna, tanto uma ação como uma omissão, tanto um acreditar como um desacreditar. Já em relação à violência, o que se consegue é uma omissão, um impedimento ao indivíduo de tomar qualquer atitude socialmente relevante.

Dessa distinção entre violência e poder pode-se tirar a diferença que envolve o poder coercitivo e a violência. A coerção é baseada nas sanções físicas e comporta, por isso, a distinção entre violência em ato e ameaça de violência. A violência como ameaça seria aquela em que o poder é mantido através do medo do indivíduo sofrer as penas e sanções estabelecidas pelo dominador. Já a violência como ato consistiria na agressão propriamente dita, ou seja, contra o outro ou o grupo. É usada, normalmente, quando a violência, como ameaça, deixou de ser motivo de medo e o ameaçador a usa para mostrar que cumpre suas ameaças e faz manter seu poder. Serve para alertar os que desrespeitam sua ordem. Nessa relação de coerção através da ameaça e/ou do uso da

força, sempre coloca elementos que são de natureza a demonstrar que quem domina precisa estar em constante demonstração de que é capaz de cumprir o que ameaçou, ou seja, é preciso haver uma credibilidade da parte do ameaçador para que a violência seja temida ou cumprida. É o caso do Estado, que, em muitos casos, precisa mostrar seu poder através do uso da violência legitimada, ou seja, aquela violência para manter a ordem.

Neste artigo a principal tarefa que nos propomos é discutir a violência e o Estado, por entenderemos que já no contratualismo, o Estado surge para coibir ou diminuir a violência, sendo a ordem jurídica a responsável pela garantia da segurança e da paz. Dentro do contratualismo, nos propomos a discutir a questão da violência/segurança no pensamento de Hobbes e Locke, pois, a crítica que fazem ao Estado de Natureza – que antecede o Estado Positivo – aborda a questão da violência, um dos aspectos que justificam o contrato. Portanto, a constituição de uma ordem jurídica – leis positivas advindas do surgimento do Estado - aparece como um dos mecanismos fundamentais para regular os conflitos e a violência.

2. A PAZ E A SEGURANÇA COMO GARANTIAS DO ESTADO DE DIREITO E O CONTROLE DA VIOLÊNCIA.

Para se entender os jusnaturalistas/contratualistas é preciso partir da concepção que cada um deles possuía do estado de natureza, e como eles encontraram a saída para findar esse estado e formar o Estado.

Começando por Hobbes, temos que para ele os homens, em qualquer época, possuem a *razão* para guiá-los, bem como a igualdade física e intelectual, tendo todos as mesmas capacidades para fazer todas as coisas – mesmo os mais fracos podem se unir e derrotar um outro indivíduo mais forte, igualando novamente suas capacidades. Considerando que todos são iguais, todos têm uma parcela de poder, mas nenhum possui um poder maior que o outro, por isso ninguém pode, sem que haja resistência, dominar nem escravizar um outro indivíduo legitimamente.

Da igualdade de capacidade física e intelectual surge também a igualdade em atingir os fins desejados, mas quando dois homens desejam a mesma coisa e esta não pode ser usufruída por ambos, eles se tornam inimigos e passam a disputar aquele objeto. Como cada um precisa defender sua própria vida, eles esforçam-se para subjugar ou destruir o outro da forma que melhor lhes parecer. Entretanto, sempre que alguém possui um lugar para trabalhar, uma terra, uma casa, um terreno ele será atacado por outro, que tomará posse do seu bem e que certamente será atacado por outro. Por isso, a única proteção do indivíduo, no estado de natureza hobbesiano, é aumentar

constantemente seu domínio, subjugando o máximo de indivíduos que possam representar para si uma ameaça de ataque.

Hobbes fala de três causas para a discórdia entre os homens: *a competição, a desconfiança e a glória*. A primeira leva os homens a se atacarem em busca de *lucro*. A segunda para buscarem *segurança* e a terceira para manterem sua *honra* (Ribeiro, 1989). Todas essas causas são intimamente interligadas e possuem a *violência* como pano de fundo para acontecerem.

O *lucro* é aquilo que os homens acumulam e muito dessa acumulação é feita através da *violência* na dominação de outros homens, mulheres e propriedades. A *desconfiança* leva-os a se atacarem para se prevenirem da *competição* e obterem a sua *segurança*. A *glória* é a causa que mais gera *violência* entre os homens, pois todos sendo iguais e possuindo sua *razão*, se consideram uns mais inteligentes, mais fortes e poderosos que os outros e querem que todos os outros reconheçam esse valor que ele mesmo se dá, por isso, qualquer sinal de desprezo contra sua *honra* gera a *violência* e os leva a se atacarem. Essa honra é mantida através do dano a quem lhe afronta e causando dano aos outros, procura explicitar o poder que tem. Vale lembrar que a riqueza faz parte da glória porque mostra que quanto mais se possui maior será seu poder perante os outros. Essas três causas levam os homens a viverem em um estado de guerra de todos contra todos e não podendo aproveitar o que a vida pode lhes proporcionar.

As paixões e desejos dos homens não podem ser julgados até o momento em que uma lei diga que é proibido fazer determinada coisa, mas para que essa lei exista é preciso saber antes quem a faça e enquanto não se sabe, os homens ficam livres para fazer o que bem entenderem para preservarem suas vidas inclusive usar dos artifícios da guerra para isso.

A partir desse momento de sua reflexão, Hobbes procura fundamentar juridicamente a instituição do contrato para a saída do estado de natureza e o início da formação do Estado. Esses fundamentos estão nas leis da natureza. A regra geral é a que proíbe a qualquer homem fazer tudo que possa destruir sua vida ou se omitir para que ela seja preservada. Por isso a primeira lei da natureza é a de que todos os homens devem procurar a paz e segui-la desde que haja o desejo de todos em querer viver em segurança. A segunda é que todos devem ceder todos os seus direitos naturais, com a condição de que os demais também o façam. Assim, todos serão novamente iguais, pois todos abdicando de sua parcela de poder de ação tornam-se todos dependentes do poder do Estado, nenhum podendo agir fora das regras estabelecidas. Ou seja, o pacto consiste na união desses dois preceitos: o desejo da paz e a renúncia aos direitos naturais, fazendo o acordo de cada um com cada um. Todavia, para que o contrato seja válido é preciso a força do Estado, que traz o temor do poder capaz de fazer as leis da natureza serem respeitadas, pois o contrato sem a espada, seria rompido pelas paixões

naturais, que levam os homens à parcialidade, ao orgulho, à vingança e coisas semelhantes (HOBBS,1988). Por isso a construção do Estado se faz necessária e este deve ser absoluto, no sentido de ser o único detentor da força e do poder político, assim como deve possuir toda a autoridade para resolver as pendências e arbitrar qualquer decisão com vistas à paz e a segurança. Portanto, a sociedade, como um todo organizado, somente surge com a instituição do Estado.

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim, civitas. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e de ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar

a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.

Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui o poder soberano. Todos os outros são súditos. (LEVIATÃ, cap XVII, p.105-6).

No pacto hobbesiano, o governante ou governantes surgem depois de todos terem feito a pacto de cada um com todos, isso porque ainda não existe o Estado, que aparece com a instituição do pacto e vem para validar o mesmo, através da força que lhe foi cedida por todos. Sendo pactuado dessa maneira o Estado fica acima e fora dos compromissos que os homens estabeleceram para si. Em contrapartida, o Estado fica impedido de se livrar do pacto, mas também não pode ser julgado por ninguém, já que o soberano representa a vontade de todos. Seus atos são como se fossem os atos de todos, por isso ele jamais age injustamente.

A função do Estado é a de proteger e dar segurança aos cidadãos, por isso ele possui legitimidade de usar a força que a ele foi delegada e do modo que melhor lhe parecer. Por isso, os homens ao instituírem o Estado cedem todos os seus direitos e passam a depender de sua proteção, tendo uma "liberdade civil" para fazerem o que quiserem desde que a lei não proíba. Contudo, caso o Estado deixe de cumprir com sua função de manter a paz, pela regra geral de que cada um deve manter sua vida, os súditos ficam livres da subordinação imposta pelo pacto. Isso porque ao se fazer o pacto, os indivíduos querem sair daquele estado de guerra e medo e, portanto, se forem atacados seja por um outro indivíduo ou pelo soberano, não importa, a sua vida corre perigo do mesmo modo e, por isso, ele volta a contar apenas com sua própria força para assegurar sua vida.

Enfim, em Hobbes o Estado deve ser forte e protetor, cuidando de todos os seus cidadãos, mantendo todos os súditos em igualdade civil no âmbito da sociedade.

3. O CONTRATO LOCKEANO E A SEGURANÇA.

Em Locke, o contrato surge como uma regulação da sociedade e o Estado passa a ser o detentor legítimo da criação e da execução das leis. Entretanto para que possamos entender como o autor chega a essa ideia precisamos entender toda sua argumentação, começando pelo estado de natureza.

O estado de natureza lockeano é um estado de relativa paz, harmonia e tranquilidade. Nele todos os homens têm a liberdade para agirem conforme quiserem, tendo, entretanto, a lei da natureza, que é a razão de cada um, como limite ditando o que é certo e o que é errado. Por este motivo esse não é um estado de licenciosidade, pois o

homem sabe o que lhe prejudica e, conseqüentemente, sabe que o que lhe faz mal também faz a todos os outros, como uma proteção de espécie. Além disso, todos são perfeitamente iguais, não havendo homem algum com poder ou jurisprudência maior que outro e é essa igualdade que permite a liberdade, pois todos recebem as mesmas capacidades físicas e intelectuais da natureza. Sendo todos capazes têm a liberdade de fazer o que desejarem. Entre aquilo que a natureza deu aos homens estão a vida, a liberdade e a terra, o que Locke englobou no conceito de propriedade, contudo, esta última somente se torna privativa quando ela é trabalhada, deixando assim de ser aquela terra comum a todos e passando a ser a extensão do indivíduo, como aquilo que é único, individual. Portanto, a propriedade privada faz parte do estado de natureza, independentemente de existir sociedade ou Estado.

Porém, esses elementos não explicam por qual razão o homem deixaria, por livre e espontânea vontade, o estado de natureza, sendo este harmônico, pacífico e tendo uma lei que dita o que é certo e o que é errado, não havendo razão aparente para deixá-lo. O que ocorre é que nem todos os homens são detentores dessa razão ou seguidores da lei da natureza e por isso cometem crimes contra as propriedades de seus semelhantes. Estes crimes podem ser de escravidão, assassinato ou de invasão em uma terra trabalhada, que são os direitos que a natureza garante igualmente a todos.

Como todos são livres e iguais, a natureza garante uma punição aos crimes. Todos os indivíduos possuem a "jurisprudência recíproca", ou seja, todos têm direito de aplicar uma punição a quem age contra as leis da natureza. Entretanto, assim como todos podem impor uma punição, todos também podem interpretar a lei conforme desejam e aplicam-na de acordo com essa interpretação, como normalmente quem aplica a pena foi quem sofreu o dano ou alguém próximo que se encarregou de cumprir a pena, a punição quase nunca é justa. Gera-se, com isso, dois problemas em vez de apenas um. Tem-se agora o crime e o crime da pena exagerada. Além disso, ao ser atacado ou escravizado, o indivíduo tem o direito de resistir, e essa situação de ataque e defesa, criando um estado de guerra, que é um momento do estado de natureza que a violência se faz presente, como uma guerra latente, que se manifesta, pondo em risco a segurança da propriedade. Esse estado somente cessa quando surge um juiz ou um poder acima e imparcial aos outros, para que essas controvérsias sejam resolvidas.

Diante desses imperativos um número qualquer de homens resolve se unir, cedendo seu poder de julgar e punir para um ente que se digne a ser imparcial e seguir as leis, ou seja, eles fazem o contrato de consentimento e instituem a Sociedade Política ou Civil, porque percebem que, em sociedade, suas propriedades estarão em melhor segurança que no estado de natureza, por isso, a primeira providência a se tomar, em sociedade, é instalar um legislativo e um executivo, pois com leis feitas e válidas para

todos, fica coibida a liberdade de interpretação e com um poder exclusivo para executar essas leis, segundo o que está escrito, exclui-se a “jurisprudência recíproca” e fica apenas um órgão autorizado - o Estado - para castigar os crimes conforme as leis instituídas pelo legislativo, evitando-se assim os abusos das penas.

Vale lembrar duas coisas quando da fundação da sociedade. Primeiro, em Locke, não há um rompimento entre a sociedade e o estado de natureza, e sim uma organização deste último. Tanto é assim que o legislativo deve sempre ter em mente que as leis devem, antes de tudo, proteger a propriedade do indivíduo, entendendo essa como sua vida, sua liberdade e seus bens, ou seja, as leis civis devem seguir o que a lei da natureza ditou. A diferença é que agora ela é instituída e deve ser obedecida por todos. O segundo ponto é que ainda que os homens transfiram seus poderes, eles continuarão sendo a base do poder, o que permite assegurar que caso os indivíduos eleitos - para exercerem as funções de governo - deixem de cumprir com seu papel e coloquem em risco a segurança dos indivíduos e de suas propriedades, o povo pode depô-los, pois, eles, ao não cumprirem seus papéis, entram em estado de guerra com a população e está precisa defender sua vida, portanto recuperam seu poder de julgar e de punir já que ficam sem um poder superior a quem recorrer.

Por essa razão, em Locke, a sociedade política ou civil se define especificamente pela existência de um juiz superior ao qual os indivíduos, que se uniram por meio de um pacto, se submetem para obedecer-lhe às decisões, ficando, todos, sujeitos às mesmas leis e às mesmas punições criadas pelo legislativo e aplicadas pelo executivo, garantindo-se assim uma regulação dos direitos dos homens. Portanto, o Estado fica sendo o único órgão responsável pela segurança e a paz de todos, mas devendo sempre defender os interesses da população, pois o poder emana do povo e é ele quem deve ser o maior beneficiário do contrato.

Baseando-se na ideia de Estado que cada autor possui, analisaremos quais as possíveis consequências para a Sociedade Civil ou Política do mau funcionamento do Governo. Mas antes é preciso ter em mente que para ambos é função legítima do Estado tratar da segurança e da paz, ou seja, o Estado é o único que pode usar da força para manter a ordem e garantir a paz. Na teoria hobbesiana essa força é usada para que todos sigam as regras da sociedade e obedeçam ao que ditam as leis controlando as paixões que guiam os homens. Já na teoria lockeana, a força é usada para assegurar o cumprimento das leis, mas, além disso, o Estado deve ser o árbitro maior de toda e qualquer disputa entre seus cidadãos e sua força consiste, justamente em impor que a lei seja seguida, pois somente assim a propriedade do homem estará garantida. Por isso, em ambos, a eficiência do Estado é necessária para que a sociedade caminhe em segurança e em paz.

Contudo, nem sempre o Estado é eficiente e nossa sociedade assiste quase que diariamente casos dessa ineficiência. O que aconteceria se o Estado não cumprisse sua função de protetor depois do contrato celebrado?

Em Hobbes temos que o pacto, que instituiu o Estado, somente foi celebrado porque os homens perceberam ser melhor viver protegidos e em segurança, do que continuar no estado de guerra, que é um estado de constante beligerância. Portanto, os homens depositaram todas as suas esperanças de alcançar a paz no Estado, por isso, quando este deixa de cumprir com o seu papel, duas coisas acontecem. A primeira, o próprio autor vislumbrou, pois seria o caso do soberano atentar contra a vida do súdito e este ficar isento da subordinação que celebrou no contrato, já que a regra geral da natureza diz que todo homem deve fazer o que for possível para manter sua vida. A segunda, é própria da natureza tensa e contraditória do contrato que ao incluir, também exclui (Boaventura, 1999) gerando na sociedade atual, áreas de conflito e insegurança, as quais Boaventura de Sousa Santos vai considerar que decorrem do “fascismo societal”: “Não se trata de regresso ao fascismo dos anos 30 e 40. ao contrário deste último, não se trata de um regime político, mas antes de um regime social e civilizacional” (BOAVENTURA, 1999, p 51).

Já em Locke, o pacto por ele concebido já é problemático. Ao colocar que apenas alguns indivíduos podem celebrar o contrato e que esses indivíduos devem ser cidadãos e não qualquer indivíduo, exclui uma boa parte das pessoas que vivem no estado de natureza e essas pessoas ficam desamparadas da proteção e segurança. Locke procurou proteger a propriedade e para isso regulou a sociedade. Por isso a força do Estado deve ser usada para proteger aquilo que o cidadão possui, ou seja, sua vida, sua liberdade e seus bens e essa proteção deve ser contra os possíveis ataques daqueles que não são considerados cidadãos para serem incluídos no contrato. Desse modo, a teoria de Locke deixa antever a contradição que está na base do contrato, pois a inclusão pressupõe exclusão. Aqueles que ficam fora do contrato são considerados a priori desprovidos de razão, ficando à margem da cidadania e potencialmente responsáveis por colocar em risco a segurança dos que fazem parte da sociedade política e civil. Por isso, neste caso, a ineficiência do Estado gera uma insegurança quanto à proteção dessa propriedade, pois sem o Estado trabalhando corretamente, não se tem a quem recorrer para julgar e punir os transgressores as transgressões. Contudo, esse contrato coloca no povo a base do governo e por isso, caso este não aja de forma correta o povo pode destituí-lo e eleger outro governo. Portanto, em Locke, o Estado sempre terá que seguir o que os cidadãos decidirem como o melhor para eles, caso contrário não haverá razão para continuidade dos mesmos dirigentes.

Assim, o que se observa é uma racionalidade que perpassa toda a ideia de contrato no pensamento de Locke. Quando a racionalidade do Estado de Direito não cumpre com as suas funções, especialmente, nos seus fundamentos jurídicos, as áreas de conflito e insegurança surgem na sociedade civil.

Sobre essas áreas reveladoras da crise que acomete o contrato social da modernidade, Boaventura de Sousa Santos não só as entende como um tipo de fascismo societário, como identifica seis de suas variações: a do apartheid social, a do Estado paralelo, a paraestatal - que se divide em contratual e territorial -, a populista, a da insegurança e a do financeiro.

Desse modo, a discussão dessas formas de fascismo societário pode esclarecer a questão da violência não apenas como um limite do contrato, mas como um novo tipo de sociabilidade que se manifesta, ora pela ausência do Estado, ora como presença exacerbada. Por essa razão trataremos de alguns desses fascismos procurando analisar as consequências desse modo de agir do Estado na sociedade civil.

Para entendermos a questão da violência a partir da ideia de "fascismos societários" precisamos analisar alguns desses seis tipos a começar pelo "fascismo do apartheid social". A ideia desse tipo é a de que dentro da sociedade civil, política e organizada, existem zonas de estado de natureza. O contrato social não abrange todos os indivíduos, alguns – muitos – ficam de fora e isso significa não desfrutar dos benefícios da segurança, da paz e de todas as garantias que somente são possíveis com a instituição do Estado. Essas "zonas selvagens", como denomina Boaventura de Sousa Santos, provoca uma série de dificuldades que o pacto jamais poderia prever, a violência é uma delas. Pois, o estado de natureza ao qual o autor se refere seria o de Hobbes, e o estado hobbesiano é um estado de beligerância, no qual o ataque é a forma de defesa. Diante disso temos locais que se tornam verdadeiros campos de guerra dentro da sociedade civil. É o caso das favelas e dos bairros pobres dominados por traficantes. O resto da sociedade amedrontada com esses locais – que ela mesma criou ao excluir e segregar – leva os aparelhos repressores do Estado a serem mais duros nesses locais, criando uma duplicidade de ação, o que não deixa de ser mais uma forma de acentuar a segregação, numa busca constante de tirar de perto dela esses indivíduos que não se "enquadram" como cidadãos.

Além disso, o próprio Estado coopera para a estigmatização desses indivíduos, pois ao invés de cumprir com seu papel de protetor, ele age ao contrário, como seu agressor. É o que Boaventura de Sousa Santos denomina de "fascismo do Estado paralelo". Em zonas civilizadas o Estado age democraticamente como defensor, protetor, mesmo que nem sempre seja confiável, ainda sim cumprindo com a ideia básica do contrato. Nas zonas selvagens, ele age como predador, usurpador dos direitos e repressor autoritário das vontades desses indivíduos.

O grande problema dessa divisão em duas áreas dentro da sociedade está que as zonas selvagens estão dentro da sociedade civil e estão na sociedade civil, de algum modo revelam que os indivíduos aceitaram a subordinação ao contrato, portanto, também são detentoras do direito às suas garantias, contudo ao serem segregados como “selvagens” para lugares cada vez mais inóspitos, sem higiene, educação, saúde e principalmente proteção, eles ficam de posse apenas da sua própria força para manter sua vida, sendo esse um dos fatores que mais gera violência em nossa sociedade. É claro que a violência acentuada de hoje não existe apenas porque pessoas são excluídas para áreas segregadas, mas existe sim, um alto índice nesses locais devido ao fato de nelas não haver atuação concreta do Estado.

Outro fascismo societal que concorre para a violência é o “fascismo territorial”. Existem locais em que atores sociais muito poderosos tiram do Estado suas prerrogativas e passam a controlar determinado território. Os casos concretos de maior destaque nesse caso são os grandes latifundiários em suas fazendas e o chefe local do tráfico – incluindo aqui as Milícias. Esses indivíduos corrompem a força legítima do Estado de mantenedor garantidor da paz. Eles passam a determinar o que se faz e o que se deixa de fazer naquele local. Possuem força de polícia, justiça, como se fossem bem feitos. Muitos desses casos só são possíveis devido a conivência do Estado em não coibir tais ações e dando margem para que setores das suas forças repressivas se associem a esses agentes que usurpam a ação legítima do Estado.

O fascismo da “insegurança” consiste na manipulação indiscriminada do imaginário da população. É a constante propagação da ideia de que a sociedade está caótica e que a qualquer momento os indivíduos serão feridos ou roubados. Depreciam-se os serviços estatais e se traz como alternativa viável e eficiente serviços privados. É o caso da saúde, educação e da segurança. Além disso, mantendo a sociedade receosa quanto a sua segurança, pode-se impor sempre medidas que ela aceitará como normal. É o caso de quando se usa das forças armadas para controlar a violência civil. O exército que deveria ser usado apenas em casos extremos é usado com frequência. Com isso a população acredita que as polícias civil, militar ou federal não conseguem dar conta da violência social e que vivemos tempos de guerra. A população acreditando que vive em tempos de guerra e sem acreditar no Estado, passa a buscar outras formas de suprir suas necessidades – momento em que os serviços privados ganham força. A consequência que esse fascismo traz para a sociedade é, que além de aumentar o uso da violência privatiza determinados serviços, deprecia os estatais e a população que não tem condições de pagar para ter sua segurança garantida se vê empurrada novamente para o “estado de natureza hobbesiano”, o que se torna uma grande contradição social, já que eles também fazem parte do contrato e da sociedade como um todo.

Portanto, unindo esses elementos temos que a violência do Estado assume diversas formas, não apenas aquela expressa na forma de abuso de poder. A ausência em incluir, sanear, educar também são formas de violência que partem do Estado. Manipular o imaginário social é uma forma de violência que parte do Estado e atinge diretamente a esfera societal.

4 - CONCLUSÃO

Considerando o objetivo do presente artigo, percebe-se que a relação Estado/violência ainda está bem distante de ser um assunto simples e de fácil compreensão. A segurança deve ser monopólio apenas do Estado ou a vontade da sociedade também deve estar inserida nesse contexto?

A razão de se fazer uma mudança na sociedade, e não apenas na forma de atuação do Estado, seria o princípio de uma mudança estrutural em toda ordem, alterando as formas de agir e pensar dos indivíduos. Como explica Vera Telles (1994), é preciso que a noção de direitos esteja enraizada nos indivíduos, pois, somente assim a possibilidade de convivência pode ser concretizada. E com o respeito às diferenças, cria-se também a possibilidade de diálogo, de sociabilidade entre os diferentes segmentos sociais, que de um modo ou de outro precisam se entender para assim poderem consolidar uma verdadeira cidadania, que pratique a inclusão de todos e não que lute e exija que os órgãos públicos acabem por reproduzir ainda mais a miséria e a violência nas áreas mais pobres e destituídas das cidades.

Enfim, os pensamentos de Locke e Hobbes ainda servem de base para questionamentos sobre como se dá essa relação Estado/violência e fornece elementos para se pensar uma real mudança na sociedade.

5 - BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade. **Tempo Social**; Revista de Sociologia. USP, São Paulo, 10 (1): maio 1998, p. 19-47.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Violência, povo e polícia**: violência urbana no noticiário de imprensa. Brasiliense: São Paulo, 1983.

BOBBIO, N. **Dicionário de política**. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

CHEVIGNY, Paul. Definindo o papel da polícia na América Latina. In: MENDEZ, J.E, O'DONNELL, G. PINHEIRO, P.S. (Org.) **Democracia, Violência e Injustiça**: o não estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e terra, 2000, p 65-87.

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Os anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 103-115

DAGNINO, Evelina. Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 9-15.

DAGNINO, Evelina. Sociedade Civil, Espaços Públicos e a Construção Democrática no Brasil: Limites e Possibilidades. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 279-302.

KUNTZ, Rolf. Locke, liberdade, igualdade e propriedade. In: QUIRINO, Célia N. Galvão; BRANDÃO, Gildo Marçal; VOUGA, Claudio José T. (Org.). **Clássicos do Pensamento Político**. São Paulo: EDUSP, 2004.

MACÉ, Eric. As formas da Violência Urbana: uma comparação entre França e Brasil. **Tempo Social**; Revista de Sociologia. USP, São Paulo, 9 (1), maio 1997, p. 177-188.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.), **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 1989.

MORRESI, Sergio. Pactos e Política: o modelo lockeano e a ocultação do conflito. In: BORON, Atilio A. (org.), **Filosofia Política Moderna De Hobbes a Marx**. Buenos Aires; São Paulo: CLACSO, EDUSP, 2006.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.), **Os clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 1989.

RIBEIRO, Renato Janine. Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero. BORON, Atilio A. (org.), **Filosofia Política Moderna De Hobbes a Marx**. Buenos Aires; São Paulo: CLACSO, EDUSP, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós contratualismo. In: HELLER, Agnes (et. al.) **A crise dos paradigmas em Ciências Sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

SILVA, Luís Antonio Machado. Criminalidade Violenta: por uma nova perspectiva de análise. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, 13, nov. 1999, p 115-124.

SOARES, Luiz Eduardo. **Meu Casaco de General: 500 dias no front da segurança pública**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TABAGIBA, Luciana. Os Conselhos Gestores e a Democratização das Políticas Públicas no Brasil. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 47-103.

TELLES, Vera da Silva. Sociedade Civil e a Construção de Espaços Públicos. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Os anos 90: política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 91-102.

VELHO, Gilberto. Violência e cidadania. **Dados** – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. Vol. 23. 1980, p. 361-364.

ZALUAR, Alba. Violência e crime. In: MICELI, Sergio. (org.). **O que ler na Ciência Social brasileira. (1970-1995)**. São Paulo: Sumaré. ANPOCS; Brasília: Capes. 1999. P.13-95.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA OS MAIORES DE 70 ANOS

LOHANA MELO LIMA:
Advogada pós-graduada em tribunal do júri, direito do consumidor e direito de família.²⁰⁸

RESUMO: Este artigo discute a constitucionalidade da imposição legal do regime de separação de bens para indivíduos com mais de 70 anos no contexto brasileiro. Argumenta-se que tal imposição pode ser considerada inconstitucional à luz dos princípios constitucionais de igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade de escolha. Ao explorar as bases legais e constitucionais, bem como jurisprudências pertinentes, o artigo propõe uma análise crítica das razões por trás da obrigação legal e as possíveis alternativas para garantir a proteção dos interesses dos idosos sem infringir direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Regime de Bens, Separação de Bens, Constitucionalidade, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This article discusses the constitutionality of the legal imposition of the separation of assets regime for individuals over 70 years of age in the Brazilian context. It is argued that such imposition may be considered unconstitutional in light of the constitutional principles of equality, human dignity and freedom of choice. By exploring the legal and constitutional bases, as well as relevant case law, the article proposes a critical analysis of the reasons behind the legal obligation and the possible alternatives to ensure the protection of the interests of the elderly without infringing fundamental rights.

KEYWORDS: Property Regime, Separation of Assets, Constitutionality, Fundamental Rights

Sumário: 1. Introdução; 2. Contexto legal e fundamentação constitucional; 3. Princípios constitucionais; 3.1 Igualdade; 3.2 Dignidade da pessoa humana; 3.3 Liberdade; 4. Pessoa idosa no Brasil; 5. O Estatuto da Pessoa Idosa; 6. Análise jurisprudencial e doutrinária; 7. Conclusão; 8. Referências.

1.INTRODUÇÃO

208 E-mail: l.o.h_03@hotmail.com

No Brasil, a legislação atual impõe o regime de separação obrigatória de bens para pessoas com mais de 70 anos que desejam contrair matrimônio. Esta exigência legal, embora destinada a proteger os interesses patrimoniais dos idosos, suscita questões relevantes quanto à sua constitucionalidade. Este artigo propõe uma análise detalhada da inconstitucionalidade dessa imposição, à luz dos princípios constitucionais fundamentais.

2.CONTEXTO LEGAL E FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A imposição do regime de separação de bens para os maiores de 70 anos encontra-se prevista no artigo 1.641 do Código Civil. Segundo este dispositivo, as pessoas nessa faixa etária são obrigadas a adotar tal regime, exceto nos casos previstos em lei. Esta medida legislativa visa, teoricamente, proteger o patrimônio dos idosos de possíveis fraudes ou abusos por parte de terceiros, especialmente em contextos matrimoniais.

No entanto, ao impor esta restrição automática, a legislação brasileira pode estar infringindo princípios constitucionais como o da igualdade (art. 5º, caput), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a liberdade de escolha (art. 5º, II). A Constituição Federal de 1988 consagra a igualdade de direitos entre todos os cidadãos, independentemente de idade, gênero ou qualquer outra condição pessoal. A obrigatoriedade do regime de separação de bens para os maiores de 70 anos, portanto, poderia ser interpretada como uma discriminação injustificada baseada exclusivamente na idade.

3.PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS

3.1 Igualdade

A Constituição Federal de 1988 garante a igualdade de todos perante a lei, vedando qualquer forma de discriminação, inclusive por idade. A imposição do regime de separação de bens baseada unicamente na idade dos cônjuges configura uma discriminação arbitrária, ferindo esse princípio fundamental.

3.2 Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade humana assegura que todos os indivíduos sejam tratados com respeito e consideração, sem restrições indevidas aos seus direitos fundamentais. A imposição de um regime patrimonial sem considerar a vontade dos envolvidos pode comprometer essa dignidade, limitando a autonomia das escolhas pessoais.

3.3 Liberdade

A autonomia da vontade é um direito civil fundamental, permitindo aos indivíduos estabelecerem livremente seus direitos e obrigações no âmbito patrimonial. A obrigatoriedade do regime de separação de bens para os maiores de 70 anos restringe essa liberdade, impondo uma forma de organização patrimonial sem considerar as circunstâncias individuais de cada casal.

4. PESSOA IDOSA NO BRASIL

Com base no artigo “A interdição dos idosos” de Gisele Beretta Notti (2011) expõe que a partir da segunda metade do século XIX, a velhice foi tratada como uma etapa da vida caracterizada pela decadência física e ausência de papéis sociais.

É nesse sentido que a repórter Mariana Tokarnia (2014) trouxe o entendimento do presidente da sociedade brasileira de Geriatria e Gerontologia, João Bastos Freire Neto, que acredita que “a sociedade tem visão estereotipada do idoso, com doenças, que consomem recursos da saúde. Que a velhice significa doença e não fazer nada”.

Nessa mesma reportagem, Max Petrucci, o fundador da Garage IM, relatou que:

Hoje, o idoso é retratado como uma pessoa em decadência, curvada e dependente de uma bengala (como nas imagens que o representam), da ajuda de terceiros. Isso não é mais verdade. Há perda de vitalidade, mas o idoso hoje vive mais, está mais saudável, ativo e produtivo. O país está em processo de envelhecimento e levantar essas questões é uma forma de começar a conscientização da sociedade sobre o tema.

Segunda a repórter Mariana Tokarnia (2014):

Os idosos são hoje no país 26,3 milhões, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O número representa 13% da população. A expectativa é que esse percentual aumente e que em 2060 chegue a 34%, segundo previsão do próprio IBGE.

Curiosidade essa também retrata por Roberto Mendes de Freitas Junior (2008, p. 04) que aduz que a Organização Mundial de Saúde estimou que até o ano de 2025, o Brasil será o sexto país mais envelhecido do mundo, possuindo mais de 34 milhões de idosos.

Compreende-se, então, que “o idoso, por questões biológicas, pode apresentar algumas limitações ou pequenas dificuldades, mas isso não significa a incapacidade de realizar tarefas”. O que se pode perceber, nos tempos atuais, é que a população dos idosos sofre estereótipos da velhice que foram rotulados pela geração mais “nova”, sendo assim, é preciso compreender que o envelhecimento humano não pode ser considerado apenas do ponto de vista cronológico (SCORTEGAGNA e OLIVEIRA, 2012).

É preciso considerar que, conforme Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite (2013):

Ao erigir a dignidade humana a um dos fundamentos da República, a Carta Magna sinaliza que todo indivíduo é merecedor de igual respeito e consideração, pelo simples fato de ser humano, de modo que toda pessoa deverá receber o mesmo tratamento jurídico, independentemente de quaisquer atributos ou características, como a cor da pele, orientação sexual, gênero sexual, caracteres físicos, idade etc.

Por sua vez, a Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV (BRASIL, 1988), afirma que a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação é um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Com isso, percebe-se que:

A dignidade da pessoa humana não está relacionada às suas características externas, tampouco se liga à classe social a qual essa pessoa pertence, nem mesmo ao seu gênero, cor, idade ou etnia. (...) Afinal, a dignidade não tem preço, não pode ser medida, é irrenunciável e inalienável, sendo, dessa forma, é atributo de todos os seres humanos (SANTIN, 2013).

5.0 ESTATUTO DA PESSOA IDOSA

O artigo 1º, do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), informa que regulamentará os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Percebe-se que, por haver dificuldades para estabelecer parâmetros definidores para o início da chamada “terceira idade”, já que são diversos fatores que atuam no processo de envelhecimento e variam de caso a caso, o Estatuto se baseou apenas na idade, impondo o “status” de idoso para aqueles com idade igual ou superior a 60 anos.

A Constituição Federal, constituída em Estado Democrático de Direito, veda, expressamente, discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso, em seu artigo 3º, inciso, IV (BRASIL, 1988).

Segundo o estatuto do idoso (BRASIL, 2003), em seu art. 2º preconiza que:

Art. 2º A pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

A dignidade da pessoa humana de acordo com Sarlet, citado por Ramiro L. P. da Cruz e Gisele P. J. Leite (2005) é a seguinte:

A qualidade intrínseca e distinta de 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 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 sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Logo, percebe-se que a dignidade humana gira em torno da ideia de que todas as pessoas nascem livres, iguais e dotadas de racionalidade, nos diferenciando, assim, dos outros animais, permitindo que cada um concretize o seu próprio projeto de vida, tomando decisões livremente. Onde qualquer obstáculo jurídico à capacidade de autodeterminação e ao exercício da liberdade individual, revela-se inconstitucional, exatamente por violar a dignidade humana (FERRAZ e LEITE, 2013).

Da mesma forma Roberto Mendes de Freitas Junior (2008, p. 58) entende, aduzindo que o “idoso deve ter liberdade de pensar e expressar suas opiniões, independentemente de qualquer doutrina ou orientação por parte do Poder Público”.

O caput do artigo 3º, do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) dispõe que:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a

efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

O art. 10, § 1º, II e V, do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), dispõe que:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. (Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022)

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

(...)

II – opinião e expressão;

(...)

V – participação na vida familiar e comunitária;

(...)

Dessa forma, pode-se extrair desse artigo que:

Resta claro que o avançar da idade não implica diminuição na capacidade jurídica de autodeterminação nem na garantia das liberdades individuais. Qualquer restrição à liberdade baseada tão somente na maturidade fere a Carta Magna, por violar indevidamente direitos fundamentais da pessoa, revelando-se medida discriminatória, uma vez que se consubstancia em mera arbitrariedade (FERRAZ e LEITE, 2013).

Diante disso, pode-se concluir que a pessoa idosa é absolutamente capaz pelo ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, o direito à liberdade deve ser respeitado por todos, o que ocasiona em total liberdade para direcionar sua própria vida, estabelecendo que nada justifique a imposição de limites a sua capacidade. Dessa forma, a pessoa idosa possui a consciência de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que a rodeia.

6. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA

A jurisprudência brasileira tem abordado de forma variada a questão da constitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para os idosos. Algumas decisões têm reconhecido a necessidade de revisão dessa imposição à luz dos princípios constitucionais, enquanto outras têm mantido a aplicação estrita do dispositivo legal.

A doutrina jurídica tem oferecido diferentes perspectivas sobre o tema. Alguns juristas argumentam pela manutenção da obrigatoriedade como forma de proteção patrimonial, destacando casos de vulnerabilidade dos idosos em relações matrimoniais. Por outro lado, há aqueles que defendem a inconstitucionalidade da medida, sugerindo alternativas que conciliem a proteção patrimonial com o respeito aos direitos individuais dos idosos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no tema de Repercussão Geral nº 1236, que "o regime obrigatório de separação de bens nos casamentos e nas uniões estáveis que envolvam pessoas maiores de 70 anos pode ser alterado pela vontade das partes, mediante escritura pública, firmada em cartório. Caso não se escolha outro regime, prevalecerá a regra disposta em lei (art. 1.641, II, CC/2002).".

Assim, percebe-se a preocupação em adequar a norma legal aos atos da vida contemporânea, trazendo ampliações interpretativas para que seja subvertido o entendimento de que as pessoas maiores de 70 anos não possuem capacidade para determinar o seu regime de bens.

7. CONCLUSÃO

Em síntese, a imposição do regime de separação de bens para os maiores de 70 anos suscita questões significativas quanto à sua constitucionalidade à luz dos princípios fundamentais da Constituição Federal. Este artigo argumentou que tal imposição pode ser considerada inconstitucional por violar direitos fundamentais, propondo uma revisão legislativa que respeite a autonomia e a dignidade das pessoas idosos. A proteção patrimonial dos mais vulneráveis deve ser assegurada sem comprometer os direitos individuais garantidos pela Carta Magna.

Assim, é fundamental que o debate jurídico e legislativo sobre este tema continue visando alcançar um equilíbrio entre a proteção dos interesses patrimoniais dos idosos e o respeito aos seus direitos constitucionais.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em <

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em dia 1 de agosto de 2023.

_____. Código Civil: Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916. DF: Congresso Nacional, 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acessado em dia 1 de agosto de 2024.

_____. Estatuto do idoso: Lei nº 10.741 de 1 de outubro de 2003. DF: Congresso Nacional, 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acessado em 7 de novembro de 2023.

_____. Lei n.º 12.344 de 9 de Dezembro de 2010. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 de Dez. 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm>. Acessado em 7 de novembro de 2023.

CAVALCANTI, Amanda Maria de Moraes. **A inconstitucionalidade do regime de separação de bens obrigatório em razão da idade.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-inconstitucionalidade-do-regime-de-separacao-de-bens-obrigatorio-em-razao-da-idade,47509.html#end>>. Acessado em: 15 de setembro de 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Se a pessoa maior de 70 anos se casar ou iniciar união estável, em princípio, o regime de bens será o regime da separação obrigatória, nos termos do art. 1.641, II do CC; se as partes quiserem, poderão fazer uma escritura pública afastando essa regra e escolhendo outro regime.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/fbad057973f18db4d1045d3538e69c50>>. Acessado em: 1 de junho de 2024.

CRUZ, Ramiro L. P. da. LEITE, Gisele P. J. **A terceira idade e a cidadania com dignidade: reflexões sobre o estatuto do idoso.** Disponível em: <http://revista.hupe.uerj.br/detalhe_artigo.asp?id=260#>. Acessado em: 15 de setembro de 2023.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil.** Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

DELAZARI, Mariana Souza. **Regime de bens na sociedade conjugal.** Disponível em: <[http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/580/Regime%20de%20bens%](http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/580/Regime%20de%20bens%20)

[20na%20sociedade%20conjugal.pdf?sequence=1](#)>. Acessado em: 15 de setembro de 2023.

DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. 4ª Ed. 2ª Tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____ **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 6. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____ **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6. 8ª Ed. 2ª Tiragem São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNIOR, Roberto Mendes de Freitas. **Direitos e garantias do idoso**: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERI, Anita Liberalesso. [et al]. **Idosos no Brasil**: vivências, desafios e expectativas na terceira idade. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, Edições SESC SP, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. único. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

TOKARNIA, Mariana. **Idosos não se identificam mais como pessoas frágeis**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-10/idosos-nao-se-identificam-mais-como-pessoas-frageis>>. Acessado em: 15/10/2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. 1. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E AS PROVAS EM ESPÉCIE OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS.

GILBERTO DE CASTRO LASMAR LIMA:
Especialista em Direito Público (UEA). Espec. em Ciências Criminais (IDA). Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA)²⁰⁹.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade trazer o conhecimento a respeito dos aspectos de prova presente no direito penal brasileiro, bem como o seu conceito, sua finalidade, seus objetos, sujeito, os tipos de provas, processo de elaboração, princípios que norteiam a produção de provas penais e constitucionais da esfera judiciária. Diante da ilicitude das provas em espécie, será esclarecido sua inadmissibilidade e as hipóteses em que poderá ser admitida excluindo sua ilicitude, buscando sempre um equilíbrio proporcional onde terá prevalência o direito fundamental diante do caso concreto analisado, para que seja garantido às partes a verdade real sobre os fatos, e influenciar diretamente no livre convencimento motivado do juiz. Essa liberdade probatória entre as partes, busca acabar com a limitação que sofre o processo penal na busca por decisões justas e garantidoras, porém, mesmo que essa liberdade seja ampla deve sempre respeitar os direitos e garantias constitucionais, sendo vedado a produção de provas ilícitas. É evidente a grande evolução e transformação ocorrida no instituto das provas, por ser um tema de alta complexidade que busca a comprovação de materialidade do delito e autoria, acaba gerando inúmeras discussões, tanto por parte dos doutrinadores, como por parte da jurisprudência, principalmente quando entra em confronto direitos e garantias fundamentais trazidos pela constituição.

Palavras-chave: Provas em espécie, princípios, critérios de classificação das provas, ilícitos, evidencias, deferimento e indeferimento. Ilícitas ou ilegais.

ABSTRACT: *This article aims to bring knowledge about the aspects of evidence present in Brazilian criminal law, as well as its concept, its purpose, its objects, object, types of evidence, preparation process, principles that guide the production of criminal and constitutional evidence of the judicial sphere. Given the illegality of the evidence in kind, its inadmissibility will be clarified and the hypotheses in which it may be admitted, excluding its illegality, always seeking a proportional balance where the fundamental right will prevail in the specific case analyzed, so that the parties are guaranteed the real truth about the facts, and directly influence the judge's free motivated conviction. This freedom of evidence between the parties seeks to end the limitation that the criminal process suffers in the search for fair and guaranteeing decisions, however, even if this freedom is broad, it must always respect constitutional rights and guarantees, and the*

209 E-mail: lasmar.lima@outlook.com.

production of illicit evidence is prohibited. The great evolution and transformation that occurred in the institute of proof is evident, as it is a highly complex topic that seeks to prove the materiality of the crime and its authorship, ending up generating countless discussions, both on the part of scholars and on the part of the jurisprudence, especially when the fundamental rights and guarantees brought by the constitution conflict.

Keywords: Evidence in kind, principles, criteria for classifying evidence, illicit acts, evidence, approval and rejection. Illicit or illegal.

1. INTRODUÇÃO

Dentro do direito penal e processual brasileiro, o conceito de prova é diversificado e entendido basicamente como os fatos que são comprovados e utilizados pelos sujeitos processuais para o pleno convencimento do juiz, buscando sempre exercer o direito de ação e defesa.

De acordo com Paulo Rangel (2015), o sistema de provas constitui elemento fundamental que leva os fatos alegados pelas partes ao conhecimento do magistrado, e busca agir com esmero analisando a veracidade dos fatos conhecidos com base nas provas apresentadas.

Logo, fica evidente a relevância da prova na busca pela verdade dos fatos e na tomada de decisões judiciais em ações ou defesas de alegações. Dessa forma, os meios de provas serão apresentados e discutidos ao decorrer do trabalho, bem como seu conceito, seus princípios, sujeitos, formas, valores, critérios de classificação das provas, e as provas adquiridas de forma ilícita.

O processo probatório é elemento essencial para descobrimento da autoria e materialidade do delito, pois influência de forma direta no livre convencimento do juiz, que deverá sempre ser motivado. Portanto, o trabalho terá como principal enfoque a busca pela essência da prova, quando ela poderá ou não ser admitida diante do caso concreto, sempre levando em consideração sua ilicitude e seus desdobramentos.

2. A IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCEDIMENTO PENAL.

2.1 CONCEITO.

Sendo um dos assuntos mais importantes dentro do direito penal e processual penal, o instituto das provas possibilita a análise do cometimento das ilicitudes por meio de sua materialidade e autoria. É o fator primordial que busca mostrar a existência e a veracidade de um fato, bem como a sua finalidade processual, que consiste em influenciar o convencimento do magistrado. "O termo prova origina-se do latim –

probatio –, que significa ensaio, inspeção, verificação, exame, argumento, aprovação, razão ou confirmação. Dele advém o verbo provar – probare –, significando ensaiar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, verificar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar"(NUCCI, 2014).

Segundo o professor Guilherme de Souza Nucci (2014), acontece de três maneiras, que se identificam pelo meio para provar, que é o instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, um exemplo disso é a prova testemunhal, o ato de provar, que é o processo em que se verifica o resultado da ação de provar e a verdade do fato alegado, que são extraídos da análise dos instrumentos de prova oferecido.

Do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts.156 I e II, com redação determinada pela lei n.11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p.ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Logo, é todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, 2013).

De acordo com Capez (2013), baseado em seu vasto conhecimento, traz um posicionamento diferente quando conceitua prova como um conjunto de atos processuais que busca comprovar a prática de delitos para que possa influenciar no livre convencimento motivado do magistrado.

A comprovação da verdade dos fatos é realizada através da utilização probatória, e a prova passa a ser tudo aquilo que contribuiu para a formação do convencimento do magistrado, demonstrados nos atos, fatos e no próprio direito discutido em litígio. (TÁVORA; ALENCAR, 2013).

Távora e Alencar (2013), conceituam prova como fatos e elementos que contribuem para a produção da veracidade para que o juiz em sua análise possua convencimento necessário para proferir sua decisão parcial e sempre fundamentada.

Logo, a produção de provas é fundamental na busca de decisões legais e justas, pela simples razão do magistrado apenas possuir conhecimento sobre o direito e não sobre os fatos. As provas trazidas a juízo irão condicionar ao magistrado a possibilidade de se estar ciente do ilícito praticado, fazendo com que sua decisão tenha uma base de fundamentação mais justa possível das ocorrências e assim conseguir proferir uma sentença mais justa, respeitando sempre a ampla defesa e o contraditório.

3.SUJEITO DA PROVA.

O sujeito é aquele envolvido no processo criminal, podendo ele ser o acusado ou testemunha, ou seja, aqueles determinados por lei para promover a prova e participar de

sua produção. Sendo assim, dentro do direito penal existem dois principais sujeitos envolvidos na prova:

3.1 Acusado ou Réu: São as pessoas contra quem as acusações criminais são realizadas. É quem supostamente cometeu o crime e está sofrendo processo judicial. Dessa forma, cabe ao Ministério Público ou a acusação apresentar as provas que irão demonstrar a culpabilidade do acusado. Restando, portanto, aos acusados apresentar provas para demonstrar sua inocência ou contestar a acusação.

3.2 Testemunhas: São pessoas que possuem as informações importantes sobre os fatos detalhados dos crimes ou eventos relacionados a eles. Elas podem estar arroladas no processo tanto pela acusação quanto pela defesa. Elas possuem o dever de dizer a verdade e de fornecer informações precisas durante o processo.

Além disso, podem estar presentes no processo penal outras pessoas, como o juiz que atua na resolução do caso, decidindo sobre a validade das provas e a admissibilidade que aparecem durante o processo, bem como os peritos realizando exames técnicos e pareceres para esclarecer específicas questões relacionadas ao crime e laudos.

4. VALOR DA PROVA.

No processo penal, as provas podem ser classificadas quanto ao valor probatório, ou seja, quanto a sua força ou relevância na formação do convencimento do juiz em relação aos fatos em discussão no caso. Essa classificação de valor, ajuda a determinar a força e o peso que cada evidência tem na decisão final.

Dessa forma, elas podem ser prova plenas ou robustas, onde essas provas possuem um alto valor probatório, sendo suficientes para provar o fato em discussão de maneira consistente e segura. São claras, contundentes e que, quando avaliadas de forma isoladas, já podem levar a uma conclusão sobre a questão em litígio. Podem ser também provas semiplenas ou convincentes, onde terão um valor probatório significativo, mas, por si só, não são suficientes para provar integralmente o fato em questão. No entanto, quando combinadas com outras provas, fortalecem a argumentação e tornam a versão dos fatos mais coerentes e provável.

As provas indiciárias ou circunstanciais, são provas que não provam diretamente o fato alegado, mas levam a uma inferência ou dedução a partir de circunstâncias e indícios apresentados. Embora não sejam conclusivas por si só, quando combinadas e analisadas em conjunto, podem levar a uma convicção sobre o fato em discussão. Já as provas frágeis ou inconsistentes, possuem um valor probatório baixo ou pouco confiável,

não contribuindo de forma relevante para a demonstração dos fatos em debate e podem ser facilmente contestadas ou refutadas. (CAPEZ, 2015).

Vale ressaltar que, ao juiz cabe, com base nas provas apresentadas pelas partes e nas regras processuais, avaliar o valor probatório de cada prova e decidir sua relevância na formação de convicção para sentença. O juiz deve fundamentar sua decisão, explicando os motivos pelos quais acolheu ou rejeitou determinadas provas, garantindo assim um processo justo e transparente.

5.OBJETO DA PROVA.

O objeto da prova no direito penal e processual penal é meramente a busca da verdade material dos fatos relacionados ao crime, ou seja, coletar elementos importantes de convicção que esclareçam o que realmente aconteceu, possibilitando o juiz formular uma decisão justa e precisa sobre a culpabilidade ou inocência do acusado.

O ordenamento jurídico dispensa de forma prática alguns fatos que independem de produção de provas, Mirabete (2006) cita:

- a)** Os fatos notórios, que são fatos de conhecimento público, de grande repercussão, que ninguém pode alegar ignorância;
- b)** Fatos Axiomáticos são fatos que por sua obviedade do mundo real não precisam ser provados;
- c)** Fato Negativo: seria um fato que não ocorreu;
- d)** Fato costumeiro por lei: a própria lei declara a existência do fato, dispensando a produção de provas.

As provas têm a função de esclarecer os fatos, possibilitar o contraditório e a ampla defesa, e assegurar que a decisão judicial seja embasada em evidências sólidas e confiáveis.

6.MEIOS DE PROVA.

Os meios de prova apresentados no processo são determinados por indivíduos ou objetos que buscam demonstrar a veracidade do fato criminoso, comprovando a materialidade ou autoria dos ilícitos.

Prevê o artigo 5º, LVI da Constituição Federal:

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: [...] LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Quando for evidente a violação da produção probatória no ordenamento jurídico, esta sofrerá limitação, porém quando for proibida por contrariar normas do direito material ou princípios fundamentais, seja na forma de modo de obtenção ou meio, esta será ilícita.

Assim conceitua Tourinho Filho sobre meios de prova: “É tudo quanto possa servir, direta e indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, [...], tudo são meio de prova” (TOURINHO FILHO, 2009).

Dessa maneira, é importante destacar que dentro do direito penal, existe um princípio chamado liberdade probatória, que possibilita as partes produzir e recolher as provas que acharem importantes e necessárias para influenciar no julgamento, desde que sejam elas obtidas por meios legais, ou seja, aceitáveis dentro do direito, caso contrário serão ilícitas.

Assim preceitua o art. 155 do CPP, sobre a formação da convicção do juiz, baseados nas provas.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro).

No entanto, essa liberdade probatória não é absoluta, pois encontra limites na demonstração do estado civil das pessoas, onde vislumbra o art.155, do CPP, em seu parágrafo único: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

Nesse caso, exemplos que deixam evidente essa limitação aos meios de prova, estão presentes no caso de casamento, morte, menoridade, maior de 70 anos, grau de parentesco etc., estes deverão ser provados com as determinadas certidões.

Dessa maneira, dentro do direito penal, existem diversos meios de prova que podem surgir e serem utilizados para esclarecer e estabelecer a culpabilidade ou inocência do acusado. Alguns dos meios de prova mais importantes incluem:

6.1 Prova Documental: São documentos e registros que podem ser apresentados como prova, tais como, contratos, recibos, fotografias, vídeos, laudos periciais, e outros.

6.2 Prova Documental de Referência: São documentos obtidos fora do processo, como reportagens de jornais, registros públicos, entre outros.

6.3 Prova Testemunhal: Declarações e depoimentos feitos por pessoas que presenciaram o crime ou tem informações relevantes para desvendar o caso. Dentre essas pessoas podem elas ser pessoas comuns, peritos, policiais, entre outros.

6.4 Prova Testemunhal de Referência ou Informal: São declarações informais, colhidas antes do início do processo, como em depoimentos dado aos policiais ou a conhecidos.

6.5 Prova Testemunhal de Credibilidade: Depoimentos de testemunhas que gozam de especial credibilidade, como autoridades, pessoas idôneas etc.

6.6 Prova Testemunhal de Reconhecimento: Depoimento de testemunhas que identifiquem o acusado como o autor do crime.

6.6 Prova Pericial: Consiste na apresentação de laudos técnicos, elaboradas por peritos especializados em áreas específicas, como engenharia, medicina legal, contabilidade e outros. Podendo os laudos esclarecerem questões técnicas e científicas ligadas ao crime.

6.7 Prova Material: São evidências e objetos físicos relacionados ao crime, como armas, roupas, ferramentas, pegadas etc. São provas fundamentais para ligar o acusado ao crime.

6.8 Prova Circunstancial: São indícios e circunstâncias que, quando analisados em conjunto, podem levar a solução do ilícito ocorrido.

6.9 Prova Emprestada: É a utilização de provas produzidas em outro processo judicial como meio de prova em um novo processo criminal. Isso acontece quando determinados elementos probatórios, como depoimentos, documentos, laudos periciais, entre outros, forma colhidos e registrados em um processo anterior, mais possui grande relevância para outro caso em andamento. Vale ressaltar que nessa modalidade de prova, para que seja aceita é necessário que alguns requisitos estejam presentes, como: Contraditório e ampla defesa, similaridade fática, identidade das partes, inexistência de nulidade e decisão judicial.

6.10 Confissão: Quando o acusado admite a autoria do crime de forma voluntária e inequívoca.

Os meios de provas são extraídos do código de processo penal de forma não taxativa que traz em seu título VII, que vai do art. 155 ao 250.

É importante ressaltar que a obtenção e a admissibilidade das provas estão sujeitas as regras específicas do processo penal, como o objetivo de garantir a legalidade e a justificado sistema. Além disso, o juiz é responsável por avaliar a relevância e a credibilidade das provas apresentadas para decisão final do caso, mas isso não quer dizer que o juiz esteja obrigado aceitá-las.

7.FINALIDADE DA PROVA.

A principal finalidade da prova dentro do direito penal ou processual penal, é permitir que o magistrado forme sua convicção sobre os fatos e elementos alegados e sobre a culpabilidade ou inocência do acusado em um processo criminal. A prova é o elemento fundamental na busca da verdade material e para garantir que as decisões judiciais sejam justas e embasadas em evidências concretas. Logo, a finalidade pode ser resumida em alguns pontos principais que buscam garantir o devido processo legal, onde serão feitas a análise das provas fundamentais para garantir que o processo siga as regras e princípios previstos na legislação, busca também estabelecer a culpabilidade e inocência através das provas apresentadas, onde o juiz verifica se as alegações feitas pela acusação ou defesa foram devidamente comprovadas ou refutadas, bem como estabelecer o princípio da presunção de inocência, identificar a autoria e materialidade do crime, a individualização da pena e um julgamento justo.

Sendo assim, a prova desempenha um papel fundamental no processo penal, sendo essencial para a correta aplicação da lei, a garantia dos direitos individuais e a preservação da justiça no sistema judicial.

8.DIFERENÇA ENTRE PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA.

É importante destacar que “prova ilícita” e “prova ilegítima” são termos jurídicos que se referem a tipos diferentes de evidências em um processo judicial. Embora possam parecer semelhantes, tem significados distintos e consequências jurídicas específicas, ou seja, as provas proibidas são gênero das quais decorrem duas espécies, as provas ilícitas e ilegítimas.

A prova ilícita, contidas no art. 157 do CPP, são provas obtidas ou produzida de forma contraria as garantias e direitos fundamentais previstos na legislação ou na

constituição que violam regras do direito material no momento de sua obtenção, assim a sua existência viola os princípios constitucionais ou normas de direito processual do CPP e a Legislação Especial. Entretanto, as provas ilegítimas, violam as regras do direito processual no momento que é produzida no processo, levando a entender que esta é sempre intraprocessual (GOMES, 2010).

Desta forma, Luiz Flávio Gomes (2010), explana:

Não se pode confundir o conceito de prova ilícita com o de prova ilegítima. A prova ilícita viola regra de direito material; a prova ilegítima ofende regra de direito processual. Esse primeiro fator distintivo é relevante, mas insuficiente. Outro fator muito importante diz respeito ao momento da ilegalidade: a prova ilícita está atrelada ao momento da obtenção (que antecede a fase processual); a prova ilegítima acontece no momento da produção da prova (dentro do processo). Ou seja: a prova ilícita é extraprocessual; a prova ilegítima é intraprocessual. Outra diferença que não pode deixar de ser sublinhada: a prova ilícita é inadmissível (não pode ser juntada aos autos; se juntada deve ser desentranhada; não pode ser renovada); a prova ilegítima é nula - assim é declarada pelo juiz e deve ser refeita, renovada, consoante o disposto no art. 573 do CPP. (GOMES, 2010).

Em outras palavras, é uma evidência que foi obtida violando normas legais ou princípios constitucionais destinados a proteger os cidadãos contra abusos e arbitrariedades do Estado ou de particulares.

Sendo assim, as provas ilícitas são consideradas nulas e não podem ser utilizadas no processo, pois sua utilização feriria os direitos fundamentais e poderia legitimar práticas abusivas e ilegais.

Já a prova ilegítima, por sua vez, é aquela que, apesar de ter sido obtida de forma ilegal, é considerada inaceitável, injusta ou não confiável devido a alguma circunstância específica relacionada a sua produção ou apresentação no processo. Essas circunstâncias podem envolver a autenticidade, a integridade ou a credibilidade da prova.

Dessa maneira, a diferença que pode ser encontrada entre as provas ilícitas e provas ilegítimas, é que esta pode ser admitida no processo e o seu valor probatório pode ser questionado e contestado pelas partes envolvidas.

Sobre as provas ilícitas temos as seguintes teorias:

8.1 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE OU DO SACRIFÍCIO.

Como bem traduzida, quando diante dos bens jurídicos, o magistrado em uma livre reflexão deve dar ao bem jurídico de maior importância prioridade. Dessa forma, quando restar dúvidas entre a produção de provas e a liberdade do réu, esta última, deverá prevalecer, mesmo sendo a prova ilícita utilizada.

As provas ilícitas podem ser admitidas por alguns doutrinadores para favorecer os acusados na busca para demonstrar sua inocência. Assim a prova ilícita não pode ser utilizada para demonstrar a culpa de outro, já que seus efeitos ficam limitados a inocência do réu.

Desta forma, para Nestor Távora (2013), a teoria da proporcionalidade deve ser invocada para preservar os interesses do acusado, em favor da absolvição (concepção da prova ilícita utilizada “pro reo”).

8.2 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA/TEORIA DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.

Teoria baseada através de uma jurisprudência do STF, mas presente também no artigo 157, do Código de processo penal. É uma teoria criada em 1920, pela corte americana que tratava das provas produzidas no processo de forma ilícita e não admissíveis.

Para Nestor Távora (2013), é uma teoria que parte da ideia de que todas as provas que decorrem de uma prova ilícita, também estarão contaminadas, já que surgem de uma fonte ruim.

De acordo com essa teoria, a prova ilícita por derivação, da mesma forma que a prova ilícita originária, também deve ser rejeitada ou desentranhada do processo para evitar da mesma forma o convencimento equivocado do julgador. A partir daí, tendo os vícios afastados, o curso do processo segue normalmente. É o exemplo da obtenção ilícita de informação que terá as seguintes provas contaminadas (SALDANHA, 2012).

Percebe-se que a principal diferença entre prova ilícita e ilegítima está na forma de obtenção ou produção da prova no processo. A ilicitude refere-se a uma violação de normas legais ou direitos fundamentais, enquanto a ilegitimidade está relacionada a questões de confiabilidade, autenticidade ou integridade da prova. Ambas podem impactar o desenrolar do processo judicial, mas com consequências distintas.

9. OS PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA.

A prova desempenha um papel importante no contexto jurídico ou judicial, fundamental no processo legal quando busca estabelecer a verdade dos fatos, e os

princípios são nortes que estabelecem a conduta de busca dessa verdade. Estabelece que a acusação deve ser acima de qualquer hipótese, comprovada e suficiente, para que alguém seja considerado culpado. (art. 155, do CPP e art. 5º, incisos LIV e LV, da CF).

9.1 PRINCÍPIO DA ORALIDADE.

Diante deste princípio, estende-se que as provas devem ser feitas em sua forma oral, não podendo haver a produção de prova antecipada, assim deverá ser verbalizada diante do órgão julgador, ou seja, deve haver a predominância da palavra falada sobre a escrita. É um princípio em que as partes se expressam diante do magistrado, promovendo um ambiente de debate e argumentação oral. (art. 5º, inciso LV, da CF).

9.2 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.

O princípio da publicidade no direito penal é regra, devendo ser ampla e de conhecimento do juiz, partes e em alguns casos da sociedade. A publicidade das provas propicia dentro do processo o direito de resposta após a parte tomar ciência, possibilitando a contestação do que foi alegado a seu respeito. Mas vale ressaltar que existe casos em que as provas serão restritas, quando destinadas em casos com segredos de justiça. (art. 5º, LX, da CF).

A publicidade permite, de fato, a transparência da atividade jurisdicional, evitando-se excessos ou arbitrariedades no decorrer do processo que, em regra, poderá ser fiscalizado pelos cidadãos a qualquer tempo (GARCIA, 2010, p. 35).

9.3 PRINCÍPIO DA AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA.

Esse princípio parte da ideia de que toda prova produzida por uma das partes deve ser confrontada pela parte contrária, dando ensejo ao direito de resposta, contraditório e ampla defesa. Ele garante que todas as partes envolvidas no processo, tenha a oportunidade de se manifestar e contestar as alegações e provas apresentadas, assim contribuindo para a busca da verdade e a garantia de um julgamento justo e legal (art. 5º, inciso LV, da CF).

9.4 PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE DAS PARTES.

Tal princípio traduz a responsabilidade que as partes possuem caso estejam inertes, inativos. Caso ocorra essa inatividade, ficam responsáveis em assumir as consequências de seus atos, como erros e negligências, uma vez que possuem o ônus de demonstrar em juízo as provas de seus interesses, ou seja, as partes devem agir em sua própria defesa, fazendo assim a apresentação de argumentos e provas para a sua defesa durante o processo. (art. 5º, incisos, LIV e LV).

9.5 PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO OU COMUNHÃO.

A ideia obtida através do princípio da aquisição ou comunhão, é dizer que a prova após serem colhidas não servem ou pertencem apenas a uma das partes, elas servem ao processo, assim servindo ao juiz, acusação e defesa. Essa ideia está ligada a igualdade de armas entre as partes para garantir acesso as mesmas provas processuais. Está presente nos dispositivos de que desempenham o contraditório e ampla defesa. (art. 5º, inciso LIV e LV).

9.6 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

Tal princípio dar ao magistrado a liberdade, autonomia para decidir o caso, desde que o faça de forma motivada, ou seja, o juiz tem liberdade para formar sua convicção com base nas provas dos autos, porém deve fundamentar sua decisão de maneira clara e objetiva, demonstrando os motivos que o levaram a decidir de determinada maneira para garantir a transparência e a legitimidade das decisões judiciais. (art. 371, do CPC/ art. 155, do CPP).

9.7 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

Trata-se de um princípio de garantia, que assegura a todos o direito de ir e vir antes de uma decisão final, ou seja, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (art. 5º, inciso LVII, da CF).

9.8 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.

Diante desse princípio o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Isso significa que uma pessoa não pode ser forçada a testemunhar contra si mesma, garantindo seu direito de permanecer em silêncio para evitar a autoincriminação. É um princípio fundamental em sistemas jurídicos que valorizam os direitos individuais e a justiça equitativa. (art. 5º, inciso LXIII, da CF).

9.9 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.

Diante deste princípio deve o magistrado buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é simplesmente apresentado. Implica na busca da verdade dos fatos, independentemente das alegações das partes.

Na lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, a verdade que se busca é a processual:

“E mais. Não só é inteiramente inadequado em falar-se em verdade real, pois que esta diz respeito à realidade *do já ocorrido*, da

realidade histórica, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indeléveis no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação de defesa.

Isto não significa que a verdade real deixou de existir, mas no atual contexto Processual Penal aliado ao ativismo do Magistrado na colheita da prova, dentro dos limites da sua produção, a verdade em tese produzida no processo seria o que legitima a verdade real, mas transforma em verdade processual, pois a decisão será proferida com a verdade dos autos, e não daquele que ocorreu no passado, sendo que é a única que pode ser alcançada. (OLIVEIRA, 2009).

Portanto, na realidade busca a verdade real processual, onde o Magistrado para estar convicto em decidir de forma justa ele certamente está imbuído da certeza judicial, pois seu contato com os fatos produzidos deu-se no processo e não com o mundo exterior, e, portanto, a única verdade que alcança é aquela dos autos do processo.

10. FASES DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO.

As fases de elaboração no processo penal, são o conjunto dos atos que tem como finalidade processual, a busca da verdade dos fatos para servir o livre convencimento do juiz e estabelecer uma decisão mais justa. Dessa forma, o procedimento probatório é podem ser descritas das seguintes formas: proposição das provas, admissão das provas, produção das provas e valoração das provas.

10.1 PROPOSIÇÃO DAS PROVAS.

Nesta fase, as partes envolvidas, o órgão de acusação e a defesa, identificam quais as provas necessárias para sustentar suas alegações e argumentos durante a fase processual. Conforme Rangel (2006) o Ministério Público, ao oferecer sua denúncia, arrola suas testemunhas, requer às diligências que entender cabíveis, bem como a juntada aos autos dos documentos necessários para esclarecer a veracidade dos fatos, tudo em conformidade com que fundamenta os arts. 41, 399 e 231, do CPP.

Art. 41, do CPP. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a

classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Art.399 CPP.

Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

Art. 231, do CPP. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

A defesa, por sua vez, ao oferecer suas alegações preliminares, indica as testemunhas que deseja ouvir em juízo, requer às diligências necessárias ao esclarecimento da verdade, bem como, também, a juntada dos documentos necessários à solução do litígio, tudo em conformidade com os arts. 395, 399 e 231, do CPP.

Art. 395 do CPP. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestante inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III- faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Segundo Cebrián e Gonçalves (2015), “A fase da proposição refere-se ao momento em que as partes manifestam o seu desejo no tocante a produção de determinada prova”.

É quando as partes têm a oportunidade de arrolar suas testemunhas, momento de suma importância, pois, se o Ministério Público arrolou a mesma testemunha e não achou necessário utilizá-la e a dispensa e a parte interessada na sua oitiva não tiver a incluído em seu rol, não poderá questionar se ela não for utilizada por quem a indicou.

De acordo com Fernando Capez (2012), com o advento da Lei nº 11.689/2008, foi abolido o libelo acusatório, assim, de acordo com a nova redação do art. 422 do CPP, ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri, determinará intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor para, no prazo de cinco dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de cinco, oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.

Art. 422, do CPP. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e o defensor, para, no prazo de 5(dias), apresentarem o rol de testemunhas que irão depor em

plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.

10.2 ADMISSÃO DAS PROVAS

Nesta etapa, as provas admitidas são coletadas ou produzidas perante o juízo, por diversos meios, ou seja, verifica-se a viabilidade dela no processo, é um importante momento, pois é nessa fase que as provas ilegais não podem ser valoradas.

Segundo Capez (2012), "Toda prova requerida pelas partes, devem ser deferidas, salvo quando protelatória ou impertinente". Na verdade, em regra, o juiz deve deferir as provas, exceto nos casos em que ela é considerada ilegítima e infringe as normas legais.

Ainda dissertando sobre os ensinamentos de Capez (2012), a admissão se trata de ato processual específico e personalíssimo do juiz, que, ao examinar as provas propostas pelas partes ou seu objeto, defere ou não a sua produção.

Essa inadmissibilidade possui a função de inibir as provas produzidas de forma ilícita e exerce um controle, assegurando direitos e garantias fundamentais

Conforme ensina Paulo Rangel (2012):

A vedação da prova ilícita é inerente ao estado democrático de direito que não admite a prova do fato e conseqüentemente, a punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública, porém, esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um estado democrático de direito.

Existe uma necessidade de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais que são frequentemente violados durante as investigações. A vedação a essas provas ilícitas é uma forma de manter a integridade do direito a intimidade, privacidade, a não autoincriminação, a garantia contra prisão arbitrária, a inviolabilidade domiciliar, e muitos outros direitos que devem ser protegidos.

10.3 PRODUÇÃO DAS PROVAS.

Nesta fase, as partes envolvidas no processo, acusação e defesa, reúnem e produzem as provas necessárias para o caso, como documentos, perícias, testemunhos, vídeos e outros, que serão sempre submetidas ao contraditório e ampla defesa.

Segundo Rangel (2011), o primeiro ato processual a se produzir em juízo é o interrogatório, porém, agora com intervenção das partes. Art. 188 CPP: “Após decorrer o interrogatório, o juiz perguntará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

10.4 VALORAÇÃO DAS PROVAS.

Nessa fase, o juiz irá atribuir valor de acordo com sua convicção perante as provas apresentadas, é nesse momento que irá decidir pela procedência ou não da pretensão punitiva. Vale ressaltar que baseado em uma análise errônea do magistrado, ocorrerá a possibilidade de reforma ou modificação da sentença com base no princípio *error in iudicando*, que possibilitará a declaração em segundo grau.

Se, entretanto, houver valoração baseada em provas ilícitas ou ilegítimas, o órgão recursal poderá declarar nulidade de sentença. No caso de a sentença ser valorada admitindo provas ilegais, ela será considerada nula de pleno direito. Diante do fato, será ele considerado uma situação típica de *error in procedendo*. Havendo erro em decisões legais e moralmente legítimas será considerado *error in iudicando*, tornando-se passível de reforma ou modificação de decisão.

Segundo Greco Filho (2013), por mais difícil que seja aplicada a norma jurídica ou por mais difícil que seja a situação de fato, não pode o juiz declinar da jurisdição. O juiz deve avaliar as provas e julgar a ação procedente ou improcedente, aplicando o direito ao caso concreto.

11. FATOS QUE DEPENDEM DE PROVA.

São os fatos incontroversos aceitos pelas partes, são eventos, incidentes ou afirmações que requerem evidências concretas para serem confirmadas ou refutadas. Por exemplo, a culpa de alguém em um crime, a eficácia de um medicamento ou a ocorrência de um evento histórico específico são todos fatos que precisam de provas para serem estabelecidos com certeza. Observa-se, portanto, que mesmo sendo um fato incontroverso dependerá de prova, ou seja, deverá ser provado.

O autor Ishida explica da seguinte forma:

Nesse caso não se aceita a incontroversa, pois, pode alguém assumir a culpa pelo crime de outro por vários motivos diferentes.

Como se sacrificar para proteger alguém e até mesmo estar sendo coagido através de suborno para assumir algo que não cometeu. (ISHIDA, 2013).

Ainda, Ishida (2013), faz algumas observações sobre fatos que dependem de provas:

Tem que ser permitido por lei ou costumes judiciários (admissível) exemplo: reconstituição de crime que viole os bons costumes ou seja proveniente de prova ilícita;

Tem que estar ligada ao processo, dispensadas as provas improfícuas. Exemplo: testemunha que só vai repetir fatos que outras testemunhas já mencionaram;

Tem que ser conclusivo (objetivo e decisório) ajuda a decidir questões controvertidas. Exemplo: uma testemunha que traz novos fatos ao processo;

Tem que haver possibilidade de realização da prova. Exemplo: deferir uma carta precatória ou rogatória sem o endereço da testemunha.

Dessa forma, percebe-se que a importância das evidências concretas são fundamentais para estabelecer a verdade em um caso, e que a qualidade e confiabilidade das provas desempenham um papel crucial na justiça e na garantia dos direitos individuais. Dessa forma, no processo penal, em regra, todos os fatos devem ser provados, inclusive os incontroversos, já no processo civil, os fatos incontroversos não precisam ser provados.

12.CONCLUSÃO.

No esboço da apresentação do artigo, foi descrito um panorama da teoria geral das provas no processo penal brasileiro, dando origem a uma premissa do conceito de prova, com o posicionamento de grandes doutrinadores, sua finalidade e influência no livre convencimento motivado do juiz, bem como a participação do sujeito na produção probatória que advém de fatos juridicamente relevantes para o julgamento da causa, como outros fatores relevantes no meio probatório. Percebe-se que a produção de provas é a chave fundamental para corroborar e prover decisões mais justas.

Os sistemas de valoração das provas também foram apresentados como condutor para o sistema da persuasão racional, no qual o juiz é livre para a valoração das provas trazidas em juízo, portanto, deve sempre fundamentar suas decisões e expor o embasamento legal. Outra grande transformação foi a permissão de outros meios de provas processuais aceitas. Essa liberdade probatória entre as partes, busca acabar com a limitação que sofre o processo penal na busca por decisões justas e garantidoras, porém,

mesmo que essa liberdade seja ampla deve sempre respeitar os direitos e garantias constitucionais, sendo vedado a produção de prova ilícita.

No que diz respeito às provas obtidas por meios ilícitos, precipuamente foi diferenciado provas ilícitas de provas ilegítimas, como se sabe, o artigo 157 CPP, estabelece que em regra, são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícitos, assim como as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, ou seja, proíbe a admissibilidade de provas ilegítimas pelo ordenamento jurídico pátrio. Sendo descrita como prova ilícita por derivação ou teoria dos frutos envenenados da arvore envenenada, essa ilicitude se desenrola no processo em razão do nexo de causalidade, porém há teorias decorrentes a respeito desse instituto sendo a teoria da fonte independente do descobrimento inevitável e pôr fim a teoria da proporcionalidade.

Quando se refere a teoria da fonte independente, o nexo de causalidade é rompido devido a uma investigação persecutória paralela a ilícita, já o descobrimento inevitável o nexo causal está presente, só que o surgimento de uma nova prova esclarece que inevitavelmente chegaria a determinado resultado tornando sem efeito a prova ilícita, já a teoria da proporcionalidade decorre do postulado normativo do devido processo substancial ponderando valores constitucionais, onde se tem de uma lado a colisão da aceitabilidade de provas ilícitas e do outro, a violação dos direitos fundamentais.

É evidente a grande evolução e transformação ocorrida no instituto das provas, por ser um tema de alta complexidade que busca a comprovação de materialidade do delito e autoria, acaba gerando inúmeras discussões, tanto por parte dos doutrinadores, como por parte da jurisprudência, principalmente quando entra em confronto direitos e garantias fundamentais trazidos pela constituição, onde o juiz deve analisar através das provas apresentadas no plano fático a decisão mais justa, fundamentar e motivar essa decisão para julgar o processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Código de processo penal.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando; **COLNAGO,** Rodrigo. Código de processo penal comentado. 1 ed. Ed. Saraiva, 2015.

DUCLERC, Elmir. Prova Penal e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. São Paulo: Lumem Juris 2004.

ELIAS, João Henrique de Melo. Prova ilícita e a Constituição: atuação do Ministério Público no processo Civil. Disponível em: <https://apps.tre-go.jus.br/internet/verba-legis/2021/Artigos-Prova-ilicita-e-a-constituicao-a-atuacao-do-ministerio-publico-no-processo-civil.php>. Acesso em: 18 abril. 2024.

FELICIO, Guilherme Lopes e **GOMES,** Luís Roberto. Princípio da Proporcionalidade. Publicado em 2010. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1713/1632>. Acesso em: 19 de abril de 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini; **FERANDES,** Antônio Scarance; **GOMES FILHO,** Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luís Flavio. Princípio do In Dubio Pro Reo. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/02/02/principio-do-in-dubio-pro-reo/>. Acesso em 18 de abril. 2024.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ISHIDA, Válder Kenji. Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MANSOLDO, Mary. Interpretação de Obra Literária: prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojurico.com.br/>. Acesso em: 08 jul. 2023.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 11º Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro.2009.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; **GONÇALVES**, Victor Eduardo Rios. Direito Processual Penal Esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20.ed. São Paulo: Atlas: 2012

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 23 ed. São Paulo. Atlas. 2015.

SILVA, César Dario Mariano da. Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TÁVORA, Nestor; **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE E A REVOGAÇÃO DE ISENÇÕES: DESAFIOS E CONTROVÉRSIAS

ANA MARIA ROMÃO DE LIMA:

Bacharela em Direito pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras, Pós Graduada em Segurança Pública e Investigação Criminal pela Faculdade Educa Mais (UNIMAIS).210

RESUMO: Saber o conceito de tributo e conhecer melhor as espécies tributárias, quais sejam, os impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, é de grande importância, até mesmo para se ter uma noção melhor acerca do sistema tributário como um todo. Em matéria tributária, os princípios são específicos e explícitos, ao contrário dos princípios gerais, que podem ser implícitos. Em parte, esta pesquisa faz uma abordagem da conceituação acerca dos princípios constitucionais tributários, que se encontram direta e explicitamente relacionadas aos princípios. Tem como objetivo geral compreender a conceituação de tributo e suas espécies, os princípios constitucionais tributários bem como abordar a questão das imunidades e isenções, e outras formas desonerativas do pagamento do tributo, trazendo em seu bojo uma reflexão acerca das discussões e desafios enfrentados por este tema.

PALAVRAS-CHAVE: Anterioridade. Isenção. Tributos.

1. INTRODUÇÃO

Saber o conceito de tributo, e conhecer melhor as espécies tributárias, quais sejam, os impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, é de grande importância, até mesmo para se ter uma noção melhor acerca do sistema tributário como um todo.

Em matéria tributária, os princípios são específicos e explícitos, ao contrário dos princípios gerais, que podem ser implícitos. Assim, pode-se destacar os princípios constitucionais tributários nos seguintes: da legalidade tributária, da isonomia tributária, da anterioridade a qual é objetivo central do presente trabalho e anterioridade nonagesimal, as demais não terão tanta ênfase por o motivo do foco central ser o princípio da anterioridade e a revogação de isenções.

Essa pesquisa justifica-se relevante por fazer uma abordagem da conceituação acerca dos princípios constitucionais tributários, tornando-se possível a explanação

acerca das limitações ao poder de tributar, que se encontram direta e explicitamente relacionadas aos princípios supracitados. Dessa forma, percebe-se que o sistema tributário encontra certa limitação em virtude desses princípios, que estão explícitos na Constituição Federal.

A pesquisa tem como objetivo geral compreender a conceituação de tributo e suas espécies, os princípios constitucionais tributários e a limitação ao poder de tributar, bem como abordar a questão das imunidades e isenções, e outras formas desonerativas do pagamento do tributo.

A metodologia utilizada para a realização do artigo foi a pesquisa bibliográfica, conceituada como um procedimento metodológico que parte de uma investigação inicial sobre um determinado tema ou assunto que se deseja conhecer, buscando informações científicas através de uma revisão bibliográfica formulada por vários autores da área objeto da pesquisa. A partir da revisão bibliográfica o pesquisador constrói seu projeto científico embasado nos principais autores que acha pertinente ao seu tema (GIL, 2017).

Diante disso, a pesquisa bibliográfica proporcionou um imenso leque de informações, bem como, permitiu a utilização de dados dispersos em inúmeras publicações, auxiliando também na construção, ou na melhor definição do quadro conceitual que envolve o objeto de estudo proposto.

2. TRIBUTOS E ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS: Imposto, Taxa, Contribuições e Empréstimos

O Art. 3º do Código Tributário Nacional conceitua legalmente o tributo da seguinte forma:

Art. 3.º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Amaro (2009, p.29) define tributo como sendo “a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”. Este conceito e explanação corroboram com alguns apontamentos que se deve fazer acerca do tributo e da conceituação legal, a qual deve ser seguida, porém, de forma interpretada.

Deve-se abordar, e analisar, portanto, a definição legal de tributo, constante no Art. 3.º do Código Tributário Nacional. Ela é uma prestação pecuniária, ou seja, em dinheiro. Isso significa que, se for de outra natureza essa prestação, não se estará mais

tratando de tributo. Essa prestação pecuniária deve ser compulsória, pois não depende de acordo entre as partes, sendo assim, é estritamente obrigatória. Deve ser uma prestação em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir. Aqui, merece uma ressalva, para uma corrente não seria necessária a expressão “em moeda”, vez que já é uma prestação pecuniária (SABBAG, 2009).

Em regra, o contribuinte deverá entregar dinheiro, todavia, excepcionalmente o contribuinte pode entregar valor que não seja propriamente o dinheiro. Outra parte do conceito é onde diz que não constitui sanção de ato ilícito, isto porque tributo não é multa, não tendo a função de coibir ou punir. O tributo pode ter a intenção de desestimular determinada conduta lícita, como por exemplo, para a fabricação de cigarro de tabaco, há um tributo bem elevado, mas não possui a função de punir, coibir, agindo como se fosse uma multa, mas sim, busca o desestímulo de tal conduta, que pode trazer malefícios à população (AMARO, 2009).

A prestação pecuniária do tributo deve ser instituída em lei e deve ser criado ou estabelecido pela mesma, deve também ser cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, melhor dizendo, a lei não faculta ao agente público a possibilidade de cobrar o tributo, mas sim o dever de cobrá-lo ou não. E os valores são precisos, a própria lei determina o valor e o momento para serem pagos os tributos. Isto significa que a cobrança do tributo é um ato vinculado, não possuindo liberdade de conveniência e oportunidade para a sua cobrança.

Sendo assim, pode-se compreender que o conceito do AMARO (2009) não traz a expressão “em moeda”, constante no texto legal, conforme se pode expor acima, todavia, mesmo trazendo palavras ou definições díspares, referido conceito não foge ao que está definido no Código Tributário Nacional, o qual deve prevalecer, face a algum conflito porventura existente.

É de grande importância também, definir e explanar sucintamente, acerca das espécies tributárias, sobre as quais, destacam-se duas teorias: I) teoria tricotômica; II) teoria quinquipartite ou conhecida também como teoria das cinco espécies. “A teoria quinquipartite divide os tributos em: a) imposto; b) taxa; c) contribuição de melhoria; d) empréstimos compulsórios; e e) contribuições especiais” (AMARO, 2009).

Já a teoria tricotômica divide os impostos apenas nos três primeiros mencionados acima, quais sejam, imposto, taxa e contribuição de melhoria, englobando os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais como imposto, taxa ou contribuição de melhoria, dependendo de seu fato gerador (SABBAG, 2009).

A conceituação de cada uma das espécies tributárias, de acordo com a teoria quinquipartite, que é a adotada pelo Supremo Tribunal Federal e, portanto, esta será a

adotada no decorrer do trabalho. Segundo essa teoria, as espécies tributárias são cinco, as quais serão abordadas a partir de agora.

Sabbag (2009) define imposto em conformidade com o art. 16 do Código Tributário Nacional:

Imposto é tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa à vida do contribuinte, à sua atividade ou a seu patrimônio [...] Neste passo, o imposto se define como tributo não-vinculado à atividade estatal, o que o torna atrelável à atividade do particular, ou seja, ao âmbito privado do contribuinte (SABBAG, 2009, p.323)

Vale ressaltar que é o art. 16 do Código Tributário Nacional que define legalmente imposto, conforme se depreende: "Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte". Assim, o imposto é aquele que tem por fato gerador uma atividade praticada pelo particular e, deste modo, é um tributo que não está vinculado a uma atividade estatal.

No que se refere a taxa, considera-se que esta é um tributo cujo fato gerador é aplicado pela Administração Pública, ou seja, é um tributo vinculado a uma atividade estatal.

As taxas são tributos cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, referível ao contribuinte, que pode consistir: a) no exercício regular do poder de polícia; ou b) na prestação ao contribuinte, ou colocação à disposição deste, de serviço público específico e divisível. [...] Como se vê, o fato gerador da taxa não é um fato do contribuinte, mas um fato do Estado. O Estado exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita aquela atividade (AMARO, 2009, p.38).

A contribuição de melhora está prevista no Art. 145, III, da Constituição Federal, bem como nos Arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional, e é um tributo cujo fato gerador é a valorização do imóvel em decorrência de obra pública, ou seja, conforme diz Sabbag (2009), há um "poder impositivo de exigir o tributo dos proprietários de bens imóveis valorizados com a realização de uma obra pública".

A Constituição Federal traz consigo o assunto concernente a empréstimos compulsórios no Art. 148, atribuindo em seus incisos, quais os casos em que eles poderão ser instituídos e, por conseguinte, cobrados. Dispõe:

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b. Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Assim, podem ser instituídos empréstimos compulsórios nos casos de guerra pública, guerra externa ou iminência de guerra externa, bem como nos casos em que ocorrer investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional, desde que respeitadas a anterioridade e a anterioridade nonagesimal. Aquilo que se arrecadar a título de empréstimo compulsório deve ser gasto no local para o qual foi arrecadado o tributo. A lei também estabelece que o empréstimo compulsório deve ter prazo determinado e a previsão de como se dará sua devolução para os contribuintes (ÁVILA, 2010).

Uma observação que se deve fazer, antes de se passar à análise das contribuições especiais, é que o empréstimo compulsório vem regulado também no Art. 15 do Código Tributário Nacional, sendo que os incisos I e II do referido artigo, tratam exatamente da hipótese constante no inciso I do Art. 148 da Constituição Federal, tendo sido recepcionados, portanto, pela Carta Magna. Já o inciso III diz que a União pode instituir empréstimos compulsórios, no caso de conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo (GRECO, 2006).

As contribuições especiais são os tributos que possuem destinação constitucional, expressa ou implícita, ressalvados os casos de empréstimos compulsórios. Essas contribuições são de três tipos: contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE) e contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas (nestas se enquadram as contribuições ao sistema S – Sesi, Senai, etc., além das contribuições devidas aos órgãos de fiscalização de classe, como o CRM, a OAB, o CREA).

3 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

Previsto no Art. 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, o princípio da anterioridade determina que está proibida a cobrança de tributo no mesmo exercício

financeiro da publicação que o instituiu ou aumentou. Este princípio já se fazia presente na Constituição anterior à de 1988, e era denominado de princípio da anualidade, e tinha esse nome porque o tributo só poderia ser cobrado em cada exercício se houvesse sido autorizado pelo orçamento anual.

Sabbag (2009, p. 276), acerca do princípio da anterioridade, afirma:

Nessa medida, tal espera anual, que sempre esteve presente na seara tributária brasileira, existindo com exclusividade até o advento da Emenda Constitucional n. 42/2003, prevê uma postergação da eficácia da lei tributária para o 1º dia do exercício financeiro subsequente ao daquele em que tenha havido a publicação da lei instituidora ou majoradora da exação tributária. Daí se falar em “postergação ou diferimento de eficácia da lei tributária” ou, simplesmente, em adoção do “princípio da eficácia diferida”

Algumas exceções são aplicadas a esse princípio, sendo possível enumerá-las, na seguinte ordem de importância: 1) Imposto de Importação, Imposto de Exportação, IPI e IOF; 2) Contribuições à Seguridade Social; 3) Empréstimos Compulsórios de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência, e o imposto extraordinário de guerra; 4) restabelecimento das alíquotas do ICMS monofásico sobre combustíveis e lubrificantes, e o restabelecimento das alíquotas da CIDE – Combustível. Nessas exceções, é possível cobrar o tributo no mesmo exercício, ou seja, o início da vigência não precisa esperar a anterioridade (SABBAG, 2009).

3.1 Isenção tributária e a correlação com o princípio da anterioridade

Tendo observância em certos interesses socioeconômicos que condicionam uma política fiscal justa e adequada, é rotineiro que a atividade de legislar estabeleça a não incidência de pagamento de determinado tributo, isto é, estabeleça isenção do mesmo, nos casos expressamente enumerados pelo diploma legal.

Nesta perspectiva, a Isenção Tributária é medida de grande alcance jurídico e social, visto que efetiva o art. 145, §1º, da CF, segundo o qual:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Logo, possui em análise uma ferramenta de grande valia jurídica para efetivar alguns dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, quais sejam a Dignidade da Pessoa Humana e os Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa (art. 1º, II, III, CF).

Para bem compreender a aplicação da anterioridade aos casos de leis que revogam isenções tributárias, vê-se a importância de distinguir as espécies de isenção e seus efeitos. Isso porque as isenções, dependendo de seu tipo, recebam tratamento jurídico distinto quando à própria possibilidade de revogação.

As isenções são chamadas de incondicionais, pois são concedidas em caráter geral, porque beneficiam a todos os contribuintes indicados pela lei isentiva sem exigir-se dos mesmos quaisquer condições onerosas ou prestações em favor do Estado. Daí também serem chamadas de isenções não onerosas ou unilaterais. A grande problemática que se quer evidenciar é quanto a possibilidade de incidência da regra da anterioridade nesta espécie de isenção (MORAES, 1984).

Por outro lado, a exigência da anterioridade tributária não ocorre quando a isenção deixa de existir em virtude de ter expirado o seu prazo de vigência (isenções onerosas), previsto pela própria lei de isenção. Expirado o prazo previsto para a isenção, o tributo volta a incidir imediatamente, tendo em vista que, nesse caso, não há surpresa para contribuinte (ALMEIDA, 1991).

3.2 A isenção das revogações tributárias

A conceituação jurídica de isenção como “hipótese de não incidência tributária” é defendida entre outros por Borges, Becker, Carraza e Machado. Para tal corrente doutrinária, é insubsistente a teorização tradicional da conceituação jurídica de isenção como “dispensa legal do pagamento do tributo”. A diferença é deveras importante, visto que as premissas em que se baseia a dicotomia doutrinária alhures, são indubitavelmente distintas (ALMEIDA, 1991).

Para a doutrina discordante:

“embora tributaristas de renome sustentem que a isenção é a dispensa legal de tributo devido, pressupondo, assim, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, na verdade ela exclui o próprio fato gerador. A lei isentiva retira uma parcela da hipótese de incidência da lei de tributação. Isenção, portanto, não é propriamente dispensa de tributo devido. (...) A isenção, seria, assim, a dispensa de tributo que não chega a existir no plano da concreção jurídica”. (MACHADO, 2007 p. 228).

Observa-se que as lições Machado (2007), acima mencionadas, revelam grande antinomia com a jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual:

“a revogação da isenção, para afastar o benefício da redução da base de cálculo, não se equipara a modificação conducente à majoração do tributo no julgamento do Recurso Extraordinário 102.435/SP, relator o Ministro Rafael Mayer, DJ 03.08.1984, p.12.011”.

Considerou-se, por ocasião do julgamento supracitado, que, se a revogação de isenção não tem sido equiparada pela Corte à instituição ou majoração de tributo, a redução ou extinção de um desconto para pagamento do tributo, sob determinadas condições previstas em lei, como o pagamento antecipado em parcela única (à vista), também não poderia sê-lo (MORAES, 2011).

Afastou-se, também, a assertiva de que qualquer alteração na forma de pagamento do tributo equivaleria a sua majoração, ainda que de forma indireta, e reportou-se ao entendimento do Supremo de que a modificação do prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.

Não se pode ignorar que o princípio da anterioridade das leis tributárias reflete, em seus aspectos essenciais, uma das expressões fundamentais em que se apoiam os direitos básicos proclamados em favor dos contribuintes. O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi abordado no desenvolvimento da presente pesquisa, um ponto que merece ser destacado é a questão que envolve a revogação da isenção e a observância ao princípio da anterioridade, previsto no art. 150, inciso III, alíneas b e c da Constituição da República.

Diante do estudo realizado, compreende-se que o princípio da anterioridade decorre do princípio da não surpresa, corolário do princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Ele se desdobra na anterioridade do exercício financeiro, que impede a cobrança dos tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, e na anterioridade nonagesimal, que veda a cobrança dos tributos antes de decorridos noventa dias da publicação da lei em que haja a cobrança da exação instituída ou majorada.

Quanto à isenção, esta é prevista no art. 175 do Código Tributário Nacional como uma das causas de exclusão do crédito tributário e seu conceito é objeto de acirrada discussão doutrinária. Parte dos autores entende que na isenção há a ocorrência do fato gerador e o nascimento da obrigação tributária para, posteriormente, haver uma dispensa legal do pagamento do tributo. Contudo, outros doutrinadores defendem que a norma de isenção exclui a própria obrigação tributária, objetivando suspender a incidência da norma jurídica de tributação, pelo que seria considerada uma norma de não incidência.

Contudo, conclui-se que no que tange às isenções incondicionais, na doutrina prevalece a tese de que a revogação deverá se submeter ao princípio da anterioridade, considerando o princípio da não-surpresa, corolário da segurança jurídica, a necessidade de estabilidade nas relações entre o Estado e o cidadão-contribuinte, bem como a importância das isenções como medida de política fiscal e econômica, compreende-se que a revogação das isenções incondicionais deve observar o princípio da anterioridade.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALMEIDA, Lise de "Princípio da Anterioridade - Evolução no Direito Brasileiro e sua situação na Constituição", "in" RDTTr 55/321, 1991.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, São Paulo, Editora Saraiva, 1972.
- BORGES, José Souto Maior. **Subvenção financeira, isenção e deduções tributárias**. Recife, jan./dez., Separata. 1976.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 27ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2011.
- CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL INTERPRETADO. org. Antônio Cláudio da Costa Machado. Barueri/SP: Manole, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**, 29. Ed. Saraiva. 2007.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**, R.J. Editora Forense, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, item n. 9.4, 17ª ed., Atlas, 1984

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**, 3ª ed./2ª tir. Saraiva. 2009.

O CONSENSUALISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO: SUPERAÇÃO DO MODELO ADMINISTRATIVO CLÁSSICO DIANTE DA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM MODELO MAIS PARTICIPATIVO DE ADMINISTRAÇÃO DA COISA PÚBLICA

LAÍS ANDRADE SANTOS: Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Escola Superior da Advocacia Pública - ESAP - RJ²¹¹

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo apresentar o consensualismo como uma prática a serviço do exercício das mais diversas funções administrativas. Propõe-se aqui a substituição do clássico modelo de gestão da coisa pública, baseado na supremacia do interesse público sobre o privado, pela adoção de métodos dialógicos e participativos, ou seja, pela cooperação dos agentes públicos e privados na promoção do bem comum. Defende-se que no Direito Administrativo Contemporâneo o estabelecimento do diálogo entre agentes públicos e privados, como forma de se obter um consenso, representa medida essencial para a efetivação do princípio constitucional da eficiência. Para isso se parte da análise da evolução do modelo administrativo, a fim de se demonstrar a importância da implementação de mecanismos de consensualidade e como estes foram paulatinamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Administrativo Contemporâneo. Administração Pública consensual. Princípio da eficiência.

ABSTRACT: The purpose of this work is to present consensualism as a practice serving the exercise of the most diverse administrative functions. It is proposed here to replace the classic model of public affairs management, based on the supremacy of public interest over private, with the adoption of dialogical and participatory methods, that is, with the cooperation of public and private agents in promoting the common good. It is argued that in Contemporary Administrative Law the establishment of dialogue between public and private agents, as a way of achieving consensus, represents an essential measure for the implementation of the constitutional principle of efficiency. To do this, we begin by analyzing the evolution of the administrative model, in order to demonstrate the importance of implementing consensuality mechanisms and how these were gradually recognized by the Brazilian legal system.

Key-words: Contemporary Administrative Law. Consensual Public Administration. Administrative efficiency.

211 E-mail: lais.andrade.s1@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito. Enquanto fundamento de tal modelo estatal, tem-se a concretização do caráter social do Estado e da ideia de que, como democrático, deve se tratar de um governo do povo e para o povo.

Nesse sentido, a partir da segunda metade do século XX, suscitou-se a ideia de que a democracia não se esgotava na eleição dos representantes do povo, mas que deveria ter expressão também no modo como as decisões políticas são tomadas. Assim, o processo democrático também deve ditar o modo como as políticas públicas são pensadas e executadas.

No entanto, tal ideal democrático não encontrava representação no modo como se pensava o direito administrativo clássico. Em linhas gerais, pode-se dizer que no modelo clássico imperava o poder do Estado de impor suas decisões perante os administrados, sob o manto da primazia do interesse público, como justificativa para que, no âmbito das relações de direito público, a Administração Pública pudesse gozar de suas prerrogativas como instrumento para a sujeição dos interesses meramente particulares.

Nessa seara, cabe reconhecer que havia um descolamento entre o ideal de Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988 e o modo como se dava a atuação da Administração Pública, podendo-se sintetizar que o cidadão era, por excelência, tratado como súdito, e não como sujeito de direitos.

A visão clássica do direito administrativo, pautado pelo dogma da primazia do interesse público, paulatinamente deu lugar a um direito administrativo pensado para incluir os administrados na gestão da coisa pública, seja participando da formação das políticas públicas, fiscalizando o cumprimento dos interesses da coletividade ou mesmo negociando seus interesses ante a Administração, não sob a lógica de sujeição do interesse privado ao interesse público, mas de cooperação para extração do melhor interesse público, e adoção das melhores práticas para a gestão da coisa pública.

Desenvolveu-se, então, a ideia de Estado gerencial, como um Estado pautado pela cooperação de todos os agentes, públicos e privados, para a garantia do bem da coletividade.

Com efeito, sob a ótica da consensualidade no exercício da função administrativa, as decisões devem ser construídas em conjunto, de modo que a sua imperatividade deriva não de uma imposição ao particular, mas do desejo de que as

decisões sejam efetivamente cumpridas. Desse modo, não mais se concebe que, em um Estado Democrático de Direito, o interesse público se perfaça em posição de antagonismo ante o interesse particular. A contrário senso, deve ser valorizada a convergência de interesses, o diálogo entre agentes públicos e privados, a administração de resultados e a motivação em prol do interesse comum.

Nesse contexto, o surgimento do fenômeno da consensualidade no âmbito das relações de direito público consagrou uma estrutura de direito participativa, desvencilhando-se da clássica atuação unilateral do Estado, progredindo para uma administração pública gerencial, dialógica, pautada pelo aprimoramento das práticas públicas, em benefício de uma gestão mais transparente, cooperativa e eficiente.

Contudo, se o clássico direito administrativo se baseava no atuar unilateral da Administração Pública, sujeitando os interesses particulares sob o manto da primazia do interesse público, é no âmbito do direito administrativo sancionador que o poder público ganha sua expressão máxima. Como representante da coletividade, o Estado se incumbe do poder-dever de aplicar sanções aos administrados quando estes incorrem em violações aos direitos extraídos das relações travadas entre particulares e Administração Pública.

Ocorre que, mesmo para o direito administrativo sancionador não se pode negar as transformações pelas quais passaram as relações entre Administração e administrados, de modo que, a consensualidade ganhou espaço inclusive na esfera punitiva do Estado.

A consensualidade no âmbito do direito administrativo sancionador se apresenta como um instrumento de composição de conflitos, que leva em consideração os interesses de todos os envolvidos no processo sancionatório, garantindo os direitos fundamentais dos administrados e evitando que processos que sirvam apenas para onerar a máquina estatal, sem que apresentem grande utilidade prática, tenham prosseguimento.

2.0 CONSENSUALISMO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A evolução do modelo estatal, superando o paradigma do clássico direito administrativo, com a construção de um modelo que melhor se coaduna ao Estado Democrático de Direito, pelo qual o Estado deve ser um agente de promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos, propôs novos desafios à atuação da Administração Pública, pensando-se um modelo mais participativo, dialógico e consensual.

A inclusão do consensualismo no âmbito das práticas administrativas pode proporcionar expressivos ganhos em termos de eficiência, a uma porque freia o

prosseguimento de processos administrativos que sirvam apenas para sobrecarregar a máquina administrativa, a duas porque contribui para o aumento dos padrões de produtividade na prestação dos serviços públicos.

A análise da relação entre o consensualismo na administração pública e a garantia do princípio da eficiência demanda que sejam repensados os institutos clássicos do Direito Administrativo, não mais encarado sob a ótica da supremacia do poder público, mas como garantia dos direitos fundamentais dos administrados.

Assim, se faz necessário estabelecer as principais diretrizes da Administração Pública contemporânea, que experimentou, de certa forma, a superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, dando lugar ao dever de agir com proporcionalidade, tendo no princípio da eficiência um norte para a atuação da Administração.

Ademais, se faz necessário ponderar que a estrita separação entre interesse público e privado já se encontra obsoleta, posto que é possível vislumbrar a sobreposição de interesses, de modo que a promoção de um dado interesse privado possa convergir para a promoção de determinado interesse público. Com isso, não se pode mais entender o Estado e o particular apenas como agentes ocupando polos distintos numa escala de interesses, mas se deve abrir espaço para que ambos possam cooperar entre si na promoção do bem comum.

É nessa linha de raciocínio que se inclui o consensualismo como um modelo alternativo para a promoção da pretensão estatal, necessário para a concretização das diretrizes do Direito Administrativo contemporâneo, passando-se a analisar o processo que permeou a inclusão de práticas consensuais no seio da Administração Pública e quais os desafios desse novo modelo.

Toma-se por premissa que a inclusão do consensualismo como modelo alternativo de exercício da pretensão punitiva estatal somente foi possível a partir das transformações enfrentadas pelo Direito Administrativo brasileiro, superando os axiomas clássicos para a concretização de um Estado gerencial, participativo e dialógico.

Assim, parte-se da conceituação dos pilares do modelo punitivista clássico, chegando-se aos moldes contemporâneos, acompanhando a evolução dos princípios do direito administrativo e como as inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, paulatinamente, tornaram possível a existência de mecanismos de consensualidade.

Em princípio, importa reconhecer que as principais balizas do direito administrativo clássico consistiam na supremacia do interesse público e na indisponibilidade do interesse público.

Clássicas são as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello²¹² acerca do princípio da supremacia do interesse público:

"Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados".

Em decorrência deste princípio, foram previstas prerrogativas próprias da Administração Pública, como é o caso dos prazos processuais ampliados, prazos prescricionais específicos, assim como a incidência da supremacia da Administração Pública com a prática de atos administrativos dotados de autoexecutoriedade, cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, atuação com fundamento no poder de polícia, relação especial de sujeição que fundamenta a aplicação de sanções administrativas disciplinares, entre outros.

Contudo, a doutrina contemporânea tem feito ressalvas à supremacia do interesse público, entendendo que o conceito de interesse público não deve ser estático, e sim definido a partir de um procedimento racional, de modo que haja uma ponderação entre direitos individuais e coletivos, que deve ser extraída casuisticamente.

Ademais, há quem refute a divisão entre interesses públicos primários, que representariam os interesses da coletividade, sendo concebidos como os interesses públicos por excelência, dos interesses públicos secundários, interesses patrimoniais de titularidade da pessoa jurídica de direito público.

Nesse sentido, segundo Marco Antonio Rodrigues²¹³:

"No entanto, a divisão do interesse público em primário e secundário não se afigura adequada, tendo em vista que interesses patrimoniais do Estado não parecem poder ser dissociados dos interesses da coletividade, como se realmente fossem categorias estanques. Ambos atuam em conjunto, no sentido de que a

²¹² Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 70.

²¹³ RODRIGUES, Marco Antonio, A Fazenda Pública no Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2016, p. 7-8.

proteção a um também promove o outro. Assim, a satisfação de um interesse arrecadatório estatal, por exemplo, não é apenas de relevância da própria pessoa jurídica de direito público; tal benefício acaba por se reverter em prol da própria coletividade, já que tais valores poderão ser utilizados para a promoção de políticas públicas que devem ser empreendidas pela Administração como interesses primários."

Assim, é possível concluir que o princípio da supremacia do interesse público não representa a prevalência irrestrita dos interesses públicos sob os privados, e sim que, a partir do critério da ponderação, os interesses da coletividade devem, concretamente, prevalecer sob os interesses meramente individuais.

Ao postulado da supremacia do interesse público sobre o privado, soma-se a indisponibilidade do interesse público, correspondendo à ideia de que a ordem jurídica estabelece limites à atuação da Administração. Se esta possui prerrogativas que advêm da sua supremacia, por outro lado não pode livremente dispor do interesse público, já que este não é titularizado pelo poder público, e sim, pela coletividade.

Desse modo, a ideia de indisponibilidade do interesse público foi, por demasiado tempo, pensada como uma vedação ao consensualismo na administração pública, posto que esta não poderia dispor do interesse público, do qual, frisa-se, não é titular.

No entanto, com a evolução do Direito Administrativo, não apenas se deu a superação do entendimento de que a consensualidade violaria o primado da indisponibilidade do interesse público, como, progressivamente, foram sendo implementados mecanismos que viabilizavam a composição de conflitos, a implementação de práticas consensuais e a maior cooperação entre agentes públicos e privados na consecução da finalidade pública.

Destaca-se, portanto, a adoção de mecanismos como o acordo de leniência, o compromisso de ajustamento de condutas, o termo de ajuste de contas, a criação de câmaras de resolução de conflitos, as inovações legislativas que passaram a permitir a adoção da arbitragem nas disputas envolvendo a Administração Pública, entre tantos outros, que acompanharam a evolução do pensamento sobre a atuação do poder público, tornando-o mais cooperativo, eficiente, dialógico, gerencial e transparente.

Nesse sentido, considera-se que o princípio constitucional da eficiência determina que a persecução das finalidades de interesse público perpassa a utilização

racional dos meios de que dispõe a Administração Pública, com o intuito de que sejam alcançados os melhores resultados possíveis a bem da coletividade.

Aplicando-se tais considerações ao Direito Administrativo sancionador, conclui-se que a proteção dos bens jurídicos tutelados pela legislação deve suscitar o menor desgaste possível dos recursos de que dispõe a Administração Pública. Assim é que a evolução do Direito Administrativo, com a crescente utilização dos instrumentos de consensualidade, em última análise, consagrou o princípio da eficiência.

Como resultado desse processo evolutivo, tem-se que o auxílio de particulares é capaz de propiciar melhores resultados na repressão às condutas que violem o interesse público. Os mecanismos de consensualidade privilegiam, portanto, uma Administração Pública que valoriza o diálogo e a negociação como vetores mais eficazes na promoção do interesse público.

Pode-se pensar, sob uma perspectiva mais restritiva, que o Direito Administrativo sancionador, como expressão do poder punitivo estatal, não abriria margem à consensualidade. Sob uma análise mais profunda do tema, contudo, essa ideia não se sustenta.

Na prática é possível observar exemplos concretos de como a consensualidade pode se coadunar ao exercício do poder sancionador do Estado, sendo, inclusive, mais eficiente pensar modelos dialógicos de se imprimir determinados comportamentos aos administrados do que aplicar sanções de maneira unilateral.

Isto porque há uma tendência de que ao participar do processo de tomada de decisões os particulares internalizem mais acentuadamente a necessidade de respeitar as determinações do poder público do que quando estas são impostas sem qualquer juízo de valor por parte de quem deverá cumpri-las.

Assim, não somente será necessário movimentar menos a máquina pública no processo de tomada de decisões, já que este passa a contar também com o apoio de agentes privados, como será necessário empreender menos recursos públicos na fiscalização do seu cumprimento pelos particulares.

Uma vez que o princípio constitucional da eficiência é entendido como a obtenção dos mesmos resultados com a utilização de menos recursos, parece lógico que o objetivo da Administração Pública deve ser justamente pensar mecanismos para exercer as mesmas atividades com o menor gasto de recursos públicos possível.

3.CONCLUSÃO

Diante do novo modelo de gestão da coisa pública, considera-se que a adoção de práticas consensuais, dialógicas, cooperativas e gerenciais tem por vantagem, justamente, tornar o exercício das atividades administrativas mais transparente e eficiente, encurtando os processos meramente burocráticos e sem expressividade prática, de modo que, com a cooperação dos agentes públicos e privados para a consecução do interesse da coletividade, se faz necessário um menor gasto de recursos públicos para garantir a persecução das finalidades públicas almejadas.

A partir disso, é possível traçar uma linha direta entre Estado gerencial e a concretização do princípio da eficiência na Administração Pública, de modo que, se o modelo burocrático criado pelo clássico Direito Administrativo se fez necessário para conter os abusos do poder público e a consecução de finalidades escusas, que não refletiam o interesse público primário, a realidade atual demonstra que o excesso de burocracia sobrecarregou a máquina estatal, tornando-a demasiadamente onerosa e obsoleta, sendo, muitas vezes, incapaz de atender às demandas mais urgentes da sociedade com a agilidade necessária à consecução das finalidades públicas.

Pode-se dizer que o excesso de burocracia do modelo administrativo clássico fez com que os cidadãos passassem a desacreditar das instituições públicas, tidas como excessivamente morosas e desconexas da realidade. Diante desse cenário, não é raro encontrar quem pense que o poder público não é capaz de atender às demandas da sociedade, seja porque a máquina estatal já está sobrecarregada, seja por se pensar que isso reflete um Estado apático e pouco interessado em promover verdadeiras mudanças sociais, porque não o quer ou não pode assim proceder.

Esse contexto de profunda descrença no Estado e nas instituições públicas se reflete especialmente em uma descrença para com o Poder Executivo, a quem compete, por excelência, exercer a função administrativa.

Essa crise de representatividade, na qual o povo não se vê verdadeiramente representado por seus governantes eleitos, cria uma atmosfera de constante tensão política, instaurando um conflito entre o povo, que desconfia que as finalidades públicas estejam de fato sendo promovidas por quem o deveria, e o Estado, que precisa, no exercício do poder público, atuar não raras vezes promovendo medidas não populares, acentuando ainda mais a tensão entre a vontade da maioria e o agir do Estado.

Diz-se isto porque, como se sabe, os recursos públicos são limitados, e diante de uma máquina estatal burocrática e onerosa, se fazem muitas vezes demasiadamente escassos para que de fato promovam a persecução das finalidades públicas a que se propõe o Estado de Direito.

Em um contexto de escassez de recursos públicos e de uma gama de prestações positivas a serem efetivadas, o administrador público precisa, comumente, atuar realizando as denominadas escolhas trágicas. Isso significa que, diante de um cenário fático em que é impossível observar todos os direitos consagrados pelo poder constituinte, a tarefa do Estado é definir, diante da realidade fática, quais direitos merecem ser amparados pelas políticas públicas e quais deverão ser, em um primeiro momento, excluídos, ou, ao menos, promovidos em menor escala.

Diante desse cenário, se faz possível reforçar que a inclusão do consensualismo nas práticas administrativas proporciona expressivos ganhos em termos de eficiência. A ideia de uma Administração Pública focada na eficiência, reduzindo processos burocráticos desnecessários, alcançando o máximo de resultados utilizando o mínimo de recursos fez com que o modelo administrativo evoluísse, pode-se apontar que como resultado tem-se a elevação dos padrões de desempenho dos agentes públicos, o aumento dos padrões de produtividade da Administração, economia de tempo, dinheiro e recursos humanos através da redução de procedimentos administrativos desnecessários.

Diante do exposto, e à luz do papel do Estado como garantidor dos interesses do cidadão, propõe-se o abandono do modelo autoritário em favor de um regime disciplinar comunicativo, empregando o princípio da eficiência, à luz de sua força normativa, como vetor dessa mudança de paradigma.

Portanto, com a derrocada do modelo de Administração burocrática, passa-se a pensar no modelo de gestão eficiente dos recursos públicos, não se desprendendo dos ideais de racionalidade e impessoalidade, mas admitindo que o excesso de burocracia impede o ideal funcionamento da atividade administrativa.

4.REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica. Teoria e Prática da Monografia para os cursos de Direito**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

RODRIGUES, Marco Antônio, **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

SARMENTO, Daniel. 'Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional.' In. *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. (coord. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1215

(Ano XVI)

ISSN - 1984-0454

O Portal Conteúdo Jurídico consiste em um grande ambiente virtual inaugurado em setembro de 2008 e idealizado com base na experiência na docência do ensino superior, por parte dos seus gestores, os quais perceberam a necessidade-facilidade de disponibilizar aos seus alunos informações suficientes ao aprendizado, criando assim, um banco de dados de auto-gestão, pesquisando, organizando, filtrando e publicando conteúdo interdisciplinar que possa auxiliar nas pesquisas dos profissionais e usuários como um todo.

Nossa missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um só lugar.

Mas o sucesso do nosso portal somente é possível com a colaboração dos profissionais e acadêmicos com o envio de sua produção literária para fins de publicação.

O Conteúdo Jurídico possui o Boletim Conteúdo Jurídico reconhecido como publicação periódica on-line no Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT), órgão governamental responsável pela catalogação internacional de publicações periódicas, sob o código ISSN 1984-0454. O IBICT não distingue entre periódicos impressos ou virtuais, tendo como critério de seleção a qualidade editorial, dentre outros requisitos formais.

Nosso Boletim veicula artigos multidisciplinares, Trabalhos de Conclusão de Curso – TCC, monografias, dissertações, teses de doutoramento.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410.
Tel. (61) 99177-3598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR