

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1146

(Ano XV)

(15/04/2023)

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: Bacharelanda 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 1146



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. 1146, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 267. *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



Redesignação sexual em crianças no Brasil: um crime ocultado

Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

Por dentro do “Caso Carandiru”. Análise das práticas de necropolítica no Estado de São Paulo. Estudo do autoritarismo líquido e das práticas de exceção como forma de política criminal.

João Carlos Campanini, 26.

Concurso de agente no crime de infanticídio

Ana Gabriela de Aguiar Lima, 38.

Relação de consumo: como os algoritmos são utilizados pelas empresas para personalizar o consumo de seus clientes

Lourival Mota Júnior, 68.

Tribunal de Justiça na pandemia

Lucas Borges Ferreira, 81.

Violência praticada contra mulher na esfera virtual

Ana Gabriela de Aguiar Lima, 95.

A violência contra mulher: análise das conexões ao direito interno e dos casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro

Lorena Silva Pereira, 107.

Os direitos das mulheres nos sistemas internacionais de direitos humanos e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro

Patrícia de Medeiros Brauns, 117.

Ampliação do espaço negocial nas ações penais: justiça negocial e o acordo de não persecução penal

Sandra Karla Silva de Castro, 134.

A condenação por violência obstétrica pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos no caso Brítez Arce e outros vs. Argentina

Ana Carolina de Leles Rodrigues, 163.

Do direito do acusado a contraditar em 48 horas a decretação de sua prisão preventiva - uma análise crítica do § 3º do artigo 282 do CPP e a necessidade de sua modificação

João Carlos Campanini, 171.

Dos Instrumentos da Política Urbana e o Estatuto da Cidade: O Direito Real de Superfície na Organização Urbanística Municipal

Amanda Nicole Aguiar de Oliveira, 183.

Aspectos de (i)legalidade sobre a abordagem policial

Lucas Telles Assis, 204.

Responsabilidade das “empresas virtuais” nas relações de consumo das compras na internet

Luiz Sérgio Pazdziora Filho, 215.

O jus puniendi como mecanismo para tutelar o Meio Ambiente

Jonathan Alves de Oliveira, 226.

(Im)penhorabilidade dos direitos aquisitivos sobre imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia: uma leitura à luz da teoria do patrimônio mínimo.

Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann, 247.

Análise da vinculação da lei 12.317/10 (redução da carga horária) aos assistentes sociais ocupantes de cargos públicos

Pedro Cesar Vieira Camillo, 260.

REDESIGNAÇÃO SEXUAL EM CRIANÇAS NO BRASIL: UM CRIME OCULTADO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.

1-INTRODUÇÃO

Foi divulgado na imprensa que o Hospital das Clínicas, administrado pela Universidade de São Paulo (USP), disponibiliza serviços gratuitos para todas as pessoas que pretendam fazer “transição de gênero” com tratamentos hormonais, bloqueios da puberdade e até cirurgias de “redesignação sexual”. Dentre 380 pacientes em atendimento ao menos uma centena é de crianças entre 4 e 12 anos. Outra centena abrange adolescentes entre 13 e 17 anos. 1

O objetivo deste trabalho é expor o óbvio, ou seja, que a realização desses procedimentos em crianças, especialmente de tenra idade (4 anos) é ilegal sob o ponto de vista criminal e deontológico.

Na realidade não seria necessária a escrita do presente texto, mas como disse Nelson Rodrigues, “só os santos, os gênios e os profetas enxergam o óbvio”, 2 afirmação esta que se torna cada dia mais certa.

Juntamente com o recebimento da notícia e a sugestão de escrever sobre o tema, recebi a informação de que outros juristas, instados a essa empreitada, preferiram não se manifestar, tendo em vista a conhecida “espiral do silêncio” causada pelo medo da exclusão das opiniões hegemônicas impostas por grupos barulhentos, a qual cala muitas vozes pelo temor do desprezo social, acadêmico ou até mesmo pela rejeição, ofensas, rotulagens

1 200 CRIANÇAS e adolescentes fizeram “transição de gênero” em Hospital da USP. Disponível em <https://www.brasilparalelo.com.br/noticias/200-criancas-e-adolescentes-fizeram-transicao-de-genero-em-hospital-da-usp> , acesso em 30.03.2023. Vide também: COSTA, Cristyan. Hospital da USP tem quase 300 menores de idade fazendo transição de gênero. Disponível em <https://revistaoeste.com/brasil/hospital-da-usp-tem-quase-300-menores-de-idade-fazendo-transicao-de-genero/> , acesso em 30.03.2023.

2 RODRIGUES, Nelson. *Frases Inesquecíveis de Nelson Rodrigues – Só os Profetas Enxergam o Óbvio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020, p. 118.

negativas e reações mais ou menos virulentas de todas as espécies. 3 É o exercício exato do “princípio da intolerância para com os que discordam de suas ideias”, conforme proclamado por Marcuse. 4

Qualquer crítica ou questionamento feito em relação a algum fato, conduta, ideia, procedimento, ou seja, lá o que for que de alguma forma possa, ainda que remotamente e sem qualquer fundamento, ser relacionado à homotranssexualidade é realmente o bastante para que se ponha em marcha um “efeito silenciador do discurso”. Owen Fiss descreve em sua obra que a reação contra pessoas e suas manifestações pode ser tão intensa que chega a destruir a autoestima da vítima de forma a torná-la impotente para o debate ou confronto com o opositor. Suas afirmações e ideias são rotuladas previamente, gerando descrédito por meio de ofensas empregadas como se fossem argumentos indiscutíveis. Meros ataques hostis diminuem e enfraquecem a vítima do “efeito silenciador” ao ponto de transformar, com facilidade, aquilo que seria um diálogo, uma discussão em um monólogo arbitrário. 5 A gritaria abafa a sabedoria e a democracia.

Mas, nada disso é suficiente para impedir minha manifestação técnica a respeito dessa questão. Quanto a eventuais reações hostis, as receberei, como sempre, com o mais profundo desprezo associado a uma ponta de satisfação, porque tudo o que jamais quis foi ser considerado digno de respeito, admiração, afagos ou reconhecimento por parte de pessoas imbecilizadas, canalhas ou ambas as coisas juntas. Ficaria extremamente perplexo e preocupado se fosse elogiado por essa espécie de pessoas que acobertam ou justificam o crime, zombam da ética, ignoram ou fingem ignorar obviedades e desprezam o livre debate racional em busca da verdade. Seu apreço soaria para mim como uma ofensa e a indicação de que estaria no caminho errado.

Não há nada a esperar de uma patuleia desprovida da mais mínima imaginação para distinguir críticas e discordâncias do que se convencionou chamar de “discurso de

3 NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017, p. 23. “Quando uma pessoa se sente isolada, seu sofrimento é tal que fica fácil manipulá-la através de sua própria fragilidade. Parece que o medo do isolamento é a força ativadora da espiral do silêncio. Seguir a multidão constitui um estado de relativa felicidade. Mas se esta opção não é possível, quando não se quer compartilhar em público uma convicção aceita aparentemente de modo universal, ao menos é possível permanecer em silêncio, uma segunda opção para continuar sendo tolerado pelos demais”. É por esse mecanismo inibitório que muitos se calam mesmo diante das consequências mais nefastas de ideias defendidas pelo que se convencionou chamar de “politicamente correto”.

4 VIVAS, Eliseo. *Marcuse em Julgamento*. Trad. Hélio Polvora. Rio de Janeiro: Bloch, 1972, p. 10.

5 FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48. O autor defende a tese coerente de que numa organização democrática não é possível permitir que o discurso de um grupo possa “soterrar” o de outro.

ódio” ou qualquer forma de preconceito, arbitrariedade e abuso. Trilling já apontava que a “imaginação liberal” (progressista ou esquerdista no sentido norte - americano) é estreita ou até inexistente, incapaz de detectar nuances, distinções ou detalhes, de modo que, por exemplo, ou a pessoa defende toda e qualquer proposição do “movimento negro” ou é “racista”; ou acata bovinamente tudo que seja dito pela doutrina “feminista” ou é “misógino e machista”; ou defende qualquer bandeira do “movimento gay”, mesmo coisas criminosas e lesivas, ou é um “homofóbico”. Isso fora as várias designações terminadas em “ista”, a maioria das quais nem sequer são usadas em um sentido técnico, mas meramente como um apelo emocional extremamente afetado (v.g. nazista, fascista etc.).⁶ Como respeitar e pretender algum acolhimento por parte de pessoas e grupos atingidos por tal condição que chega a ser patológica? Hoje, o eventual isolamento (o famoso “cancelamento”) é quase sempre um certificado de sanidade mental e ao menos mínima capacidade intelectual.

Feitas essas considerações iniciais, passar-se-á à análise jurídica das intervenções médicas de redesignação sexual, especialmente em crianças e adolescentes, expondo as regras legais (“lato sensu”)⁷ aplicáveis à espécie e apresentando, ao final, uma síntese conclusiva.

2-A REDESIGNAÇÃO OU TRANSIÇÃO SEXUAL EM ADULTOS

Sob o ponto de vista jurídico não há qualquer empecilho para que pessoas adultas e capazes se submetam a métodos, inclusive invasivos, de redesignação sexual.

A questão nunca foi tratada expressamente na legislação brasileira, sendo comum a afirmação errônea de que a cirurgia de transição de gênero era proibida no Brasil. Nunca houve essa proibição expressa, mas sim uma lacuna sobre o assunto, seja na legislação (civil, penal etc.), seja nos diplomas deontológicos médicos (Código de Ética Médica).

Essa defasagem no tratamento do tema levou alguns profissionais médicos ao banco dos réus quando realizaram cirurgias de transição sexual em adultos. Mas, a conclusão foi a de que não havia, em verdade, crime nestas condutas, já que inexistente o elemento subjetivo necessário à configuração do delito de “Lesões Corporais”, qual seja o “animus laedendi” ou “nocendi”. O profissional médico que realiza essa espécie de intervenção em adultos atua com elemento subjetivo oposto e inerente à arte médica, qual

⁶ TRILLING, Lionel. *A Imaginação Liberal*. Trad. Cecília Prada. São Paulo: É Realizações, 2015, “passim”.

⁷ Tendo em vista que o tratamento dessas intervenções não conta com legislação codificada e específica, mas se encontram regulações que vão desde convenções internacionais, passando pela constituição, legislação juvenil e diplomas administrativos e deontológicos, a abordagem legal é em um sentido amplo (lato sensu): a palavra “lei” é então empregada neste texto para referir-se a quaisquer normas jurídicas, sejam as leis propriamente ditas, advindas do Legislativo, sejam decretos, regulamentos, resoluções, portarias etc.

seja, o chamado “animus curandi”, de cuidar, tratar, curar. O intento é satisfazer o desejo de um adulto que pretende adequar sua anatomia física ao seu psiquismo ou subjetivismo, que lhe causa desconforto e sofrimento em razão de um conflito entre a identidade subjetiva e a objetiva ou física. Note-se que a mera anuência do paciente não afastaria o crime, já que a integridade física é bem jurídico indisponível. A questão se resolve no elemento subjetivo do tipo, conforme acima exposto. Não cabe aqui tecer considerações de cunho moralista ou religioso acerca das condutas de médicos e pacientes. A análise é estritamente jurídica e se há algo a dizer sobre convicções filosóficas, morais e/ou religiosas acerca da questão, isso se reduz ao direito do profissional médico de objeção de consciência. 8

A discussão jurídica acerca da remoção ou alteração de órgãos genitais externos de transexuais adultos rumou para o entendimento de que não se trata de mutilação. Não por outra razão houve decisão paradigmática do Tribunal de Justiça de São Paulo afirmando:

“Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental. Semelhante cirurgia não é vedada pela lei, nem mesmo pelo Código de Ética Médica”. 9

Muito embora a conclusão pela inexistência de crime nestes casos se dê pela ausência de dolo necessário à configuração do ilícito, não bastando somente a autorização da suposta vítima, não se pode deixar de frisar que essa autorização é notoriamente imprescindível para a licitude do ato médico. Caso contrário, haverá lesão e mesmo o elemento subjetivo do “animus curandi” tornar-se-á insustentável diante do constrangimento da vítima à intervenção. E nesse caso não importará a orientação sexual ou de gênero da pessoa constrangida. É evidente que o simples fato de que uma pessoa seja homossexual ou transexual não a obriga a ser submetida a qualquer intervenção cirúrgica e nem mesmo a tratamentos hormonais indesejados.

3-A REDESIGNAÇÃO OU TRANSIÇÃO SEXUAL EM CRIANÇAS OU ADOLESCENTES

8 Cf. Código de Ética Médica – Resolução CFM 1931/09 - Capítulo I, n. VII: “O médico exercerá sua profissão com autonomia, **não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência** ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente” (grifo nosso).

9 Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 75. Vide também: RT 545/355 e JTacrim/SP 61/256.

O que motiva este texto não é a objeção à redesignação sexual de adultos capazes. Sob o ponto de vista jurídico não existe óbice a tal procedimento, como já demonstrado.

A questão preocupante é que se tem notícia de que hospital de grande prestígio, ligado a Universidade igualmente prestigiosa vem realizando procedimentos de redesignação sexual em crianças e adolescentes, chegando ao cúmulo de manipular crianças de 4 (quatro) anos.

A prática de procedimentos de redesignação sexual em crianças, ainda que com o consentimento ou a pedido dos genitores é inviável, configurando em geral crime de Lesão Corporal Gravíssima por perda das funções sexual e reprodutora. Ora, quando são removidos os órgãos sexuais de uma pessoa, esta não poderá mais exercer sua sexualidade biologicamente orientada ou mesmo reproduzir-se, sofrendo o que se chama de “impotência coeundi e generandi” (incapacidade de manter relações sexuais e de se reproduzir, respectivamente). Dir-se-á que poderá ao menos ter relações sexuais de espécie diversa de sua anatomia original, mas fato é que não poderá se reproduzir naturalmente e nem exercer sua sexualidade original a partir da intervenção. Ainda que não se chegue ao extremo de remover os órgãos sexuais cirurgicamente, poderá haver ainda crime de lesões corporais leves, graves ou gravíssimas de acordo com o caso concreto. Tratamentos menos invasivos podem também gerar problemas psíquicos muito graves e outras limitações (v.g. enfermidade incurável, perda de funções, deformidade permanente, incapacitação para ocupações habituais por mais de 30 dias devido a cirurgias de readaptação sexual, perigo de vida pelo mesmo motivo (toda cirurgia contém risco concreto de morte), debilidade de função sexual ou reprodutiva). Fato é que haverá na redesignação sexual mais invasiva lesão corporal gravíssima (Artigo 129, § 2º., III, (perda de função), CP) e em outras situações menos drásticas poderá ocorrer, ainda assim, esse mesmo delito ou outros de menor monta, mas sempre configurando lesão corporal (artigo 129, “caput” ou artigo 129, § 1º., I, II ou III, CP).

Foi visto que no caso de adultos o só fato de que haja consentimento do paciente não é suficiente para afastar a configuração do crime, sendo imprescindível, além do consentimento, que o médico tenha atuado com “animus curandi” e não “laedendi” ou “nocendi”. As duas condições são necessárias para o afastamento do crime.

Por obviedade o consentimento de crianças e mesmo adolescentes não tem validade alguma e equivale ao não consentimento. Então, ainda que equivocadamente, pense o médico agir em prol do bem do paciente, isso não será suficiente para afastar a incidência delitiva, tal como ocorreria com um adulto submetido ao ato médico contra a sua expressa vontade.

A autorização dos pais ou responsáveis também é inválida e não supre as exigências que tornariam qualquer intervenção em discussão legal. Isso porque, como será

demonstrado, o tratamento normativo do tema é amplo e esparso, mas proibitivo quanto a essa espécie de procedimento em relação a crianças. O consentimento dos pais apenas servirá para fazer deles, junto com o médico e toda a equipe, responsabilizados em concurso de pessoas por lesões corporais em geral gravíssimas. O médico e equipe agem em coautoria delitiva e os pais são partícipes do crime (inteligência do artigo 29, CP).

Não é possível jamais pretender equiparar a cirurgia ou tratamento de redesignação realizada em um adulto com aquela levada a termo em uma criança, especialmente as de mais tenra idade, sabendo-se de notícias de crianças de 4, 8 e menos de 12 anos absurdamente submetidas a esses procedimentos claramente ilícitos. 10

Será que o desastre da medonha fraude científica protagonizada pelo médico, John Money, da John Hopkins University de Baltimore (EUA), que resultou no suicídio do paciente (ou cobaia) submetido a uma transição sexual fracassada quando criança não foi o suficiente para estancar essa espécie de barbaridade? 11

Desde o início do século XX (1905 – 1923), Freud já postulava a existência de uma “sexualidade infantil”. No entanto, o autor citado dividia o “desenvolvimento sexual infantil” em “fases” (oral, anal, fálica, período de latência e genital). Freud ainda apresenta a manifestação do chamado “Complexo de Édipo” (em versão masculina e também feminina, esta última chamada de “Édipo Feminino”). Esse conhecido complexo, segundo o autor, ocorre entre os 3 e os 5 anos. Observando a teoria freudiana do desenvolvimento sexual infantil resta claro que a criança de pouca idade tem por objeto de “erotização” e “desejo” o “próprio corpo”, somente passando a erotizar e desejar “outros” na última fase de desenvolvimento (a genital), atingida na *puberdade*. 12 Significa dizer que antes disso é absurdo postular alguma identidade de gênero, preferência ou orientação sexual. A criança, antes da puberdade, no máximo, está em um processo exploratório de descoberta da própria sexualidade e do próprio corpo, sem espaço para lucubrações teóricas ou ideológicas que a pretendam dirigir a alguma tendência. Ainda que a criança, agora sim influenciada por um ambiente ou circunstâncias, já tenha condições de verbalizar uma dada orientação, é preciso lembrar que está em “desenvolvimento” de sua sexualidade e não

10 COSTA, Cristyan. Hospital da USP tem quase 300 menores de idade fazendo transição de gênero. Disponível em <https://revistaoeste.com/brasil/hospital-da-usp-tem-quase-300-menores-de-idade-fazendo-transicao-de-genero/>, acesso em 30.03.2023.

11 Cf. SCALA, Jorge. *Ideologia de Gênero – O neototalitarismo e a morte da família*. São Paulo: Katechesis, 2011, p. 22- 24.

12 BOCK, Ana Mercês Bahia, FURTADO, Odair, TEIXEIRA, Maria de Lourdes. *Psicologias – Uma introdução ao estudo de psicologia*. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 40 – 42.

pode jamais ser considerada como alguém que tem condições de se identificar de forma definitiva.

Mais modernamente são abundantes as teorias que demonstram um gradual processo de desenvolvimento cognitivo – comportamental nas crianças. Recém – nascidos e bebês ainda estão apurando seus sentidos como visão, audição, tato, paladar e olfato. 13 As interações com outras crianças vão ocorrer a partir dos 2 anos e se intensificar na idade escolar. 14 Erik Erikson apresenta sua teoria do “desenvolvimento psicossocial”, constatando que pelo menos até os 6 anos de idade as crianças têm “profundas dificuldades” para a compreensão “a respeito do mundo”. 15 Jean Piaget se dedica à “Teoria do Desenvolvimento Cognitivo”. Para o autor até os 2 anos a criança está em um estágio meramente “sensório – motor”. Depois disso, até os 7 anos se encontrará no estágio “pré – operatório”, desenvolvendo linguagem e pensamento simbólico, mas ainda reduzida ao egocentrismo. A seguir passa para o estágio “operatório concreto” superando aos poucos o egocentrismo e passando a pensar com mais lógica (isso ocorre entre os 7 e 12 anos). No entanto, a capacidade de um pensamento lógico efetivo e de abstrações só é possível, em regra, a partir dos 12 anos. 16 Também são relevantes as “abordagens de processamento de informações mentais das crianças”. Os estudiosos desse ramo de pensamento apontam que ocorrem “mudanças significativas” “nas capacidades de processamento de informações das crianças”. E a velocidade de suas apreensões e reações “aumenta” gradativamente “com a idade”. A capacidade de processamento das informações somente se completa com o avanço da chamada “metacognição”, ou seja, a capacidade desenvolvida de compreender os “próprios processos cognitivos”. Crianças pequenas não têm essa capacidade de compreensão e geralmente sequer compreendem que não entenderam algo ou que desconhecem alguma coisa. 17 Vale ainda mencionar a “visão sociocultural” de Lev Vygotsky, o qual indica para a confluência entre nosso desenvolvimento cognitivo e a cultura em que somos criados. Para que o desenvolvimento cognitivo ocorra é necessário haver interações sociais envolvendo as crianças, de modo que vão ganhando habilidades e funcionamento intelectual gradativamente. 18 É notável que seja qual for a teoria adotada, a capacidade cognitiva de crianças é extremamente limitada e não se desenvolve em saltos ou de uma vez por todas, mas sempre por meio de um processo que requer tempo e maturação. Não é possível, portanto, sequer cogitar que

13 RENNERT, Tanya, “et al.” *Psico Série A*. Trad. Marcelo de Abreu Almeida Porto Alegre: AMGH, 2012, p. 238 – 239.

14 Op. Cit., p. 243.

15 Op. Cit., p. 244 – 246.

16 Op. Cit., p. 246 – 249.

17 Op. Cit., p. 249.

18 Op. Cit., p. 249 – 250.

uma criança de 4 ou 5 anos tenha maturidade e sequer conhecimento do que seja orientação sexual, papéis de gênero etc. e possa se posicionar conscientemente sobre isso. 19 Destaque-se que até mesmo no caso de intersexuais (hermafroditismo), quando há uma duplicidade física dos órgãos sexuais e não somente uma impressão subjetiva, “a maioria dos médicos concorda que, quando um bebê intersexual nasce, qualquer cirurgia genital deve ser adiada até que a criança tenha idade suficiente para expressar sua verdadeira identidade de gênero”. 20

Neste quadro e procedendo a uma relação interdisciplinar entre a Psicologia e o Direito é possível afirmar com certeza que a nossa legislação não concede a menor abertura para o reconhecimento de capacidades cognitivas aptas à tomada de decisões existenciais por parte de crianças e mesmo por adolescentes.

Alguns marcos etários são importantes para uma ampla visão sistemática:

A maioridade penal é estabelecida somente aos 18 anos (artigo 228, CF c/c artigo 27, CP).

A capacidade civil plena se dá aos 18 anos (artigo 5º, CC) e a capacidade civil relativa aos 16 anos (artigo 4º, I c/c artigo 3º, CC). Assim sendo a incapacidade civil absoluta abrange todos os menores de 16 anos (artigo 3º, CC).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90 – ECA) determina que as “crianças” são os menores de 12 anos e os “adolescentes” são aqueles com 12 anos completos até 18 anos incompletos (artigo 2º, ECA).

O Código Eleitoral prevê o voto obrigatório somente para os maiores de 18 anos (artigo 4º, Lei 4.737/65 c/c artigo 14, § 1º, I, CF) e facultativo para os maiores de 16 anos e menores de 18 anos (artigo 14, § 1º, II, “c”, CF).

O Código de Trânsito Brasileiro somente permite a habilitação para direção de veículos automotores para os maiores de 18 anos, já que exige que a pessoa seja “penalmente imputável” (artigo 140, I, Lei 9.503/97). E em alguns casos exige a idade mínima de 21 anos como, por exemplo, para condução de veículos escolares (artigo 138, I, da Lei 9.503/97) ou para condução de veículos cuja categoria da habilitação seja D ou E,

19 O mesmo quadro de teorizações e conclusões é apresentado por Feldman. FELDMAN, Robert S. *Introdução à Psicologia*. Trad. Daniel Bueno e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 10ª. ed. Porto Alegre: AMGH, 2015, p. 344 – 356.

20 SAX, Leonard. *Por Que Gênero Importa?* Trad. Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM, 2019, p. 330.

para condução de coletivos, transporte de produtos perigosos e veículos de emergência (artigo 145, I, da Lei 9.503/97).

Finalmente é importante lembrar que o critério adotado pela Lei Penal (Código Penal Brasileiro) para aferir a capacidade de discernimento para atos de natureza sexual no que tange à idade, é o marco dos 14 anos. Antes dos 14 anos considera-se que a pessoa não tem capacidade para decidir sobre um relacionamento sexual, por exemplo, de modo que sua vontade é juridicamente irrelevante (vide artigo 217 – A, CP).

Resta evidente que nossa legislação sistematicamente analisada não permite concluir que um menor de 18 anos e muito menos qualquer criança, ainda mais com 4 anos apenas, tenha qualquer capacidade cognitivo – decisória ou de discernimento que permita levar em conta seus desejos a respeito de eventual mudança de gênero. Nem mesmo a representação ou assistência dos pais, tutores ou responsáveis em geral pode suprir essa deficiência de modo a justificar uma intervenção terapêutica mais ou menos invasiva sobre a criança. Nenhuma vontade desordenada da criança ou adolescente ou mesmo de seus pais ou responsáveis pode mudar a natureza da estrutura da realidade. Desconsiderar isso e realizar procedimentos de redesignação sexual em menores, especialmente crianças de 4 anos é um crime escandaloso, conforme já acima apontado, crime este cometido por médicos, equipe médica, administradores hospitalares e pelos próprios genitores, tutores ou responsáveis. No campo cível é possível até mesmo falar em perda do poder familiar por parte dos pais, pois sua atuação equivale, no mínimo, ao “abandono” ou “omissão” quanto aos seus deveres parentais (inteligência do artigo 1635, V c/c artigo 1638, II, do Código Civil).

Não enxergar isso é admitir que então se uma criança de 4 ou 5 anos pedir aos pais para ter uma relação sexual consentida com o vizinho de 22 anos, desde que tomando cuidados para não lesionar a criança e havendo anuência dos responsáveis, não haveria estupro de vulnerável no ato. Isso é rematado absurdo! Na verdade os “responsáveis” seriam “irresponsáveis” numa situação como essa e responderiam juntamente com o vizinho por estupro de vulnerável na condição de partícipes. E não se diga que isso é uma extrapolação. É tão somente um “exemplum ad absurdum” para retoricamente chamar a atenção das pessoas para a gravidade real do caso que está acontecendo às escâncaras em nosso país em um Hospital conceituado ligado a importante Universidade, enquanto as Autoridades constituídas permanecem omissas, talvez com receio de ferir algum sentimento “politicamente correto”. E nessa omissão covarde, sacrificam no altar da comodidade a saúde física e mental e talvez a vida de nossas crianças.

Ademais, essas intervenções em crianças e mesmo em adolescentes não encontram guarida na legislação brasileira em sentido amplo. Ao reverso, encontram expressa proibição normativa.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 2.265/19, em seu anexo IV, veda expressamente a realização de cirurgias de afirmação de gênero em menores de 18 anos. E mesmo os tratamentos hormonais são proibidos para crianças e adolescentes em estágio pré – púbere, conforme o artigo 9º. do diploma em exposição, sendo a idade mínima apontada a de 16 anos. Excepciona-se o tratamento hormonal em casos de “puberdade precoce” em havendo necessidade de hormonioterapia para tratar de “doenças”, o que certamente foge do escopo da Resolução em estudo, que se refere não a “doenças”, mas à questão de gênero (vide artigo 9º., § 3º., da Resolução CFM 2.265/19).

Noticiando a habilitação de novos serviços ambulatoriais para processo transexualizador, o Ministério da Saúde apresenta a seguinte orientação que não deixa dúvidas sobre a inviabilidade de manipulação indevida de crianças e adolescentes, segundo as regras impostas:

A transexualização é um processo complexo de saúde, por isso, antes das cirurgias, há uma avaliação e acompanhamento ambulatorial com equipe multiprofissional, com assistência integral no processo transexualizador. Como o processo é irreversível, é necessário acompanhamento psicológico por, pelo menos, dois anos, para que o paciente tenha segurança e certeza de suas vontades. Para ambos os gêneros, a idade mínima para procedimentos ambulatoriais é de 18 anos. Esses procedimentos incluem acompanhamento multiprofissional e hormonioterapia. Para procedimentos cirúrgicos, a idade mínima é de 21 anos. 21

Em se tratando de alterações físicas, é preciso dizer que o mero procedimento de tatuagem corporal, tratado em leis esparsas pelo país é em geral proibido para menores de 18 anos, como, por exemplo, pela Lei Estadual 9.828/97, artigo 1º., no Estado de São Paulo. A proibição é absoluta, não sendo contornável nem mesmo com a autorização dos pais ou responsáveis.

De forma semelhante também proíbe a tatuagem em menores a Lei Municipal 8.564/03 de Belo Horizonte – MG (artigo 1º.). Entretanto, tal lei é regulamentada pelo Decreto Municipal n. 11.337/03, o qual, em seu artigo 2º., relativiza a vedação, autorizando a tatuagem com a anuência de pais ou responsáveis. Há que considerar que certamente o decreto extrapolou suas funções na medida em que acaba alterando a norma imperativa da lei e não somente a regulamentando. Se a exceção não está na lei, não pode ser prevista

21 VALADARES, Carol. Ministério da Saúde Habilita Novos Serviços Ambulatoriais para Processo Transexualizador. Disponível em <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2017/janeiro/ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transexualizador> , acesso em 03.04.2023.

pelo Decreto. Não obstante, ainda que se considere válida a autorização regulamentar é mais que óbvio que não se aplicaria a crianças de 4 anos ou menos, pois além de ser algo irrazoável a redação dá a entender que os pais autorizariam filhos que tivessem condições mínimas de manifestar sua pretensão de fazer a tatuagem, o que não se aplica a crianças de tenra idade. Por seu turno, a Lei Estadual 8.417/03 do Estado do Rio Grande do Norte proíbe tatuagens em menores de 18 anos, salvo com a autorização dos pais (artigo 1º). Já a Lei Estadual 15.122/10 de Santa Catarina, proíbe absolutamente a tatuagem de menores de 16 anos e somente permite a dos menores entre 16 e 18 anos com a autorização dos pais ou responsável legal (artigo 13).

Independentemente do aspecto legal, em geral, tatuagens em crianças são altamente desencorajadas pelos profissionais médicos e de saúde, pois a pele das crianças é mais fina e sensível do que a dos adultos, e seus sistemas imunológicos ainda estão em desenvolvimento. **Além disso, as crianças podem não ter a capacidade cognitiva para compreender as implicações a longo prazo de ter uma tatuagem, o que pode levar a arrependimentos futuros.**

Nos Estados Unidos, a maioria dos estados não permite que menores de 18 anos façam tatuagens sem a permissão por escrito dos pais ou responsáveis legais. Mesmo com essa permissão, muitos estúdios de tatuagem têm políticas próprias que proíbem tatuagens em menores de idade.

É altamente recomendável que as crianças esperem até que tenham idade suficiente para tomar uma decisão informada sobre tatuagens e para cuidar adequadamente de sua pele tatuada.

Pode parecer que a abordagem da questão das tatuagens em menores consiste em uma mudança brusca de assunto, desviando-se do tema em estudo que é a redesignação sexual. Na realidade não se trata de mudar de assunto, mas de demonstrar que mesmo uma intervenção de alteração física meramente estética é regulada com rigor pela legislação brasileira em sentido lato. O que dizer então, levando em conta uma interpretação sistemática e, especialmente, um critério de proporcionalidade, sobre a redesignação sexual. Se uma criança ou mesmo adolescente é considerado imaturo para decidir sobre uma tatuagem em seu corpo, será que está em condições, ainda que assistido pelos pais ou responsáveis, para deliberar sobre uma alteração de seu sexo ou gênero (como se prefira) de forma definitiva? A resposta evidente é que não.

Mesmo nas legislações comparadas mais liberais com relação a mudança de sexo, não se permite alterações em crianças pequenas. A Espanha aprovou lei que permite a redesignação de gênero mesmo sem parecer médico. No entanto, há necessidade de autorização judicial para pessoas entre 12 e 14 anos e autorização dos pais ou responsáveis para pessoas entre 14 e 16 anos. Apenas os maiores de 16 anos podem decidir pela

redesignação autonomamente. É visível que para menores de 12 anos (crianças de acordo com a nossa legislação – ECA), é vedada a redesignação sexual precoce. Anote-se ainda que a lei espanhola trata da alteração do Registro Civil e não especificamente de intervenções invasivas (cirurgias) e/ou tratamentos hormonais. 22 Observe-se ainda que numa interpretação sistemática a Espanha difere do Brasil quanto à capacidade e imputabilidade penal. A imputabilidade penal plena se dá somente aos 18 anos como no Brasil, mas há casos em que menores com entre 16 anos completos e menos de 18 anos podem responder criminalmente, embora na legislação juvenil, mas com penalidades graves, tais como internação em regime fechado prolongada (v.g. Terrorismo, Tráfico de Drogas, Crimes Sexuais). São conjugados “princípios em parte penais, com natureza sancionatória, e em parte educativos, voltados ao melhor interesse do jovem”. 23

Como visto, a legislação brasileira sobre a questão de mudança de sexo é bastante esparsa e confusa. Há efetiva falta de lei ordinária federal que trate do tema com maior segurança, embora seja claro e evidente que não é possível se pensar em procedimentos de redesignação sexual em menores, especialmente crianças, mesmo diante do arcabouço normativo já vigente. Atualmente existe, por exemplo, um Projeto de Lei n. 204/23, de autoria do Deputado Federal Julio Cesar Ribeiro (Republicanos – DF), que “veda cirurgias de mudança de sexo para menores de 21 anos e terapias hormonais para menores de 18 anos”. 24

As normas vigentes, embora esparsas e confusas não deixam dúvida quanto ao fato de que menores de 18 anos não podem ser submetidos a cirurgia de redesignação sexual e muito menos crianças, estas últimas nem mesmo a tratamentos hormonais ou similares. A notícia de que crianças não somente menores de 12 anos, mas com 4 anos de idade estão sendo submetidas a tratamentos de redesignação de sexo é algo

22 ESPANHA aprova Lei que permite mudar de gênero sem Parecer Médico. Disponível em <https://www.publico.pt/2023/02/16/mundo/noticia/espanha-aprova-lei-permite-mudar-genero-parecer-medico-2039203>, acesso em 03.04.2023.

23 NACIFF, Carolina. Reduzir a Idade Penal é Constitucional? Disponível em <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Carolina+Naciff.pdf>, acesso em 03.04.2023. A autora indica doutrina estrangeira a respeito do tema: PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002, “passim”. FERNÁNDEZ-PACHECO, Gloria Alises. A importância da mediação no sistema de justiça juvenil espanhol: contributos para uma mudança. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (Coords.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p.529.

24 DOEDERLEIN, Natália. Projeto Proíbe Cirurgia de Mudança de Sexo em Menores de 21 anos. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/941218-projeto-proibe-cirurgia-de-mudanca-de-sexo-em-menores-de-21->, acesso em 03.04.2023.

absurdamente ilegal e criminoso que se dá à luz do dia, mas é ocultado por vieses ideológicos.

A ideologia não se pode sobrepor à lei e aos regulamentos e muito menos à natureza, sob pena de ocasionar danos gravíssimos à saúde e até à vida das pessoas, tal como historicamente se constata no caso da experiência macabra de John Money, já acima mencionada.

Seria possível alegar um médico ou um corpo médico objeção de consciência quanto a essas normas proibitivas e, mesmo diante delas, praticar redesignações de gênero em crianças e adolescentes?

A resposta é obviamente negativa, pois a objeção de consciência é um direito à negativa diante de permissivos e não um direito a uma atuação positiva, especialmente “contra legem” e até mesmo criminosamente perante normas proibitivas.

Sobre o tema já me manifestei em outra obra:

(...), é de se destacar que a objeção de consciência pode dar-se em relação tão somente às normas meramente permissivas e não com referência às normas de caráter proibitivo ou impositivo (imperativo). Exemplificando: um médico pode se recusar à prática do aborto sentimental ²⁵ por questão de consciência, pois que se refere a norma meramente permissiva. No entanto, não pode simplesmente praticar um aborto não permitido legalmente porque alegue sua concordância político – filosófica com o direito das mulheres à disposição do próprio corpo. Isso porque os abortos criminosos constituem normas proibitivas, as quais são imunes à chamada objeção de consciência. Também não poderá o médico deixar de prestar socorro a quem dele necessite desde que não haja outra pessoa habilitada, pois que o crime de omissão de socorro (artigo 135, CP) impõe um dever de agir que não pode ser excetuado pela chamada objeção de consciência. ²⁶

Aliás, sob o ponto de vista deontológico é preciso não olvidar que o Código de Ética Médica (Resolução CFM 1931/09), em seu Capítulo I, incisos II e VI, adota os Princípios Fundamentais da Beneficência e da não – maleficência, o que certamente não se coaduna com a intervenção em crianças e mesmo adolescentes mutilando-os de forma precoce em

²⁵ Aborto legalmente permitido em caso de gravidez resultante de estupro (artigo 128, II, CP).

²⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários ao Novo Código de Ética Médica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 11.

situações em que é inviável falar em discernimento pleno ou consentimento livre e esclarecido.²⁷

Sob o ângulo dos Direitos Humanos Internacionais não se pode afirmar que essas intervenções espúrias e criminosas possam satisfazer o “melhor interesse da criança”, orientação primordial da Convenção Sobre os Direitos da Criança, da ONU (artigo 3, I), ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99.710/90. Também não se pode entender como essa espécie de mutilação precoce pode satisfazer o direito à saúde estabelecido pelo mesmo diploma internacional em seu artigo 24.

Está explícito no artigo 12, I da Convenção em comento que à criança ou adolescente deve ser assegurado o direito de expressar seus “pontos de vista” de acordo com sua maturidade, o que é, na verdade, o mínimo de razoabilidade exigível. Vale transcrever o dispositivo:

Os Estados Partes **devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista** o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, **e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança** (grifo nosso).

Não resta a menor dúvida de que a adoção de procedimentos de redesignação sexual em adolescentes e crianças de tenra idade (até de 4 anos), ainda que com a autorização (convivência) dos pais ou responsáveis, infringe gritantemente a normativa internacional de garantia de direito fundamental em estudo. Uma opção dessa natureza requer maturidade que adolescentes não possuem, muito menos crianças. O suporte dos pais ou responsáveis se constitui numa verdadeira omissão do cumprimento do dever de cuidado, numa verdadeira irresponsabilidade com a adoção do caminho mais fácil de satisfazer caprichos e vontades de alguém que requer tutela e jamais satisfação ilimitada de seus impulsos que podem ser autolesivos ou até autodestrutivos.

Retomando a primordialidade do “melhor interesse da criança” insculpida no diploma internacional, é de se lembrar que não pode e não deve ele ser acenado somente com relação aos médicos, mas também aos pais ou responsáveis, nos estritos termos do artigo 18, 1 da legislação em comento. “In verbis”:

²⁷ Op. Cit., p. 9 – 10.

²⁸ A Convenção usa sempre a palavra “criança”, mas em seu artigo 1 exprime conceito mais amplo do que o do ECA, por exemplo, abrangendo os adolescentes. Para a Convenção, “criança” é qualquer pessoa menor de 18 anos.

Os Estados Partes devem envidar seus melhores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. **Os pais ou, quando for o caso, os tutores legais serão os responsáveis primordiais pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação básica será a garantia do melhor interesse da criança** (grifo nosso).

No âmbito interno importa lembrar que o ECA (Lei 8.069/90) também garante o direito à preservação da saúde das crianças e adolescentes pela família, pela comunidade e pela sociedade em geral (artigo 4º). Dispõe ainda o artigo 7º. que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Essas obrigações da família e da sociedade não se adequam à submissão precipitada de uma criança ou adolescente a procedimentos capazes de causar-lhe lesões ou mutilações de suma gravidade sem que sua manifestação de vontade tenha legitimidade, maturidade e segurança imprescindíveis. Em especial tendo em vista que o ECA considera as crianças e adolescentes como “pessoas humanas em processo de desenvolvimento” (artigo 15), de modo a incompatibilizar qualquer intervenção física de caráter permanente ou de difícil reversão.

Analisando a legislação juvenil pátria (ECA) percebe-se que este texto, longe de poder ser acoimado (como certamente o será e pouco importa) de preconceituoso ou até homotransfóbico, se erige como um manifesto em prol do cumprimento do artigo 70 do ECA que estabelece como “dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente” (isso sem falar do disposto no artigo 227, CF). Nesse aspecto, escrever este trabalho é apenas e tão somente o cumprimento de um dever cívico – legal. Um dever de não silenciar diante das violações perpetradas contra crianças e adolescentes em nome de ideologias ou por mero conformismo ou constrangimento diante dessas ideologias abrigadas no bojo do “politicamente correto” e seus mecanismos de imposição arbitrária de “vontades de poder”.

4-CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho foi abordada a notícia de que um Hospital de renome, vinculado a uma Universidade tradicional no Brasil, viria realizando redesignações sexuais em crianças e adolescentes (menores de 18 anos), chegando a manipular crianças de 4 anos e talvez ainda menores.

A única conclusão possível é a de que se trata de gravíssima violação da legislação interna e internacional sob os aspectos juvenil, convencional, constitucional e criminal.

Incrível é que tal conduta seja perpetrada sem constrangimentos ou pudores à luz do dia e dos holofotes, embora nas trevas da consciência e da ilicitude.

Foi exposto que a ciência psicológica demonstra fartamente a absoluta incapacidade de crianças e mesmo de adolescentes para tomarem uma posição acerca de uma questão existencial de tamanha envergadura.

Trata-se do cometimento descarado de crimes em geral de “lesões corporais gravíssimas”, ou, no mínimo, graves ou leves a depender do caso concreto. Não há autorização de pais ou responsáveis que possa suprir a absoluta falta de legitimidade desses procedimentos numa análise minimamente razoável da condição de desenvolvimento de adolescentes e, principalmente, de crianças pequenas. Mas o fato é que esses crimes estão sendo praticados abertamente e às centenas sem que se veja mobilização imediata das autoridades responsáveis e nem mesmo manifestação de indignação social de maior monta. Não se vê o menor cumprimento da regra da “intervenção precoce” das autoridades competentes quando constatado perigo ou, no caso, já efetivas lesões a menores. O que se constata é um marasmo de quase todos diante da imposição colossal de uma ideologia que se sobrepõe à lei e até mesmo ao mais mínimo bom senso, enquanto todos se encolhem em sua omissão confortável.

É preciso ação que finalmente ponha cobro às diversas ilegalidades, inconveniências, inconstitucionalidades e crimes praticados nessas iniciativas deletérias. No mais, restará responsabilizar devidamente os criminosos mediante o devido processo legal após uma apurada investigação criminal.

5-REFERÊNCIAS

200 CRIANÇAS e adolescentes fizeram “transição de gênero” em Hospital da USP. Disponível em <https://www.brasilparalelo.com.br/noticias/200-criancas-e-adolescentes-fizeram-transicao-de-genero-em-hospital-da-usp> , acesso em 30.03.2023.

BOCK, Ana Mercês Bahia, FURTADO, Odair, TEIXEIRA, Maria de Lourdes. *Psicologias – Uma introdução ao estudo de psicologia*. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários ao Novo Código de Ética Médica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COSTA, Cristyan. Hospital da USP tem quase 300 menores de idade fazendo transição de gênero. Disponível em <https://revistaoeste.com/brasil/hospital-da-usp-tem-quase-300-menores-de-idade-fazendo-transicao-de-genero/> , acesso em 30.03.2023.

DOEDERLEIN, Natália. Projeto Proíbe Cirurgia de Mudança de Sexo em Menores de 21 anos. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/941218-projeto-proibe-cirurgia-de-mudanca-de-sexo-em-menores-de-21-> , acesso em 03.04.2023.

ESPAÑA aprova Lei que permite mudar de gênero sem Parecer Médico. Disponível em <https://www.publico.pt/2023/02/16/mundo/noticia/espanha-aprova-lei-permite-mudar-genero-parecer-medico-2039203> , acesso em 03.04.2023.

FELDMAN, Robert S. *Introdução à Psicologia*. Trad. Daniel Bueno e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 10ª. ed. Porto Alegre: AMGH, 2015.

FERNÁNDEZ-PACHECO, Gloria Alises. A importância da mediação no sistema de justiça juvenil espanhol: contributos para uma mudança. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (Coords.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NACIFF, Carolina. Reduzir a Idade Penal é Constitucional? Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Carolina_Naciff.pdf , acesso em 03.04.2023.

NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2002.

RENNER, Tanya, "et al." *Psico Série A*. Trad. Marcelo de Abreu Almeida Porto Alegre: AMGH, 2012.

RODRIGUES, Nelson. *Frases Inesquecíveis de Nelson Rodrigues – Só os Profetas Enxergam o Óbvio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2020.

SAX, Leonard. *Por Que Gênero Importa?* Trad. Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM, 2019.

SCALA, Jorge. *Ideologia de Gênero – O neototalitarismo e a morte da família*. São Paulo: Katechesis, 2011.

TRILLING, Lionel. *A Imaginação Liberal*. Trad. Cecília Prada. São Paulo: É Realizações, 2015.

VALADARES, Carol. Ministério da Saúde Habilita Novos Serviços Ambulatoriais para Processo Transexualizador. Disponível em <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2017/janeiro/ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transexualizador> , acesso em 03.04.2023.

VIVAS, Eliseo. *Marcuse em Julgamento*. Trad. Hélio Polvora. Rio de Janeiro: Bloch, 1972.

POR DENTRO DO “CASO CARANDIRU”. ANÁLISE DAS PRÁTICAS DE NECROPOLÍTICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. ESTUDO DO AUTORITARISMO LÍQUIDO E DAS PRÁTICAS DE EXCEÇÃO COMO FORMA DE POLÍTICA CRIMINAL.

JOÃO CARLOS CAMPANINI:

Advogado, Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP e Sócio administrador da Oliveira Campanini Advogados Associados.

No último dia 02 de outubro do ano que escrevi este artigo (2022), o episódio da invasão pela Polícia Militar paulista do Complexo Penitenciário do Carandiru completou 30 anos.

Conhecida internacionalmente como “Massacre do Carandiru”, a ação ocorreu após autorização do Governo do Estado e de sua Secretaria de Segurança para que policiais militares adentrassem à então Casa de Detenção de São Paulo para conter uma rebelião e acabassem ferindo de morte cento e onze presos. Naquela época, os crimes dolosos contra a vida de civis cometidos por militares eram integralmente analisados e julgados pela Justiça Militar; porém, durante a instrução do feito, chegou-se à segura conclusão do envolvimento de civis na ação (os políticos da época), ocasião em que o processo foi encaminhado à Justiça Comum pela incompetência do foro castrense paulista para julgar não militares.

Em que pese a sabida autorização (ordem) dos agentes políticos para a invasão da PM naquele estabelecimento correccional, uma vez que é da doutrina policial militar atuar somente sob ordem, acabou “estourando a corda” como sempre pelo lado mais fraco. Somente os policiais militares foram denunciados e condenados pelos homicídios²⁹. O Governador e seu Secretário de Segurança Pública, ambos oriundos do Ministério Público, foram, por seus antigos pares de Promotoria, “esquecidos no processo”, sendo apenas arrolados como testemunhas pela defesa dos PMs acusados.

A utilização de ações policiais por candidatos a cargos políticos eletivos não foi diferente em relação ao Coronel de Polícia Militar responsável pelo comando da tropa de choque que adentrou à Casa de Detenção naquele fatídico dia. Ubiratan Guimarães lançou-se candidato ao legislativo estadual paulista após os fatos, usando o número 14111, legenda que muitos sustentaram ser em referência aos cento e onze mortos na ação, embora o candidato sempre tenha sustentado que o número 111 era, na verdade, referência ao número de um cavalo do Regimento de Polícia Montada de sua PM que o tinha servido em provas de equitação quando sagrou-se vitorioso em competições.

²⁹ <https://exame.abril.com.br/brasil/carandiru-justica-condena-25-pms-a-624-anos-de-prisao/>

Ubiratan venceu as eleições como o candidato ao parlamento paulista e foi um dos criadores da famosa “bancada da bala”, presente até hoje em vários setores da política.

Vem de longe discursos populistas com o objetivo claro de atingir camadas mais vulneráveis da população que já estão cansadas de tanta violência.

A política do “bandido bom é bandido morto” ganhou força com ações de um famoso político brasileiro e ex-governador do Estado de São Paulo que, segundo informações de antigos militares paulistas, durante sua gestão, reunia equipes policiais no pátio do famoso batalhão Tobias de Aguiar, a ROTA, para nada menos que entregar envelopes com dinheiro, isso mesmo, dinheiro em espécie, para todos aqueles que, em confronto com a criminalidade, tivessem acabado por ferir de morte os infratores.

Nos últimos anos, principalmente pela ascensão via redes sociais de políticos com viés ideológico “de direita”, o incentivo ao aumento da letalidade policial ganhou força.

O presidente eleito em 2018, Jair Messias Bolsonaro, seguiu sustentando em suas declarações: “nós vamos brigar pelo excludente de ilicitude” (sic), “se alguém disser que quero dar carta branca para o policial militar matar, eu respondo: quero sim!”³⁰.

No executivo dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, principais centros brasileiros com alto índice de criminalidade, não foi diferente.

O candidato paulista mais votado em 2018, João Doria Júnior, pouco antes da eleição, declarou: “se fizer o enfrentamento com a polícia e atirar, a polícia atira, e atira para matar”³¹.

No Rio de Janeiro, estado com índice de criminalidade praticamente sem controle, o candidato eleito em 2018, Wilson Witzel, prometeu comprar drones e colocar atiradores de elite (snipers) com o objetivo de abater, isso mesmo, matar à distância todos aqueles que, com fuzis nas mãos, estivessem por colocar vidas em risco ao simplesmente deslocarem-se dessa forma por vias públicas³².

30 <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/14/bolsonaro-diz-que-quer-dar-carta-branca-para-pm-matar-em-servico.htm>

31 <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/a-partir-de-janeiro-policia-vai-atirar-para-matar-afirma-joao-doria.shtml>

32 <https://oglobo.globo.com/rio/witzel-flavio-bolsonaro-vaio-israel-comprar-drone-que-faz-disparos-23207611>

Em agosto de 2019, em ação do Batalhão de Operações Policiais Especiais (BOPE), um atirador de elite matou um homem que fazia refém a população de um ônibus na Ponte Rio-Niterói. Após a ação, o referido governador fez questão de ir, pessoalmente, cumprimentar o policial, descendo do helicóptero do governo com as mãos para cima em ritmo de comemoração pelo abate, como se comemorasse um gol de sua seleção em copa do mundo³³.

Infelizmente a atualidade vem mostrando que a cada dia mais policiais estão evitando a procura dos marginais e seu enfrentamento. Se fazem perseguições cinematográficas no encalço de um bandido pelas ruas do país e conseguem a prisão sem lesão à integridade física ou a patrimônio, quando muito, recebem parabéns atenuado de seus comandantes. Se a perseguição for frustrada por um acidente com a viatura, sairá do bolso do policial o conserto do instrumento de trabalho. Se durante a fuga o bandido ferir algum inocente, aparecerá o “estudioso de gabinete” para sustentar que a perseguição não deveria ter ocorrido, e por aí vão os exemplos de como é difícil ser policial em nosso solo e o maior exemplo de como a política usa o agente policial em seu favor e após o abandona é o famoso Caso Carandiru citado anteriormente.

Sendo este autor ex-oficial da policia militar e advogado que atua na defesa de agentes da segurança pública, muitos acreditam (por puro preconceito) que meu desejo seja conseguir uma maior liberdade na atuação do policial, ou então, lutar para que os responsáveis pela apuração dos fatos que envolvam a morte decorrente da intervenção policial sejam adeptos da violência desmedida ao fazer “vistas grossas” quando da morte de suposto infrator da lei em confronto com o Estado, mas isso não é verdade, sou da posição de que todo evento morte deva ser seria e minuciosamente apurado, pois somente com ética, senso de responsabilidade e justiça advindo daqueles que nos representam como sociedade é que poderemos deixar um futuro melhor para os nossos descendentes. Em contrapartida, dentro do estado policial de exceção que vivemos, precisamos analisar inúmeras questões antes de “condenar”, ainda que de forma moral, os agentes policiais que acabam levando à morte aqueles que, de fato, precisariam ser, na forma da lei, processados e condenados às nossas penas previstas, que possuem vedação constitucional de penas de morte em tempos de paz.

O uso da morte de civis pelas mãos dos órgãos de polícia como forma de estratégia política utilizada em nosso país sempre me fez refletir sobre de onde vieram suas fontes, pensamentos, estudos, etc, até que tive contato com o artigo: **AUTORITARISMO LÍQUIDO E AS NOVAS MODALIDADES DE PRÁTICA DE EXCEÇÃO NO SÉCULO XXI**³⁴, do eminente

³³ <https://www.folhavoria.com.br/geral/noticia/08/2019/foi-um-trabalho-de-excelencia-diz-witzel-sobre-acao-de-agentes>

³⁴ <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/download/769/pdf>

jurista PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO, professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, instituição educacional em que tenho o prazer de estar matriculado em curso de pós-graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito.

Em seu belíssimo e profundo estudo, Pedro Serrano inicia sustentando o fato de que, de forma diferente de como ocorreu nas ditaduras e Estados totalitários do século XX – suspensão de direitos do povo sob o discurso de enfrentar um inimigo que estava a balançar a soberania do Estado (judeu, ateu, comunista, etc) -, nos dias atuais, se fazem presentes duas formas de Estado:

- Um Estado democrático de direito, presente formalmente na Constituição Federal e acessível apenas a uma parcela da sociedade, aquela mais abastada, visível e com vida, de certa forma, privilegiada;

- Um Estado de exceção – adotado como técnica de governo, mas que não se assume como tal – Estado que denomina como ***governança permanente de exceção***.

Explicita que nos dias atuais esse estado de exceção existente não interrompe a rotina da nossa democracia, convive com ela de forma permanente, porém seu discurso é o mesmo: exterminar o inimigo que possa ameaçar a sobrevivência do estado!

Em meu estudo, da necropolítica como forma de controle da criminalidade, o pensamento de Serrano faz todo o sentido.

O autoritarismo líquido, segundo o jurista, é uma forma de **autoritarismo aperfeiçoada**, difícil de identificar. Tem uma aparência de respeito às instituições e ao estado de direito, sendo utilizada de forma fragmentada, cirúrgica, caso a caso, com destinatários específicos (não é para todos), uma vez que o objetivo é que não seja identificada como autoritária, ficando sob uma aparência de legalidade.

A ideia de ser assim é poder ter uma eficácia autoritária sem que o governo se declare autoritário, o que seria ruim nos dias atuais para qualquer governante. Como não se tem a figura clara do ditador, ou seja, o autoritarismo não parte de uma figura central, ele muito difícil de ser combatido, ele é fluido, produzido por vários órgãos e agentes públicos.

O mesmo estudo explica que na ditadura nazista os inimigos eram os judeus e os comunistas; na fascista, os inimigos eram a burguesia, o socialista e o comunista; na ditadura franquista, o inimigo era o comunista e o ateu; nas ditaduras militares da América Latina, incluindo o Brasil, era o comunista também. Nesses Estados autoritários a supressão de direitos políticos eram claros e ordenados por pessoas específicas e conhecidas (os

ditadores), e a sustentação de todos era no sentido de que tal governo teria o único objetivo de salvar o país, consubstanciando-se de forma temporária, mas que na verdade durou anos em todos os países.

Na atualidade, o autoritarismo líquido possui uma diferença crucial entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, seu *modus operandi*. Na Europa e nos Estados Unidos o agenciamento é feito pelos poderes executivo e legislativo para manter a soberania, e um exemplo disso é a autorização da prática da tortura contra terroristas (muçulmanos, por exemplo), algo criado após o triste episódio dos ataques às torres gêmeas no fatídico dia 11 de setembro de 2001. Na América Latina, quem agencia essa prática de autoritarismo é o sistema de justiça, sempre apoiado pela mídia para conseguir apoio da sociedade.

Voltando ao estudo da prática em nosso Brasil atual, temos que “o inimigo a ser combatido” se confunde com a figura mítica do “bandido”, agente da violência, que, por conta da **governança permanente de exceção** voltada a pessoas específicas, acaba por atuar fortemente contra parcela menos favorecida da sociedade – o pobre, morador da periferia – que, por conta de sua própria forma de existência, já sofre dia após dia com a inegável aporofobia³⁵.

Psicologicamente também, ainda que sem perceber claramente o fenômeno, a sociedade, que se faz fruto de uma união por referências de igualdade pela cultura, língua, geografia de onde reside, condição financeira, posição política, orientação sexual, etc, acaba por rejeitar os “desiguais”, enxergando-os como inimigos, chegando ao limite de considerar que tais “diferentes” são pessoas desprovidas da condição humana, ou seja, uma parcela da sociedade que pode e deve ser extirpada.

Quando falamos em “Necropolítica”, palavra criada pelo pensador camaronês Achille Mbembe, que dá nome à prática deliberada do Estado de causar a morte de pessoas envolvidas com o crime como forma de controle social, não podemos esquecer de que boa parte da mídia, que, com seus programas sensacionalistas divulgando os mais horripilantes crimes, cria na mente da população a ideia de que todo criminoso é incorrigível, tendo suas condutas cessadas somente com a morte.

Da mesma forma, o povo aterrorizado também só sente a “sensação de segurança” quando o sistema de justiça prende, ainda que de forma precária via de prisões provisórias, no profundo **processo penal de exceção** existente em nosso país, cuja estatística mostra que a maioria da população carcerária pendente de julgamento, não cometeu crime violento.

³⁵ De origem grega, á-poros (pobres) e fobos (medo), se refere ao medo e à rejeição aos pobres.

Por dentro do Caso Carandiru

Para analisarmos a questão política do caso, que ao meu ver é hipótese específica de autoritarismo líquido e necropolítica, imperioso conhecer o artigo: CARANDIRU – A JUSTIÇA, A POLÍTICA E A VERDADE INCONVENIENTE³⁶, escrito em 2 de outubro de 2017, de autoria de **Antonio Fernando Pinheiro Pedro**, um dos primeiros advogados criminalistas a atuar no processo, em 1993.

Em seu artigo, que possui base prática e de realidade, eis que participou ativamente de boa parte da instrução da apuração das mortes, cumpre-nos tecer comentários acerca do efetivo problema do malfadado caso criminal: a política por trás do trabalho policial.

Vejamos parte do informado por Pinheiro Pedro:

(...)

Trabalhei nesse caso, na fase em que foi submetido à Justiça Militar – e tenho responsabilidade na sua transferência para a justiça comum.

Como especialista em direito penal militar, defendi, como credenciado da Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de São Paulo, entre 1985 e 1995, quase dois mil policiais militares, em quinhentos julgamentos, na Justiça Militar do Estado e, também, na justiça comum, incluso algumas dezenas de júris.

Em 1993 fomos chamados, eu e meus colegas de CBPM, a defender os policiais submetidos ao inquérito policial-militar que apurou o caso da Casa de Detenção. A mim, competiu a defesa de mais de duas dezenas de policiais do 1º e 2º batalhão de choque da PM.

Pessoalmente, eu me encontrava em uma situação complexa, pois era, também, membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP – então extremamente engajada na apuração dos fatos.

Após consultar o presidente da Comissão, me declarei impedido de atuar nos assuntos relativos ao caso Carandiru, no bojo das atividades da CDH-OAB/SP. Assim, como expectador engajado, tudo vi – e nada pude fazer, no âmbito da OAB, para impedir o “circo” que

³⁶ Disponível em: <https://www.ambientelegal.com.br/carandiru-a-justica-a-politica-e-a-verdade-inconveniente/>

estava sendo armado por entidades de direitos humanos, militantes de esquerda, parlamentares, advogados, promotores de justiça, procuradores da república, governo federal e o próprio governo estadual, durante o inquérito e posterior processo penal militar relativo ao caso.

Atuei, no entanto, com firmeza, até a decisão da Justiça Militar de transferir o caso para a justiça comum – acatando tese por mim defendida em plenário do Conselho Especial de Justiça Militar.

Pressão, “despolitização” e transição

Dou meu testemunho: tive que enfrentar momentos de tensão, quando de forma solitária, requeri, como defensor, a oitiva do Governador do Estado, Fleury, e do Secretário de Segurança, Pedro Franco de Campos, cujos depoimentos, pasmem, não haviam sido requeridos pelo Ministério Público e nem pelo juízo auditor da justiça militar.

Sofri pressão de todos os lados. Com a promoção, escrita a caneta nos autos, solicitando a providência, eu havia quebrado um “pacto tácito” de blindagem das autoridades civis envolvidas, com o qual estavam acordes operadores no processo e até mesmo entidades de direitos humanos que constantemente vistoriavam os autos.

O pacto visava “despolitizar” o processo. Despolitizar, porém, em termos bíblicos, pois todos – políticos, juristas e instituições de Estado – ao omitirem deliberadamente a participação civil no íter decisório que resultou nas 111 mortes, agiam como que em conluio para transformar a Polícia Militar no único e grande “bode na sala” sobre o qual expiaríamos suas culpas...

Apesar das ponderações, insisti nas oitivas. Fleury e Pedro Franco foram ouvidos, em circunstâncias “kafquianas” – como é fácil presumir da leitura das atas e certidões nos autos do processo. Seus depoimentos, no entanto, deixaram claro que a decisão de invadir o pavilhão onde se desenvolvia a rebelião não foi adotada sem causa e sem envolvimento das autoridades presentes ao local.

Então, o Conselho Especial de Justiça Militar, em sessão histórica, decidiu pela remessa dos autos à justiça comum, suscitando conflito negativo de competência – antes da propositura e entrada em vigor

da famosa Lei Hélio Bicudo (que fixava a competência do júri para homicídios envolvendo policiais militares e civis).

O motivo do Conselho Especial de Justiça Militar era simples: a decisão pela invasão não partiu dos réus e, sim, das autoridades civis envolvidas e não denunciadas. Nesse caso, a apuração do envolvimento teria que envolver o até então já processado e outras diligências que refugiam à competência da justiça militar, devendo o caso seguir para a justiça comum.

Era tudo o que a classe política paulista não queria. E pelo visto o judiciário comum também, pois a falha apontada pela justiça militar jamais foi corrigida.

Essa falha – não inclusão das autoridades civis envolvidas, somada à ausência de provas essenciais – como a confrontação balística, permaneceram nos autos. Assim, é de se concluir que o processo, de fato, já nascia morto...

Encaminhados os autos para a justiça comum, tratei de tirar o meu escritório do caso – o que não impediu de continuar acompanhando, de fora, com atenção, o desenrolar dos fatos.

Desde o início a política substituiu a justiça

Poucos hoje se lembram mas... as circunstâncias do caso foram, no mínimo, sórdidas, em vários aspectos, vitimando policiais e detentos.

Uma briga de presos por conta de atrito de gangues de traficantes e uma disputa inusitada pelos favores sexuais de um tal de “Barba” foi o estopim para um tumulto sangrento que já estava produzindo mortos antes da invasão se processar.

Era véspera das eleições municipais. A disputa estava acirrada, sendo que o candidato preferido do governador se encontrava em situação eleitoral delicada, razão pela qual governo e autoridades civis hesitaram em autorizar a repressão durante o dia e... ao depois, de forma atabalhoada, por temor do conflito se estender no dia das eleições, resolveram ordenar a invasão no final da tarde, após as 18 horas. Produziram um enfrentamento sangrento em final de expediente...

A contagem de votos, no dia seguinte, foi simultânea à “contagem” de mortos do conflito (cujos números, sabidos oficialmente poucas horas depois dos fatos). Os números foram sendo divulgados a conta-gotas, confundindo cidadãos, familiares, mídia e o próprio governo). Revelada então, na sua inteireza, toda a tragédia, governador e secretário se recolheram ao famoso “vamos apurar os excessos” e... a polícia militar, executora de uma ordem que ninguém assumiu ter dado, recebeu toda a carga da responsabilidade institucional.

Assim, todos os politicamente envolvidos na sucessão de episódios, estão até hoje manchados pelo sangue da tragédia. Os fantasmas assombram o horizonte de suas trajetórias.

Há outro aspecto comparativo de importância histórica, e politicamente bastante inconveniente.

Seis anos antes do caso da Casa de Detenção, a Penitenciária do Estado havia sofrido rebelião semelhante, circunstancialmente mais complexa. A repressão ocorreu de forma igualmente sangrenta, resultando em 46 mortos.

Ninguém menciona o caso, por um motivo simples: o governador do estado (Orestes Quercia), na mesma noite, foi à mídia e declarou de viva voz assumir ter dado a ordem face à gravidade da situação e, portanto, transferiu para sua pessoa a responsabilidade política pelo fato.

A assunção política da decisão – corajosa e objetiva – encerrou a questão no aspecto jurídico – reduzindo o fato às apurações residuais dos excessos.

No caso do Carandiru, porém, tudo ocorreu em plena vigência da “República dos Promotores”.

O governador era promotor de justiça, o secretário da segurança, promotor de justiça, a comissão especial dos governos estadual e federal, encarregada da apuração dos fatos, formada também por promotores de justiça (alguns aposentados) e os inquiridos, acompanhados necessariamente por promotores de justiça.

Com excesso de promotores de justiça, o fato é que NINGUÉM assumiu a ordem dada, e também ninguém se preocupou em sabê-

lo, não existindo um núcleo político da decisão que politizasse o fato e, portanto, desjudicializasse a questão.

O Ministério Público é um organismo de Estado. Não teve culpa de em certo momento ter tantos representantes no governo... Assim sendo, tornou-se vítima das circunstâncias e, com isso, reconhecidamente se perdeu nas filigranas dos processos políticos, incorrendo nos erros que agora justificaram a anulação das condenações.

A judicialização, da forma como se deu, foi fruto da omissão institucional.

Portanto, um ato político.

A política, assim, foi pivô do conflito, fator do desgaste, mote da acusação e “rainha das provas” na condenação falha dos policiais militares.

(...)

Analisando a história narrada pelo causídico, podemos notar claramente que a invasão do Carandiru foi, no Estado de São Paulo, o maior exemplo de autoritarismo líquido e de necropolítica, uma vez que, por parte dos governantes da época, o ato de autorizar a entrada de homens da ROTA – a mais mortífera força policial militar da época – com armas letais dentro de um presídio como o Carandiru, deveria, no mínimo, ter enquadramento em homicídio doloso por dolo eventual.

Interessante e correto pensamento de Pedro Serrano no artigo que aqui analisamos diz respeito ao autoritarismo líquido nos países em desenvolvimento, como o Brasil, ser efetivado não pelos poderes executivo e legislativo, mas pelo sistema de justiça. No Caso Carandiru, entendo ter ocorrido um misto nessa prática, parte dessa necropolítica foi realizada pelo executivo (governador do Estado via de sua secretaria de segurança – com a PM na ação e a polícia científica nas perícias) e outra parte pelo poder judiciário, que, desde o episódio, força alguma fez para que o processo tivesse um desfecho em tempo razoável.

Talvez o maior exemplo de lentidão (inércia) da investigação, com o objetivo cristalino de dificultar o julgamento seja a perícia de balística – imprescindível para a individualização das condutas dos agentes – que consistia no exame de nada menos que 392 armas em confronto com cada um dos 535 projéteis que teriam sido apreendidos nos

corpos dos detentos. Algo inexecuível na época para o Instituto de Criminalística paulista, seu chefe, oficiado para a realização dos referidos exames, chegou a declarar que com os recursos humanos, materiais e tecnológicos que dispunha, **levariam pelo menos setenta anos para a conclusão dos trabalhos**, não cumprindo aquele órgão a referida determinação judicial até os dias atuais, trinta anos após os fatos.

A pergunta que fica é: será que com apoio de outros institutos de criminalística do país em hipótese de apoio/cooperação, algo que vimos nos maiores acidentes aéreos brasileiros, onde era preciso, em poucos dias, identificar centenas de vítimas fatais carbonizadas, teríamos, em tempo razoável – até vinte anos, que fosse, prazo máximo previsto pela nossa lei para a apuração e julgamento do homicídio qualificado, ao menos a confrontação balística para que fosse dado a *Cesar o que é de Cesar*?

Evidente que não havia qualquer interesse no andamento escorregado desse processo, que acabou por ter seu trânsito somente no ano de 2022, após, nova formação da velha “República dos Promotores” citada por Pinheiro Pedro em seu artigo/história, resolver, também “esquecendo” de seus antigos pares de Ministério Público, fazer estourar a corda pelo lado mais fraco, dos policiais militares, que nada mais foram que os braços armados daquele cérebro político artilheiro voltado a uma política criminal voltada ao justicamento.

Conclusão

Passados trinta anos desse episódio que marcou profunda e negativamente a política estatal paulista voltada ao sistema carcerário, o evento ainda está longe da efetivação da verdadeira justiça.

Os políticos responsáveis pelo mando da ação nunca sentaram no banco dos réus.

Perícia séria jamais foi realizada, eis que, até o momento, sequer se sabe quem feriu mortalmente quem, apenas sabemos que o Estado feriu, “de morte”, uma das regras mais basilares e imprescindíveis do processo penal, **a individualização da conduta**, fazendo com que cada um dos 74 policiais militares réus fosse condenado pela maciça maioria das mortes³⁷, como se cada vítima tivesse, dezenas de vidas.

Os jurados que condenaram os réus jamais viram suas decisões serem efetivamente cumpridas.

³⁷ O Ministério Público requereu a absolvição dos PMs em relação às vítimas fatais feridas por arma branca, entendendo pela falta de provas da autoria pelo fato de que detentos rebelados em rixa também estavam na posse dessas armas. Dessa forma, os PMs não foram responsabilizados pela totalidade dos homicídios (cento e onze).

Os magistrados responsáveis pelo desenrolar do feito nos tribunais seguem a passos lentos.

Os réus, todos com avançada idade e muitos com problemas de saúde, seguem, dia após dia, lutando contra o medo de serem encarcerados após o trânsito em julgado de um processo que só existiu contra eles por duas razões: serem militares e, portanto, obrigados a cumprirem ordens, ainda que ilegais³⁸; e, estarem escalados para o serviço naquele fatídico dia.

A nova geração do Ministério Público paulista segue na tentativa de mostrar-se fiel à lei e aos direitos humanos, divulgando em suas páginas digitais suas “vitórias” no caso, no mesmo ideal lançado por Pinheiro Pedro em sua narrativa, ainda preservando os antigos colegas de instituição e despolitizando o evento.

O autoritarismo líquido, que faz da necropolítica uma ação de Estado para combater o crime e o processo penal de exceção continuam, a todo vapor.

Os organismos de direitos humanos que buscam a responsabilização dos responsáveis pelo evento seguem sem respostas e a facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), sustentada por alguns ter sido criada em represália ao episódio prisional de 2 de outubro de 1992, segue cada vez maior, mais perigosa e cada vez menos controlada pelo Estado.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Encarceramento em massa: ineficaz, injusto e antidemocrático**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/encarceramento-em-massa-ineficaz-injusto-e-antidemocratico/>. Acesso em 20 de agosto de 2022.

38 João Roth e Iremar Aparecido da Silva Vasques fazem uma análise da obediência hierárquica no Código Penal Militar. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/artigos-ineditos-ordem-ilegal-deve-ser-cumprida-a-obediencia-hierarquica-do-militar/>

CONCURSO DE AGENTE NO CRIME DE INFANTICÍDIO

ANA GABRIELA DE AGUIAR LIMA:

Advogada. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela UFPE. Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Membro da subcomissão de estudos sobre o Tribunal do Júri na OAB/PE.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo o estudo do crime de infanticídio descrito no artigo 123 do Código Penal brasileiro. Crime classificado como próprio ou de mão própria, uma vez que, o delito só poderá ser cometido por um sujeito ativo específico contra um sujeito passivo específico. O crime tem como fundamento a influência do estado puerperal, uma condição médica de transtorno mental que a mulher sofre em decorrência do ato de dar à luz. Para se chegar à conclusão que o crime ocorreu em virtude da influência do estado puerperal, o Direito se vale da Medicina Legal que fornece através de um laudo técnico a prova de vida, realizada pela Docimasia Hidrostática de Galeno. O infanticídio não admite a modalidade culposa, sendo o mesmo punível somente a título de dolo. No entanto, admite-se a prática do crime em concurso de agente. Tal colaboração se dá na forma de participação, pois àquele que auxilia a mãe a matar o próprio filho o faz a pedido dela, ou sob a forma de induzimento ou instigação. Não obstante, a forma como o terceiro será penalizado é objeto de grande discussão no âmbito do Direito Penal bem como o cerne do presente estudo.

Palavras-chave: Infanticídio. Estado puerperal. Concurso de Pessoas.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Construção do Crime de Infanticídio. 2. Análise do Infanticídio em diversos momentos e em diferentes culturas. 3. O Crime de Infanticídio no Código Penal. 4. Concurso de Pessoas. 5. Concurso de agente no crime de Infanticídio. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará o tema Concurso de agentes no crime de infanticídio, tendo por base o crime tipificado no art. 123 do Código Penal Brasileiro de 1940 que foi fortemente influenciado pelo Código Penal Suíço de 1937.

O objetivo deste trabalho consiste em expor a divergência doutrinária existente em relação ao enquadramento do terceiro colaborador que atua em concurso com a mãe

infratora à legislação pátria, bem como pontuar alguns institutos tratados na lei penal, a saber, o concurso de agente, estado puerperal comunicabilidade de circunstâncias e elementares entre outros.

Por ser o infanticídio uma prática atual, porém bastante antiga, traçando-se uma linha histórica, observa-se que desde sempre tais condutas foram repudiadas pela sociedade e pelos aplicadores da lei, por ser totalmente desprovido de lógica o fato de a mãe, geradora de vida, sinônimo de proteção e amor, afastar todos esses preceitos e vir a matar o próprio filho que concebeu em seu ventre.

Não obstante, como será visto a pena cominada para o referido delito, com o passar dos anos teve considerada redução se comparada à pena imposta na sociedade medieval, onde tais infratoras eram punidas com a morte.

A dosimetria da pena consistirá no objeto de estudo merecedor de maior atenção em razão de haver uma relevante discussão doutrinária acerca da punição do terceiro – partícipe no delito em tela. Considerando que o terceiro atua de forma racional e intencional, e a parturiente, por outro lado, atua psicologicamente abalada, por estar sob influência do estado puerperal, estado esse, questionado por muitos operadores e estudiosos do Direito, visto que, o estado puerperal não possui se quer uma duração definida que o torne uma condição veiculadora de segurança jurídica. Desse modo, necessário se faz refletir acerca da atual redação que considera razoável equiparar o terceiro com a mãe infanticida beneficiando àquele com a mesma pena imposta a esta, sendo a mesma considerada pelo Direito como uma transitoriamente incapaz, mais merecedora de cuidados médicos.

No Primeiro Capítulo será abordado o conceito do crime de infanticídio, bem como serão indicados as elementares do tipo penal em estudo de maneira sucinta no desenrolar do capítulo de elencados de forma linear e sequencial. Será explanado também o conceito de crime privilegiado, tecendo um breve resumo acerca da inclusão do infanticídio no rol dos crimes definidos como privilegiados.

Abordar-se-á, ainda, sobre o estado psicológico das parturientes e quais os critérios utilizados ao longo dos anos para justificar a prática do delito, entre eles, destacam-se o critério psicológico e o critério fisiopsíquico, atualmente adotado.

No Segundo Capítulo, será analisado como as gerações passadas, em diferentes épocas e culturas lidaram com a prática deste delito. Destacando-se, dentre os demais, o infanticídio indígena praticado em tribos brasileiras de forma costumeira colidindo com os Direitos Fundamentais preceituados na Constituição Federal.

Mais adiante, no Capítulo III, observar-se-á o tratamento dado ao crime de infanticídio pela legislação penal brasileira. No Capítulo IV, será introduzido o instituto denominado Concurso de Agentes que servirá como base para estudo posterior do Capítulo V que trata do Concurso de Agente no Crime de Infanticídio, onde serão colocadas as posições doutrinárias favoráveis e contrárias bem como suas justificações.

Aponta-se para fins de registro, que o método indutivo foi o critério escolhido e a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica.

1. CONSTRUÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO

1.1 O Conceito do Crime de Infanticídio

Do latim *infanticidium*, significa morte de criança, especificamente o recém-nascido³⁹. O infanticídio está localizado na parte especial do código penal brasileiro, no primeiro capítulo elencado nos crimes contra a vida, sendo esta, a vida, objeto de maior proteção do Estado Democrático de Direito, classificado como um direito humano fundamental, um bem maior. O crime de infanticídio definido no art. 123 do código penal consiste em “Matar, sob influência de estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Pena - detenção, de dois a seis anos”.

Num exordial comentário ao estudo do conceito do crime de Infanticídio, temos como pressupostos para ocorrência do referido crime, a figura da mãe, autora do delito, sujeito ativo principal, classificando o crime como próprio, pois apenas a genitora tem possibilidade de cometer o delito. Em segundo lugar, a elementar faculdade de matar sob influência do estado puerperal, peculiaridade na caracterização do crime. Neste sentido, Fernando Capez, mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, ensina que crimes próprios só podem ser cometidos por determinada pessoa ou categoria de pessoas, como o infanticídio (só a mãe pode ser autora) e os crimes contra a administração Pública (só o funcionário público pode ser autor) ⁴⁰. No polo passivo, figura o próprio filho - o recém-nascido ou o feto nascente. E por fim, determinando o limite temporal, os termos “durante o parto” ou “logo após”.

1.2 Crime Privilegiado

A natureza jurídica de crimes privilegiados, por assim dizer, diz respeito à redução de pena obrigatória. Em verdade, trata-se de causas especiais de diminuição de pena. O Infanticídio é um crime privilegiado por considerar que a executora do delito, trata-se de

³⁹ INFANTICÍDIO. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral - 13. ed. – São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007 p. 185.

uma incapaz em avaliar a intensidade do delito que se está cometendo, em virtude de alterações fisiológicas - Estado puerperal.

O infanticídio foi adotado pela primeira vez como crime privilegiado no Código Penal Austríaco, em 1803. A começar do século XVIII, entretanto, operou-se um movimento, entre os filósofos do direito natural, no sentido do abrandamento da pena do infanticídio. Sob o influxo das novas ideias, na legislação passaram a considerar o infanticídio, quando praticado *honoris causa* pela mãe ou parentes, como um *homicidiumprivilegiatum*. 41

O Código Penal no seu art. 121, §1º diz que: Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Eis a hipótese de homicídio privilegiado, sendo considerado de fato, menos gravoso que o homicídio simples.

Damásio de Jesus considera como figuras típicas do crime de homicídio privilegiado as seguintes hipóteses de circunstâncias subjetivas:

1. O sujeito comete o fato impelido por motivo de relevante valor social;
2. Comete o fato impelido por motivo de relevante valor moral;
3. O delito é cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação do ofendido.

O Relevante valor moral acima suscitado como causa subjetiva para prática do ato delituoso refere-se a uma situação que trará um bem para coletividade, um ato praticado em prol do bem comum. O valor moral refere-se exclusivamente ao indivíduo que sofreu determinada agressão física ou psicológica. Já a violenta emoção, situação mais comum no âmbito jurídico, diz respeito ao estado de ânimo do indivíduo que pratica tal delito em virtude da injusta provocação. 42

Não há elementos ou elementares, mas circunstâncias legais especiais ou específicas. São dados eventuais, que não interferem na qualidade do crime, que permanece o mesmo (homicídio), mas na qualidade da pena. Diante disso, na hipótese do concurso de agentes, tais circunstâncias são comunicáveis entre os concorrentes (CP, art.

41 HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Volume V – 5º ed. – Belo Horizonte: FORENSE 1979, p. 241.

42 JESUS, Damásio De. Direito penal 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio/ Damásio de Jesus. – 32. Ed. – São Paulo: Saraiva 2012, p

30). Os motivos e relevante valor social e moral estão previstos no art. 65, III, a, CP como circunstâncias atenuantes. Aqui, o legislador transformou tais circunstâncias em causas de diminuição de pena. Quando isso ocorre, não incidem as atenuantes genéricas. De outra maneira, o homicídio seria beneficiado duas vezes em face do mesmo motivo. 43

O Código Penal é redundante ao falar em motivo social moral, uma vez que, segundo eles, um abrange o outro. Na verdade, as duas expressões evitam interpretação duvidosa. Motivo de relevante valor social ocorre quando a causa do delito diz respeito a um interesse coletivo. A movimentação, então é ditada em face de um interesse que diz respeito a todos os cidadãos de uma coletividade. Se o sujeito, levado a erro por circunstâncias supõe a existência do motivo (que na verdade inexistente) aplica-se a teoria do erro de tipo (CP, art. 20), não se afastando a redução da pena. A última figura típica privilegiada descreve o homicídio cometido pelo sujeito sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação do ofendido.⁴⁴

Sob esse aspecto, importante se faz esclarecer a diferença entre atenuantes, agravantes e privilegiadoras que tem papel de suma importância no instante em que o juiz estabelece a pena, ou seja, na dosimetria da pena no caso concreto.

O artigo 68 do código penal brasileiro adotou o modelo trifásico no que tange a fixação da pena. Primeiramente, ao fixar a pena base, o juiz deve observar os requisitos determinados no art.59 do CP. Posteriormente, devem ser observadas as atenuantes e ou agravantes contidas nos artigos 61 e 65 do CP conforme a necessidade de aplicação em cada caso concreto. Finalmente, após a fixação das penas supramencionadas, serão aplicadas as causas de aumento ou diminuição de pena, comumente intituladas de privilegiadoras.

1.3 Estado mental das parturientes

Para se chegar a uma conclusão referente a real motivação e ou o conjunto de reações que ocasionam a prática do crime de infanticídio, necessário se faz explanar as principais correntes acerca do referido delito: O critério psicológico – a defesa da honra e o critério adotado atualmente – o estado puerperal.

O critério psicológico parte do pressuposto que a mulher comete o delito com o intuito de preservar sua honra sexual, e suprimir uma gravidez indesejada. Genival Veloso

43 JESUS, Damásio De. Direito penal 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio/ Damásio de Jesus. – 32. Ed. – São Paulo: Saraiva 2012, p

44 JESUS, op., cit., p. 95.

de França, com eloquência, descreve em sua obra, o drama vivido por mulheres nesta situação:

‘De princípio, consegue a mulher esconder a prova do pecado, mas a cada dia começa a crescer o perigo do escândalo que a gravidez lhe trará. Perde a coragem de simular um sorriso, o ânimo é enfraquecido e as ideias e os sentimentos descoordenados e desconcertantes. Já não demora o tempo em que se tornará difícil esconder o momento fatal da desgraça, da desonra e da humilhação ante uma família e uma sociedade impiedosa e inclemente. Um abismo de nuvens negras e tempestuosas, noites intermináveis que abrem naquela alma insondáveis mistérios. A piedade, até mesmo o último dos sentimentos que é a piedade, lhe é negada antes mesmo de pedi-la, porque pedi-la seria vergonha e merecê-la, uma desonra. Ter o filho, desonra mais grave e consequências mais drásticas. Chega a hora fatal: sua alma é tomada de agitações que beiram o desatino, a dor fere-lhe o corpo inteiro numas contrações que se sucedem cada vez mais rápidas, a fronte borbulhante de suor e as mãos em garra procuram segurar qualquer coisa como o pobre náufrago que se apega a tábua de salvação. Nasce o filho e há um momento de alívio e surpresa, mas lhe destrói o último baluarte de defesa – a esperança – que, mesmo sendo remédio para todos os males e recurso inesgotável dos aflitos, não lhe pode socorrer. E ela, num momento instintivo, é levada automaticamente contra a prova de vergonha, e assim se efetiva o infanticídio. 45

*Nesse contexto, o autor traz uma reflexão ao afirmar que o fundamento da honoris causa representa uma flagrante confissão de que a sociedade não evoluiu nos seus conceitos e nem se redimiu de seus preconceitos falsos, posto que nenhuma gravidez pode ser considerada imoral, a não ser que os propósitos que a motivaram sejam ilícitos e imorais, indagando ainda “será que a prática do infanticídio restitui a honra de alguém?”.*⁴⁶

No entanto, a legislação penal de 1980, ao disciplinar o instituto do infanticídio, não mais considerava como fundamento para ocorrência do crime a “defesa da honra”.

45 FRANÇA, Genival Veloso De. Medicina Legal / Genival Veloso de França. – 9. ed.- Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012. P. 329.

46 FRANÇA, op. cit., p. 330.

Com o advento do Código Penal de 1940, o infanticídio passou a ter como causa de atenuante da pena, a elementar influência do estado puerperal – critério fisiopsíquico.

Baseado nos estudos da medicina legal, Genival Veloso de França⁴⁷ explica que para configuração do delito de infanticídio, faz-se necessário, ser a mulher portadora de grave perturbação psicológica, motivada pelo chamado estado puerperal e capaz de levar ao gesto extremo. A princípio, está estabelecido que o parto em si mesmo não leva a mulher à transtornos psíquicos graves, mas a pequenas alterações emotivas, levadas pelas dores e pela emoção que normalmente se apoderam da parturiente, como por exemplo a " *a maternity blues*" ou *tristezas do parto*. O autor ressalta que, as formas mais autênticas de patologia mental são caracterizadas por manifestações anteriores e agravadas pela gravidez e pelo parto, por estados de alienação existentes, pela psicose pós-parto de origem toxinfeciosa, de manifestações mais ou menos prolongadas, de forma confusional, delirante, maníaca e melancólica.

[...] Em resumo, deve o exame pericial do estado mental da infanticida apurar:

1. Se o parto transcorreu de forma angustiante ou dolorosa;
2. Se a parturiente, após ter realizado o crime, tratou ou não de esconder o cadáver do filho;
3. Se ela se lembra ou não do ocorrido ou se simula;
4. Se a mulher tem antecedentes psicopáticos ou se suas consequências surgiram no decorrer do parto;
5. Se há vestígios de outra perturbação mental cuja eclosão, durante o parto ou logo após, foi capaz de levá-la a praticar o crime.

Nesse diapasão, Willian Douglas, de uma forma simples e prática, faz uma diferenciação entre puerpério e estado puerperal: "Este diz respeito à situação que passa a mulher que tem um parto ou abortamento". Não se confunde com o "estado puerperal", situação mental de alteração transtorno mental que sucede o parto. O Puerpério se inicia com a eliminação da placenta e termina com o reinício dos ciclos menstruais. O estado puerperal tem duração ainda não bem delimitada. Os dois termos não se equivalem, uma vez que toda mulher em estado de gravidez desejada ou não passa pela fase do puerpério. O presente autor traz em sua obra, as diferentes fases dos puerpério, iniciando pelo puerpério imediato, que tem início logo após a expulsão da placenta e demais membranas materno-fetais, esta fase dura, em média, sete dias. O puerpério tardio corresponde ao

47 FRANÇA, op. cit., p. 339.

período de “resguardo”, de 30 a 40 dias. O puerpério longínquo, dura cerca de três a seis meses, encerrando-se com o término da lactação e o retorno dos ciclos menstruais. 48

HUNGRIA traz a baila outra “motivação”, circunstância que resulta na morte da criança. Excluindo o fator fisiopsíquico, atestado pelo laudo pericial médico-legal. Nesse contexto, refere-se o autor, aos casos de homicídio frequentemente praticado em dias atuais, principalmente nas camadas sociais desprovidas de educação, informação, saúde, equilíbrio financeiro, etc. Em situações como essa, não há que se falar em incidência do estado puerperal na parturiente, vez que, a mãe, com o intuito de esquivar-se de suas responsabilidades familiares, mata o próprio filho de maneira calculada, fria e perversa. Sobre o assunto, disserta HUNGRIA: “Não basta o fato, puro e simples, de ter sido o infanticídio praticado pela mãe durante o parto: é necessário que haja um vínculo causal entre o estado puerperal e a ocisão da criança. É bem certo que tal relação pode deixar de existir, isto é, nem sempre o estado puerperal acarreta perturbação psíquica, na espécie, *o privilegium legal*. Pode ser inexistente a desnormalização do psiquismo da parturiente, e apresentar-se um crime cometido num estado particular de responsabilidade atenuada, mas um crime friamente calculado e perversamente executado”. E prossegue ensinando que [...] é de acentuar-se que, pelo menos no Brasil, o infanticídio, via de regra, é um crime de mulheres das camadas inferiores da sociedade, entre as quais, pela sua própria frequência, a gravidez ilegítima não importa a *necessitas cogens* da ocultação da desonra. Os equívocos judiciais, facilmente ensejados pelo regime do código de 90, já não poderão, pelo sistema do código atual o motivo de honra até em casos de cruel egoísmo ou pura malvadez.⁴⁹

Utilizando-se de conceitos da medicina legal, consideram-se necessários para caracterização do crime de infanticídio os elementos abaixo:

- 1) Prova de ser nascente;
- 2) Prova de infante nascido;
- 3) Prova de recém-nascido;
- 4) Prova de vida extra-uterina autônoma;
- 5) Época da morte;

48 SANTOS, William Douglas Resinente Dos. Medicina Legal à luz do Direito Penal e Processual penal. – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2003. p. 188-189.

49 HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Volume V – 5ª ed. – Belo Horizonte: FORENSE 1979. p. 246.

- 6) Diagnóstico da causa jurídica da morte do infante;
- 7) Exame somatopsíquico da puérpera.

1.4 Ser nascente e Infante nascido

O ser é considerado nascente no momento em que está desprendendo-se do ventre materno, mas ainda não atravessou totalmente o orifício externo do útero, bem como respirou. Quando ocorre infanticídio nesta fase do parto, ou seja, “durante o parto” é imprescindível um laudo técnico da perícia médico-legal, para comprovação dos fatos, constatação do lapso temporal, bem como para instrução do processo, auxiliando o juiz em sua decisão.

Como o infanticídio também se verifica “durante o parto”, é necessário estabelecer nessa circunstância o estado de feto nascente. [...] O feto nascente apresenta todas as características do infante nascido, menos a faculdade de ter respirado. No infanticídio de feto nascente, as lesões causadoras de morte estão situadas nas regiões onde o feto começa a se expor e têm as características das feridas produzidas *in vitam*. Por outro lado, o infante nascido, diz o autor, é aquele que acabou de nascer, respirou, mas não recebeu nenhum cuidado especial.⁵⁰

1.5 Recém-nascido

Recém-nascido comporta o período a contar dos primeiros cuidados com o bebê como higienização corporal até o sétimo dia do nascimento. Em outras palavras, Genival Veloso de França com fulcro na medicina legal, ensina que o estado de recém-nascido é caracterizado pelos vestígios comprobatórios da vida intrauterina. Tem o recém-nascido um estágio que vai desde os primeiros cuidados após o parto até aproximadamente o 7º dia de nascimento. O autor esclarece ainda que em pediatria, considera-se até o 30º dia, o que é perfeitamente aceitável sob o ponto de vista clínico-terapêutico. ⁵¹

Nas palavras de CROCE, Infante nascido, por sua vez é o que acabou de nascer, isto é, o que tendo sido expulso do álveo materno, não recebeu nenhuma assistência, especialmente quanto à higiene corporal, ou ao tratamento do cordão umbilical. É por isso que o corpo apresenta-se, total ou parcialmente, recoberto por sangue materno ou fetal, o que se reveste de fundamental importância para a afirmação pericial de que o crime ocorreu “logo após o parto”. De importância é, também, a observação pericial de vários

50 FRANÇA, Genival Veloso De. Medicina Legal / Genival Veloso de França. – 9. ed.- Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012. p. 331

51 FRANÇA, op. cit., p. 331

elementos, como o induto sebáceo ou vérnixcaseosum, o tumor do parto, a expulsão de mecônio, e a respiração autônoma. 52

De forma mais clara, explica William Douglas dos Santos, 53 [...] são sinais orientadores para confirmação que o bebê estava nascendo o induto sebáceo sobre a pele, tumor do parto, expulsão do mecônio, o estado do cordão umbilical e a presença de ar no estômago, sinais estes obtidos através das docimias respiratórias e circulares.

Mais adiante, o autor descreve características observadas nos primeiros dias do recém-nascido, peculiaridades inerentes à condição de qualquer neonato, fundamentais para instruir o laudo pericial, uma vez que demonstrado que a criança tratava-se de recém-nascido, caracteriza-se o infanticídio.

Algumas horas ao fim do primeiro dia, o recém-nascido apresenta algumas alterações como involução do tumor de parto, presença do induto sebáceo, coto do cordão achatado e começo da formação da orla de eliminação, expulsão de mecônio e início de mielinização do nervo óptico. No segundo dia observa-se tumor do parto mais reduzido, início de descamação epidérmica do tórax e do abdome, presença de mecônio e dissecação do coto do cordão umbilical mais acentuada. No terceiro dia: descamação epidérmica, queda do coto do cordão umbilical, desaparecimento do tumor do parto, nervo óptico inteiramente mielinizado. No sexto e sétimo dia: recenticidade da cicatriz umbilical, descamação epidérmica, início da obliteração dos vasos umbilicais. Do oitavo dia em diante: obliteração dos vasos umbilicais e descamação da epiderme até o décimo dia. 54

1.6 Vida extra-uterina autônoma

O meio pelo qual se verifica se há ou não existência de vida extrauterina, é obtida através das docimias, que são provas baseadas na possível respiração do infante-nascido ou do recém-nascido.

Valendo-se novamente da ciência médica, especificamente a medicina legal, CROCE 55 esclarece sobre o tema ao afirmar que para a comprovação do nascimento com vida, ou seja, de que o ser humano respirou, utiliza-se obrigatoriamente um conjunto de provas denominadas docimias (do grego *dokimasia*, indagação), e pelas provas

52 CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. Manual de Medicina Legal. São Paulo: Saraiva 2012. p. 591.

53 SANTOS, William Douglas Resinente Dos. Medicina Legal à luz do Direito Penal e Processual penal. – 5º ed. – Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2003. p. 186.

54 SANTOS, William Douglas Resinente Dos. Medicina Legal à luz do Direito Penal e Processual penal. – 5º ed. – Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2003. p. 186.

55 CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. Manual de Medicina Legal. São Paulo: Saraiva 2012. p. 593.

ocasionais. As docimias baseiam-se na possível existência de sinais de vida, manifestados principalmente nas funções respiratórias, digestivas e circulatórias. O autor destaca oportunamente que o laudo pericial deve obrigatoriamente esclarecer qual a docimasia pulmonar ou respiratória empregada para a afirmação conclusiva de que a vítima nasceu com vida, pois a não obediência a esta metodização desprovê a perícia médico-legal da necessária fundamentação para comprovar a materialidade do infanticídio. Embora a prova pericial de vida extrauterina autônoma comprove a existência do infanticídio, não é ela indispensável, podendo ser suprida por outros elementos, quando desaparecidos os vestígios, impossível o exame direto. Porém se não existir nenhuma prova de um parto a tempo, não se pode falar em cadáver e, conseqüentemente, em infanticídio. Capez. 56

Genival Veloso de França em sua brilhante obra 57 disserta sobre a prova pericial mais tradicional a docimasia hidrostática pulmonar de Galeno. Essa é a prática mais antiga, mais simples e mais utilizada. Fundamenta-se na densidade do pulmão que respirou e do que não respirou. Nas palavras do autor, o pulmão fetal é compacto e sua densidade oscila entre 1,040 e 1,092. Com a respiração e a conseqüente expansão alveolar, seu peso permanece o mesmo, mas seu volume aumenta acentuadamente, chegando sua densidade a 0,70 ou 0,80. Naturalmente, o pulmão que não respirou não flutuará, pois é mais pesado que a água, cuja densidade é em torno de 1,0. O mesmo não se verifica com aquele que respirou, pois sobrenadará. Esta prova, porém, no entanto, só tem valor até 24 h após a morte do infante, pois, a partir desse tempo, começam a surgir os gases oriundos do fenômeno transformativo da putrefação, dando, por conseguinte, um resultado falso-positivo.

1.7 Época da Morte

Antes de adentrar ao tema exposto, é preciso abordar algumas considerações a respeito do parto.

Segundo dicionário da língua portuguesa, parto significa o processo de parir ou dar à luz. O parto ou o trabalho de parto divide-se em três estágios. Na primeira fase ocorre a dilatação do colo uterino. A dilatação corresponde à abertura do colo e esvaecimento do colo do útero. Esta fase pode ter duração de até 8 horas. Posteriormente, há o período de expulsão, tal período envolve o tempo entre a dilatação total do colo uterino e o nascimento do bebê. Por derradeiro, acontece o desprendimento da placenta ensejando no nascimento do bebê e ao final, a saída da placenta.

56 CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. - São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p. 55.

57 FRANÇA, Genival Veloso De. Medicina Legal / Genival Veloso de França. - 9. ed.- Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012. p. 232

1.7.1 “Durante o parto” ou “Logo após o parto”

O parto normal tem o seu início com o rompimento da bolsa amniótica, e concretiza-se com a expulsão do feto, e por fim, da placenta. O parto cesariano, por sua vez, é realizado através de uma incisão cirúrgica no abdômen da mãe. Logo, há infanticídio quando a mãe influenciada pelo estado puerperal executa o seu filho, sozinha ou com auxílio de terceiro, seja na forma de participação ou co-autoria.

O legislador ao utilizar o termo “logo após o parto” prevê a possibilidade de o estado puerperal influenciar a parturiente, não só durante a expulsão do feto pelo ventre materno, mas também após o nascimento da criança. Desta feita, o logo após o parto deve ser mensurado juntamente com a duração do estado puerperal. Porém como a duração do estado puerperal não está pacificada na doutrina, vez que, se trata de uma condição médica e não jurídica, deverá esta ser verificada isoladamente em cada caso concreto.

Em resumo, esclarecido está que o momento em que o crime foi praticado tem extrema relevância na configuração do delito. Pois, se a mãe atenta contra a vida do seu próprio filho antes de entrar em trabalho de parto, utilizando-se de técnicas e procedimentos abortivos, está, nesse caso, configurado o crime de aborto, descrito no art.124 do Código Penal vigente. Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses).⁵⁸ Do mesmo modo não responderá por infanticídio a mãe que executa o seu filho não sendo este mais recém-nascido, pois nesse caso subentende-se que a genitora não está sob influência de estado puerperal, visto que decorreu um lapso temporal significativo após o parto. Nesse caso, responderá a delinquente por homicídio.

Todavia, o sujeito passivo, o recém-nascido poderá delimitar em parte o tempo do crime, uma vez que é considerado recém-nascido, o bebê até 30 dias após o nascimento. Sendo assim, conclui-se que haverá infanticídio quando, a mãe “sob influência de estado puerperal”, mata o seu filho, recém-nascido, entre os primeiros 30 dias após o parto. A doutrina, por sua vez, não é unânime ao lecionar sobre o tema.

2. ANÁLISE DO INFANTICÍDIO EM DIVERSOS MOMENTOS E EM DIFERENTES CULTURAS

Essa prática foi comum no Império Romano. Para os Romanos não havia distinção entre o crime de infanticídio e o Homicídio. Sendo aquele um dos crimes punidos com mais severidade, aplicando-se ao infrator (a) “o *culeus*”, que consistia em costurar o

⁵⁸ JESUS, Damásio E. De. Direito Penal: parte geral. 23 ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva 1999. p. 57

assassino dentro de um saco (*culeus ou culleus*) e jogá-lo em um rio. Na Idade Média, também não havia distinção entre homicídio e infanticídio, cabendo aos infratores penas rigorosas. A Carolina, ordenação penal de Carlos V dispunha que: "As mulheres que matam, secreta, voluntária e perversamente os filhos, que delas receberam vida e membros, são enterradas vivas e empaladas, segundo o costume. Para que se evite o desespero, sejam estas malfeitoras afogadas, quando no lugar do julgamento houver para isso comodidade de água. Onde, porém, tais crimes se dão frequentemente, permitimos, para maior terror dessas mulheres perversas, que se observe o dito costume de enterrar e empalar, ou que antes da submersão, a malfeitora seja dilacerada com tenazes ardentes." 59 Também havia os casos de assassinato de crianças que nasciam com deformidades físicas. A morte do feto disforme ou aleijado também configura o infanticídio. Porém, em se tratando de mola, isto é, do ovo degenerado, incapaz de se transformar em ser humano, haverá crime impossível. 60

A partir do século XVIII, as legislações começaram a abrandar a pena do infanticídio sob a influência de novas ideias que davam a esse crime uma forma de homicídio privilegiado. Entre nós, desde o Código criminal de 1830, essa infração passou a receber a indulgência da pena branda de 01 a 03 anos de reclusão, atendendo ao caráter de delito excepcional em virtude de configurar-se na espécie *honoris causa*. Em 1890, o Código Penal colocou-o como figura delituosa própria sem, no entanto, dar-lhe a configuração privilegiada "por defesa da honra". A legislação vigente adotou como atenuante no crime de infanticídio a condição biopsicossocial do estado puerperal, justificado pelo trauma psicológico, pela pressão social e pelas condições do processo fisiológico do parto desassistido – angústia, aflição, dores, sangramento e extenuação, cujo resultado traria o estado confusional capaz de levar ao gesto criminoso. A exposição de motivos do Código Penal de 1940 qualifica o infanticídio como *delictum exceptum*, quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal, afirmando: "Essa cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevinda em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda, quando ocorra a *honoris causa*, a pena aplicável é de homicídio." 61

3. O CRIME DE INFANTICÍDIO NO CÓDIGO PENAL

59 HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Volume V – 5º ed. – Belo Horizonte: FORENSE 1979. p.240.

60 SANTOS, William Douglas Resinente Dos. Medicina Legal à luz do Direito Penal e Processual penal. – 5º ed. – Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2003. p.185.

61 FRANÇA, Genival Veloso De. Medicina Legal / Genival Veloso de França. – 9. ed.- Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012. p.328.

3.1 Conceito

O infanticídio é um crime próprio ou de mão própria praticado por um sujeito ativo específico contra um sujeito passivo específico em virtude de um estado de alteração em decorrência do parto, o estado puerperal. Tal condição é inerente ao fato de dar a luz, não sendo possível indicar o lapso temporal deste fenômeno com precisão, pois o mesmo varia de acordo com cada caso.

Júlio Fabbrini Mirabete conceitua infanticídio como um homicídio privilegiado, cometido pela mãe contra o filho em condições especiais.⁶²

Damásio de Jesus, por sua vez, utiliza-se de três critérios para conceituar o delito. São eles: o critério psicológico, embasado na questão da honra, revogado desde 1969, o critério fisiopsicológico, atualmente adotado pelo Código Penal, e tem como atenuante da pena o estado puerperal. Há ainda, um critério trazido por Nelson Hungria, doutrinador de renome, a saber, o critério misto. De acordo com o critério psicológico, o infanticídio é descrito tendo em vista o motivo de honra. Ocorre quando o fato é cometido pela mãe a fim de ocultar desonra própria. Era o critério adotado pelo CP de 1969. Nos termos do critério fisiopsicológico, não é levada em consideração a honoris causa, isto é, o motivo de preservação da honra, mas sim a influência do estado puerperal. É o critério de nossa legislação penal vigente. De acordo com o conceito misto, também chamado composto, leva-se em consideração, a um tempo, a influência do estado puerperal e o motivo de honra. Era o critério adotado no Anteprojeto de CP de Nelson Hungria (1963).⁶³

3.2 Objetividade Jurídica

A vida, bem maior, é o bem jurídico de maior relevância para o Direito em razão disso, tal matéria é de ordem constitucional. Para Alexandre de Moraes,⁶⁴ o direito à vida é o mais fundamental dos direitos, já que se constitui em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. Do mesmo modo, o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos ensina que o direito a vida é o mais importante de todos os direitos. Seu significado constitucional é amplo, porque ele se conecta com outros, a exemplo dos direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Sem a proteção incondicional do direito à vida, os

62 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP- 29 ed. ver e atualizada até 05 de janeiro de 2012- São Paulo: Atlas, 2012. p. 52.

63 JESUS, Damásio E. De. Direito Penal: parte geral. 23 ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva 1999. p. 94.

64 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000. p. 61

fundamentos da República Federativa não se realizam. Daí a constituição proteger todas as formas de vida, inclusive a uterina.⁶⁵ O Código Penal, por sua vez, na parte especial, que trata das espécies de crime, aborda no capítulo I sobre os crimes contra a vida e suas respectivas punições. Dentre esses crimes, destaca-se o infanticídio, descrito no art. 123, objeto do presente estudo.

O objeto jurídico do crime, por sua vez, é o bem jurídico, isto é, o interesse protegido pela norma penal. É a vida, no homicídio; a integridade corporal, no furto; a honra, na injúria; os costumes e a liberdade sexual da mulher, no estupro; a Administração Pública, no peculato. Cabe destacar aqui, a diferença entre objeto jurídico do crime e objeto material do crime. Àquele diz respeito ao bem jurídico, ou seja, o interesse protegido pela norma penal. Enquanto este se refere à pessoa ou a coisa sobre as quais recai a conduta.⁶⁶

Semelhantemente, Damásio de Jesus ⁶⁷afirma que o objeto jurídico do crime de infanticídio é o direito à vida. [...] o direito à vida, que se protege é tanto o do neonato como o do nascente. Neonato, o que acabou de nascer; nascente, o que é morto durante o parto.

Na mesma linha de raciocínio, MIRABETE ⁶⁸leciona que “protege-se, ainda, uma vez, a vida humana, não só a do recém-nascido (neonato), como também a daquele que está nascendo (nascente). Trata-se, neste último caso, da transição entre a vida endo-uterina e a extrauterina”.

3.3 Sujeito Ativo

Por ser o infanticídio, um crime classificado como próprio, pois somente a mãe tem aptidão para realizá-lo, estando essa sob influência do estado puerperal, o legislador entende que somente a parturiente poderá ser sujeito ativo neste crime. Todavia, o art. 30 do Código Penal reza que há comunicação das elementares do crime com uma terceira pessoa, ensejando num crime praticado em concurso de pessoas. Desse modo, não só a mãe responderá penalmente pelo crime de infanticídio, mas o terceiro que colaborou seja induzindo ou instigando, incorrerá no referido delito.

⁶⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. - 2. Ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 64, de 4-2-2010 – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 300.

⁶⁶ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. – São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p. 112.

⁶⁷ JESUS, op., cit. p. 138.

⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP- 29 ed. ver e atualizada até 05 de janeiro de 2012- São Paulo: Atlas, 2012. p. 53.

Neste sentido, Júlio Fabbrini Mirabete 69 de forma sucinta e redundante afirma que o infanticídio é um crime próprio, praticado pela mãe da vítima, já que o dispositivo se refere ao “próprio filho” e ao “estado puerperal”.

No entendimento do Professor Fernando Capez, autor é aquele que realiza a conduta expressa no verbo da figura típica, ou seja, a conduta descrita no tipo. É, portanto, aquele que “mata”, “subtrai”, obtém a “vantagem ilícita” etc. De acordo com esse entendimento, o mandante de um crime não pode ser considerado seu autor, uma vez que não lhe competiram os atos de execução do núcleo do tipo (quem manda matar não mata, logo não realiza o verbo do tipo). 70

3.4 Sujeito Passivo

O sujeito passivo da conduta típica é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão. É o homem protegido pela lei, mesmo antes de seu nascimento, tendo em vista a punição dada ao aborto. A pessoa jurídica também pode ser sujeito passivo de crimes, como no caso dos crimes patrimoniais. Sujeito passivo indireto de todo é o Estado, pois não só o ofendido, mas também a ordem pública e a paz social foram violadas. Depois da morte, o homem não pode mais ser sujeito passivo, e os crimes contra a sua memória e o sentimento de respeito aos mortos têm como sujeitos passivos a sua família e a sociedade.⁷¹

Júlio Mirabete em sua obra, Manual de Direito Penal, ensina que a vítima do delito é o filho nascente ou recém-nascido, tendo a lei penal antecipado o início da personalidade. Não é necessário, assim, que se comprove tenha havido sinal de vida extrauterina. 72

No infanticídio, há uma peculiaridade em relação ao sujeito passivo, que obrigatoriamente será o nascente ou neonato. Ainda que o sujeito passivo, seja unicamente o próprio filho, poderá ocorrer, por infortúnio, à hipótese de erro sobre a pessoa. É o caso de a mãe, pretendendo matar o seu filho, mata outro bebê achando ser o seu por equivocada percepção da realidade, imprecisa identificação da vítima, o sujeito,

69 MIRABETE, op., cit. p. 53.

70 CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. - São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p. 236.

71 CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. - São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p. 112.

72 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP- 29 ed. ver e atualizada até 05 de janeiro de 2012- São Paulo: Atlas, 2012. p. 55.

atinge pessoa diversa da pretendida. Nessa situação, está configurada uma espécie de erro de tipo accidental, a saber, o erro sobre a pessoa, *erro in persona*.

Sobre o tema Damásio de Jesus leciona que ocorre o *error in persona* quando há erro de representação, em face do qual o sujeito atinge uma pessoa supondo tratar-se da que deseja matar. 73

Semelhantemente, Capez ensina que quando o agente vê um desconhecido e confunde-o com a pessoa que quer atingir ocorrerá erro sobre a pessoa. 74

Nesta circunstância, o agente responderá como se tivesse atingido a pessoa querida. A punição será equivalente àquela cominada como se o crime pretendido tivesse sido realizado. Assim, o art. 20 § 3º reza que: O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. Desse modo, para fins de sanção penal, o legislador considera as qualidades da pessoa que o agente queria atingir, e não as da pessoa efetivamente atingida.

3.5 Tipo objetivo: Matar

A conduta típica no infanticídio assim como no homicídio é a mesma. O infanticídio também se trata de um matar alguém, entretanto, a vítima nesse caso, não será qualquer pessoa, mas o próprio filho que está nascendo ou que acabou de nascer.

Nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete, a conduta típica é matar, como no homicídio, sendo comum o crime cometido por sufocação ou ocasionado por fratura de crânio decorrente de golpes com objetos contundentes. Perfeitamente admissível é o delito de infanticídio praticado por omissão: ausência de alimentação falta de ligadura do cordão umbilical etc.75

3.6 Tipo subjetivo

Não há no Código Penal brasileiro previsão legal acerca da modalidade culposa no crime de infanticídio. Logo, a infanticida responderá dolosamente pelo feito. No entanto, se o feto vem a falecer por falta de cuidados da mãe, agindo essa, com negligencia ou imprudência, responderá esta por homicídio culposo.

73 JESUS, Damásio E. De. Direito Penal: parte geral. 23 ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva 1999. p. 74.

74 CAPEZ, op., cit. p. 163.

75 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP- 29 ed. ver e atualizada até 05 de janeiro de 2012- São Paulo: Atlas, 2012. p. 55.

O dolo é a vontade de causar a morte do filho nascente ou recém-nascido (dolo direto), como a de assumir conscientemente o risco do êxito letal (dolo eventual).⁷⁶

Não há infanticídio culposo, uma vez que no art. 123 do CP o legislador não se refere à modalidade culposa (CP, art. 18, parágrafo único). Se a mulher vem a matar o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, de forma culposa, não responde por delito algum (nem homicídio, nem infanticídio). A mulher, porém, pode vir a matar a criança, não se encontrando sob a influência do estado puerperal, agindo culposamente. Haverá, neste caso, homicídio culposo, descrito no art.121, §3º do CP.⁷⁷

Em contrapartida, Mirabete afirma que não existe forma culposa no infanticídio: se a mãe, por culpa, causar a morte do filho, responderá por homicídio culposo, ainda que tenha praticado o fato sob a influência do estado puerperal. A afirmação de Damásio de que, nesse caso, não haverá crime, parece-nos improcedente. A influência do estado puerperal não equivale à incapacidade psíquica e a puérpera responde pelo ato culposo, qualquer que seja ele.⁷⁸

3.7 Consumação e tentativa

Um crime é tido como consumado quando se obtém o resultado pretendido, ou seja, no crime de infanticídio, a consumação se dá com a morte do nascente ou neonato. Todavia, admite-se a modalidade tentada no crime de infanticídio. Sabe-se que crime tentado é aquele em que não há consumação do crime devido a circunstâncias alheias à vontade do agente. Sendo assim, a mãe infanticida não consegue atingir a vontade pretendida devido à interferência de terceiros no lugar do crime, por exemplo.

Consuma-se o delito com a morte do nascente ou recém-nascido. [...] não é necessário que tenha ocorrido vida extrauterina, bastando a prova de que se tratava de feto vivo. Evidentemente, sendo o infanticídio crime plurissubsistente, é possível a tentativa.⁷⁹

Neste sentido leciona Damásio, O infanticídio atinge a consumação com a morte do nascente ou neonato. Trata-se de crime material. Diante disso, é possível a tentativa,

⁷⁶ MIRABETE, op., cit. p. 56.

⁷⁷ JESUS, Damásio E. De. Direito Penal: parte geral. 23 ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva 1999. p. 96.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP- 29 ed. ver e atualizada até 05 de janeiro de 2012- São Paulo: Atlas, 2012. p. 56.

⁷⁹ MIRABETE, op., cit. p. 56.

desde que a morte não ocorra por circunstâncias alheias à vontade da autora.⁸⁰ Vale lembrar que crime material é aquele que só se consuma com a produção do resultado naturalístico, como no homicídio (só se consuma com a morte); o furto (só se consuma com a subtração); o dano (só se consuma com a destruição); o estupro (só se consuma com a conjunção carnal) etc.⁸¹

3.8 Pena e Ação Penal

O artigo 123 do Código Penal estabelece que a mãe que mata o próprio filho, sob a influência do estado puerperal durante o parto ou logo após responderá por infanticídio, incorrendo na pena de detenção, podendo esta variar entre 02 (dois) a 06 (seis) anos.

Aqui, a ação penal será de natureza pública incondicionada, sem a necessidade de representação ou requisição ministerial. A autoridade policial ao tomar conhecimento do fato procederá de ofício com a instauração do inquérito Policial, independentemente de provocação.

Destarte ensina Damásio de Jesus, a autoridade tomando conhecimento do fato, deve proceder de ofício, instaurando inquérito policial, independentemente da provocação de qualquer pessoa. O promotor público, recebendo o Inquérito policial, deve iniciar a ação penal por intermédio de oferecimento da denúncia. ⁸²

Por ser o infanticídio um crime doloso contra a vida, a competência para julgar será do Tribunal do júri, conforme preceitua o artigo 5º da Carta Magna, no inciso XXXVIII, alínea d. Caberá, portanto, ao júri, com base no exame pericial médico legal decidir se a mãe será apenada na condição de infanticida ou absolvida.

Neste sentido, arremata Uadi Lammêgo Bulos que compete ao Tribunal do Júri julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, isto é, homicídio, infanticídio, instigação, induzimento ou prestação de auxílio ao suicídio e aborto.⁸³

3.9 Nelson Hungria e o Concurso de agente no crime de infanticídio.

O Professor Nelson Hungria, referência no âmbito do Direito Penal brasileiro, sustentou até a sua penúltima obra, que aquele que auxilia, instiga ou induz a mãe, a matar

⁸⁰ JESUS, Damásio E. De. Direito Penal: parte geral. 23 ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva 1999. p. 97.

⁸¹ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. – São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p.185.

⁸² JESUS, Damásio E. De. Direito Penal: parte geral. 23 ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva 1999. p. 149.

⁸³ BULOS, Uadi Lammêgo. - 2. Ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 64, de 4-2-2010 – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314.

o seu filho, estando essa sob influência do estado puerperal responderá por homicídio. Todavia, na última edição da obra Comentários ao Código Penal, o autor reconhece os preceitos do art. 30 do Código Penal e afirma que o partícipe responderá por infanticídio do mesmo modo que a mãe em estado puerperal.

Destarte, suas palavras merecem ser transcritas:

[...] Nas anteriores edições deste volume, sustentamos o mesmo ponto de vista, mas sem atentarmos no seguinte: a incomunicabilidade das qualidades e circunstâncias pessoais, seguindo o Código helvético (art.26), é irrestrita (“Les relations, qualités et circonstances personnelles spéciales dont l’effet est d’augmenter, de diminuer ou d’exclure la peine, n’auront cet effet qu’a l’égard de l’auteur, instigateur ou complice qu’elles concernent”), ao passo que perante o Código pátrio(também art. 26) é feita uma ressalva: “ Salvo quando elementares do crime.” Insere-se nesta ressalva, o caso de que se trata. Assim, em face do nosso Código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio.⁸⁴

Logo, o terceiro que participa em concurso de agente no crime de infanticídio, responde por esse crime, e será beneficiado com pena mais branda mesmo sendo o estado puerperal inerente à genitora da vítima.

4. CONCURSO DE PESSOAS

4.1 Teoria Monista e Teoria Pluralista

Quando se fala em concurso de pessoas subentende-se, pela obviedade que existe mais de uma pessoa envolvida na prática de um crime. A Teoria Monista, também conhecida como Teoria Unitária, preceitua que todos que participaram para a prática de um crime responderão por esse crime. A Teoria Unitária é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro.

Em contraposição à Teoria Monista, surge a Teoria Pluralista, na qual disciplina que cada colaborador responderá conforme a sua participação. Desta feita, haverá uma diversidade de crimes. Em outras palavras, o autor intelectual responderá de forma diversa

⁸⁴ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Volume V – 5º ed. – Belo Horizonte: FORENSE 1979. p. 266.

do mandante, que por sua vez, responderá de forma diversa daquele que executou o crime. Tal teoria foi adotada na forma de exceção a Teoria Unitária pelo Código Penal Brasileiro.

Outra teoria com destaque no estudo de Concurso de agentes é a Teoria do Domínio do Fato. De acordo com essa teoria, o coautor exerce o domínio sobre o fato delituoso. Para essa teoria presume-se que o coautor seja o “dono dos motivos do crime”, bem como o responsável para realização do crime. Nesta teoria, o partícipe, tem colaboração subsidiária, sua atividade poderá consistir em fornecer ideias e formas para praticar o crime. Trata-se da prestação de auxílio de menor relevância.

4.2 Requisitos para configurar o concurso de agentes

Para caracterizar o concurso de agentes, faz-se necessário a observação de alguns requisitos adotados pela doutrina majoritária, a saber:

1. Pluralidade de pessoas. Questão interessante é a inclusão do inimputável na contabilidade de agentes.
2. Liame Subjetivo. A vontade de um agente deverá estar em conformidade com a vontade do outro participante.
3. Relevância Causal do Comportamento. O comportamento do agente deverá ter relevância para concretização do crime.
4. Unidade do Crime. A pluralidade de agentes envolvidos numa só vontade, ou em vontades acordes, praticando atos de relevância jurídica resultando em um único crime.

Do mesmo modo ensina Fernando Capez ⁸⁵, quanto aos requisitos para configuração de concurso de pessoas, deve-se observar se há uma pluralidade de condutas com relevância causal e se a vontade de todos contribuiu para a produção do resultado, sendo o crime produto de uma cooperação desejada e recíproca.

4.3 Co- autoria e Participação

Quanto à forma de colaboração do agente no concurso de pessoas, está classificada em Co-autoria e participação. O Código Penal atribuiu ao Co-autor uma maior importância na colaboração do crime em relação ao mero participante. Consequentemente, àquele terá uma pena maior em relação ao partícipe. Segundo a Teoria do Verbo Nuclear ou Teoria Objetivo Formal, o co-autor, é aquele que realiza o “verbo do

⁸⁵ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. – São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p.242.

núcleo do tipo”, ou seja, o co-autor, por sua vez, é aquele que mata – no tipo “matar alguém” art. 121 do Código Penal. Por outro lado, o Partícipe, é aquele que contribui para a ocorrência do crime sem “realizar o verbo”, por assim dizer, sua contribuição está atrelada a funções simples, porém de suma importância para caracterização do fato típico. A título de exemplificação, o partícipe, será aquele que auxiliará na fuga. Enquanto que os demais sujeitos envolvidos estão atuando de outras formas.

Nilo Batista, em seus estudos, aborda três teorias para distinguir autor de partícipe no concurso de agentes:

De acordo com a teoria do critério formal-objetivo, autor é aquele que realiza a ação executiva, “a ação principal” do delito, a ação típica. Segundo este critério, o autor enfatiza que aquele que realiza com a própria conduta o modelo legal do crime será enquadrado como autor do delito. Nessa ordem de ideias, BATISTA define partícipe como: “aquele que “não executa o tipo legal”, mas cuja conduta constitui tão só uma ação prévia preparatória”. 86

Eis alguns doutrinadores brasileiros que adotaram o critério formal-objetivo para diferenciar autor de partícipe: Aníbal Bruno, Salgado Martins, Frederico Marques, Mirabete, René Ariel Dotti, Beatriz Vargas Ramos entre outros.

A segunda teoria abordada, na obra do ilustre autor, é o chamado critério subjetivo. Do ponto de vista do critério subjetivo, a distinção entre autor e partícipe parte do pressuposto que o autor atua com vontade de autor, e deseja a ação como própria, enquanto que o segundo atua com vontade de partícipe seja na forma de instigação ou cumplicidade, e deseja a ação para outrem.

A terceira teoria, não menos importante, intitula-se como critério final-objetivo. Para essa teoria, autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo.

4.4 Espécies de crime que admitem concurso de pessoas

Fernando Capez, de forma sucinta e objetiva leciona sobre as duas espécies de crimes quanto ao concurso de pessoas, ou seja, haverá concurso de pessoas nos crimes monossubjetivos e nos crimes plurissubjetivos. Os crimes monossubjetivos são aqueles

86 BATISTA, Nilo; Concurso de Agentes - Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro. 3 ed. – Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005. p. 60

cometidos por um ou mais agentes. Por outro lado, os crimes plurissubjetivos, coloquialmente conhecido como quadrilha, comportam uma pluralidade de agentes.⁸⁷

O autor classifica os crimes plurissubjetivos, em três espécies, a saber:

1. De condutas paralelas: as condutas auxiliam-se mutuamente visando à produção de um resultado comum.
2. De condutas convergentes: as condutas tendem a encontrar-se e desse encontro surge o resultado. Exemplo: o revogado crime de adultério, o qual constava do art. 240 do CP.
3. De condutas contrapostas: as condutas são praticadas umas contra as outras. Exemplo: crime de rixa (art.137 do CP)

Quanto as espécies de concurso de pessoas, tem-se a situação em que se exige, para tanto, o concurso de no mínimo dois agentes para ocorrência do crime, sendo neste caso, o crime necessariamente plurissubjetivo, circunstância que enseja a existência do concurso necessário. Em contrapartida, há concurso eventual, nos crimes monossubjetivos, ou seja, aqueles praticados por somente um agente.

Quanto a forma de colaboração no concurso de delinquentes, Capez cita a coautoria, situação em que todos os agentes em colaboração recíproca e visando o mesmo fim, realizam a conduta principal. "Ocorre à coautoria, portanto, quando dois ou mais agentes, conjuntamente, realizarem o verbo do tipo".⁸⁸ Semelhantemente, Nilo Batista demonstra que o domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio integral do fato, do qual tocaria a cada coautor certa fração. Noutras palavras, o autor completa a definição afirmando que aquele que comparece ao local da realização na qualidade de executor de reserva é coautor. Sua desistência interferirá no se, tanto quanto sua assistência determina o como do fato. Inúmeras vezes, a própria execução é tarefa fungível, ao sabor das circunstâncias concretas, e o executor se converte em assistente, e vice-versa [...].

4.5 Autoria Mediata

⁸⁷ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. - São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p.

⁸⁸ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. - São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p.237.

Nilo Batista ⁸⁹ ensina que a autoria mediata dá-se quando, na realização de um delito, o autor se vale de um terceiro que atua como instrumento. Para Batista, o fundamento da autoria mediata reside, como não poderia deixar de ser, no domínio do fato, sob a forma especial de domínio da vontade. Já a autoria colateral, ocorre quando duas ou mais pessoas realizam simultaneamente a mesma conduta sem que exista entre elas liame subjetivo. Cada um dos autores responde por seu resultado, visto não existir nesse caso coautoria. Assim, há a autoria Mediata, hipótese em que o autor de vale de uma pessoa que não tem conhecimento do ato que será praticado em razão de ser portador de doença mental, não ter o total desenvolvimento mental, ou estar em determinada circunstância em que é induzido em erro essencial, bem como em razão de obediência hierárquica ou sofrer coação moral impossível de resistir, sendo o mesmo obrigado a cometer determinado delito.

Para o Promotor de Justiça Fernando Capez, Autor mediato é aquele que se serve de outra pessoa, sem condições de discernimento, para realizar por ele a conduta típica. [...] O executor atua sem vontade ou sem consciência e, por essa razão, considera-se que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato. [...] o executor é o autor principal, porque ele realizou o verbo do tipo.⁹⁰

5. O CONCURSO DE AGENTE NO CRIME DE INFANTICÍDIO

5.1 Participação

O crime de infanticídio, por ser um crime próprio tanto para o sujeito ativo (mãe-sob influência de estado puerperal), quanto para o sujeito passivo (próprio filho – nascente ou neonato), não admite o concurso de agente na modalidade de coautoria. Visto que, na coautoria, o coautor detém o domínio funcional do fato, como se autor fosse. Em outras palavras, sua atuação é essencial para resultar na conduta pretendida, no crime.

A participação, modalidade de concurso de pessoas, seja na forma de instigação ou cumplicidade é a única modalidade de concurso de agentes, admitida no crime de infanticídio, objeto do presente estudo. Destarte, Partícipe é aquele que, sem praticar o verbo (núcleo) do tipo, concorre de algum modo para a produção do resultado⁹¹. A participação consiste em livre e dolorosa colaboração no delito doloso de outrem, essa colaboração se manifesta, no direito brasileiro (como na maior parte dos sistemas

⁸⁹ BATISTA, Nilo; Concurso de Agentes - Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro. 3 ed. – Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005. p. 129.

⁹⁰ CAPEZ, op., cit. p. 241.

⁹¹ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. – São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p.238.

legislativos), por duas formas fundamentais: a instigação e a cumplicidade (que o legislador brasileiro quis chamar de auxílio).⁹² [...] a instigação corresponde à colaboração espiritual no delito alheio, enquanto a cumplicidade corresponde à colaboração material. Assim, o partícipe não detém de modo algum, o domínio do fato. A participação é conduta essencialmente dolosa, e deve dirigir-se à interferência num delito também doloso. O dolo do partícipe (dolo do instigador ou dolo do cúmplice) compreende conhecer e querer a colaboração prestada a um ilícito doloso determinado em suas linhas gerais; será suficiente, contudo, um dolo eventual.⁹³

No entanto, em decorrência da Teoria Monista, o crime de infanticídio admite o concurso de agente na forma de participação. O partícipe, por sua vez, poderá atuar de três formas distintas. No induzimento, o mesmo leva a mãe a refletir sobre a hipótese de matar seu próprio filho. Outro modo de atuação do partícipe é a instigação, reforçando uma ideia pré-existente, estimulando a parturiente a matar a criança. E por fim, a participação direta no crime, que é na forma de auxílio, tornando viável e realizando junto com a mãe o verbo do tipo. Contudo, o terceiro que auxilia não está sob influência de estado puerperal, vez que é personalíssimo da mãe.

5.2 Participação Moral e Participação Material

As formas de colaboração dividem-se em participação moral, de cunho psicológico e subjetivo e participação material, fornecendo meios físicos para concretização do crime. A participação moral, por sua vez, consiste na instigação e induzimento. Instigar é reforçar uma ideia existente. O agente tem a ideia na mente, a qual é apenas reforçada pelo partícipe. Por outro lado, induzir é fazer brotar a ideia no agente. O agente não tinha ideia de cometer crime, mas ela é colocada em sua mente. Já a participação material consiste no auxílio propriamente dito, no emprestar a arma, no segurar a vítima, etc.⁹⁴

5.3 Natureza Jurídica

A participação tem natureza jurídica acessória, uma vez que o partícipe atua de forma acessória e distante das elementares do crime. Para Fernando Capez, a participação é uma conduta acessória à do autor, tida por principal. Considerando que o tipo penal somente contém o núcleo (verbo) e os elementos da conduta principal, os atos do partícipe acabam não tendo qualquer enquadramento. Não existe, conclui o autor, descrição típica

⁹² CAPEZ, op., cit. p. 157.

⁹³ CAPEZ, op., cit. p. 158.

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. - São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p. 242.

específica para quem ajuda a matar ou induz a furtar, mas tão-somente para quem pratica diretamente o próprio verbo do tipo. 95

5.4 Comunicabilidade

Tratando do instituto de Concurso de pessoas, especificamente, do concurso de pessoas no crime de infanticídio, tema não definido como norma penal propriamente dita, entretanto, a previsão do concurso verifica-se no artigo 30 do Código Penal envolvendo a questão da comunicabilidade da elementar do crime. Sobre este ponto, há uma considerável divergência doutrinária, na qual, alguns doutrinadores brasileiros entendem que o terceiro que auxilia, instiga ou induz a mãe infratora na prática do delito incorre em infanticídio. Por outro lado, alguns defendem que o partícipe deve responder por homicídio, vez que o estado puerperal, elementar do crime é uma condição inerente à figura da mãe, tem caráter personalíssimo.

Damásio de Jesus, em seus ensinamentos relata que em 1943, na conferência dos desembargadores, a conclusão sobrevinda aos debates, tomada por maioria dos votos, foi formulada em termos de comunicabilidade. No Direito brasileiro, adotam o ponto de vista da comunicabilidade: Roberto Lyra, Olavo Oliveira, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Basileu Garcia, Euclides Custódio da Silveira e Bento de Faria. Ensinam que o partícipe deve responder por crime de homicídio: Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Galdino Siqueira, Aníbal Bruno, Salgado Martins e João Mestiere. O autor faz uma observação a respeito de Nelson Hungria que mudou de opinião a partir da 6ª edição de sua obra, entendendo que o terceiro que auxilia, induz ou instiga também responderá por infanticídio.⁹⁶

O Professor Fernando Capez, ensina que as circunstâncias pessoais somente se comunicam ao co-autor ou partícipe quando não forem circunstâncias, mas elementares. E desse entendimento, o mesmo extraiu três regras:⁹⁷

1ª) As circunstâncias subjetivas, também chamadas de circunstâncias de caráter pessoal, jamais se comunicam no concurso de agentes.

95 CAPEZ, op., cit. p. 239.

96 Damásio apud Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, vol V, p.266.

97 CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral* / Fernando Capez. - 13. ed. - São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p. 245.

2ª) As circunstâncias objetivas, de caráter não pessoal, podem comunicar-se, desde que o co-autor ou participe delas tenha conhecimento.

3ª) As elementares, pouco importando se subjetivas (de caráter pessoal) ou objetivas, sempre se comunicam.

5.4.1 Conceito de Elementar

Cabe aqui, um breve esclarecimento acerca de elementar do crime.⁹⁸ Fernando Capez, define elementar como todo componente essencial da figura típica, sem o qual ela desaparece ou se transforma. O termo origina-se de “elemento”, que significa tudo o que constitui e integra – como requisito essencial, básico – uma substância palavra ou fato. Circunstância, por sua vez, é todo dado acessório agregado à figura típica, cuja função é tão somente a de influir na sanção penal. A circunstância apenas circunda o crime, nunca o integra como sua essência. Consequentemente, ausente a circunstância, subsiste o crime. Pode-se definir circunstância, como todo componente não essencial da figura típica situado ao seu redor com a finalidade de conferir-lhe características meramente acessórias, que levam a pena a ficar mais ou menos grave.

5.5 Hipóteses em que ocorre a comunicabilidade das elementares do crime

Visto isso, há três situações possíveis quanto à comunicabilidade das elementares, descritas na obra do autor.⁹⁹ A primeira delas é o caso em que a mãe mata o próprio filho, contando com o auxílio de terceiro. O autor esclarece que a mãe é autora de infanticídio, e as elementares desse crime comunicam-se ao partícipe, respondendo esse também por infanticídio. Salienta ainda o autor que somente no caso de o terceiro desconhecer alguma elementar é que ele responderá por homicídio. O estado puerperal comunica-se com o partícipe por ser uma elementar. Tem-se também a hipótese em que o terceiro mata o recém-nascido, contando com a participação da mãe. Nesse caso, o terceiro responderá por homicídio, vez que exerceu a conduta principal, inexistindo correspondência entre a sua ação e os elementos definidores do infanticídio. [...] nessa segunda hipótese, a mãe, portanto, responde por infanticídio. Por último, o autor não descarta a possibilidade de a mãe e o terceiro executarem em co-autoria a conduta principal, matando a vítima. Nessa situação, a mãe será autora de infanticídio, e o terceiro, por força da teoria unitária ou monista, responderá pelo mesmo crime nos termos do art. 29, caput, do Código Penal.

Por fim, nas palavras do renomado Promotor Rogério Greco, não tendo sido essa a opção da lei penal, todos aqueles que, juntamente com a parturiente, praticarem atos de execução tendentes a produzir a morte do recém-nascido ou do nascente, se conhecerem

⁹⁸ CAPEZ, op., cit. p. 245 - 246.

⁹⁹ CAPEZ, op., cit. p. 248.

o fato de que aquela atua influenciada pelo estado puerperal, deverão ser, infelizmente, beneficiados com o reconhecimento do infanticídio. Quando é a própria parturiente que, sozinha, causa a morte do recém-nascido, mas com a participação de terceiro que, por exemplo, a auxilia materialmente, fornecendo--lhe o instrumento do crime, ou orientando-a sobre como utilizá-lo, ambos, da mesma forma, responderão pelo infanticídio, já que a parturiente atuava influenciada pelo estado puerperal e o terceiro que a auxiliou conhecia essa particular condição, concorrendo, portanto, para o sucesso do infanticídio. (GRECO, 2022)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro capítulo do presente trabalho versa sobre o conceito de infanticídio e sobre todas as elementares que constituem o crime e o classificam como tal. Uma vez excluído qualquer dessas caracterizadoras não há que se falar mais no crime de infanticídio.

Por muito tempo, o crime de infanticídio foi punido com muita severidade. A história nos conta que tais infratoras eram torturadas das formas mais cruéis possíveis antes de consumada à morte. Entretanto, com o passar dos anos, e com a evolução da ciência o crime, o crime passou a ser visto pelos operadores do direito com um olhar menos severo e a mãe infratora passou a ter como "álibi" a questão da honra, uma vez que, o crime era cometido como uma forma de defesa contra o julgamento de uma sociedade impiedosa. Mais adiante, o crime não se embasava na *honoris causa* para atenuar a pena da infanticida, vez que não era suficientemente convincente matar alguém em razão da defesa da honra. É certo que a honra é essencial para vivência na sociedade com dignidade e respeito, mas nunca foi, nem será, respaldo para retirar a vida de alguém. Sendo certo, que a vida é o bem jurídico de maior proteção e relevância.

No segundo capítulo, procurou-se abordar de forma breve como a sociedade atual e os operadores do direito de diferentes épocas e culturas tratavam dessa prática que se perdura por muitos anos.

O atual código penal brasileiro vigente desde 1940 disciplina o crime de infanticídio em sua parte especial, elencando-o no rol dos crimes contra a vida. Do terceiro capítulo em diante, foi abordado o tratamento dado ao crime pelo ordenamento brasileiro de forma singela e didática. A vida, em especial a vida do recém-nascido e do ser nascente é o bem jurídico tutelado neste crime. Crime este, que só pode ser cometido pela mãe, sob influência da, elementar, estado puerperal, contra o seu próprio filho, não excluindo a possibilidade de o delito ser praticado em concurso de agente.

O concurso de pessoas no infanticídio tem gerado divergências no âmbito do Direito Penal, por entender alguns que o estado puerperal, por ter caráter personalíssimo,

inerente à parturiente, não se comunica com o terceiro que atua no crime na forma de partícipe, devendo este responder por homicídio, o que seria mais justo, visto que o terceiro age racionalmente, querendo o resultado, e não está sofrendo nenhuma perturbação psicológica. Por outro lado, outra parte da doutrina interpreta o art. 30 do CP, da forma mais benéfica visto que o terceiro que auxilia no crime responderá por infanticídio junto com mãe delinquente, por força da redação expressa do referido artigo **“Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”**. **E, por ser o estado puerperal uma elementar do crime de infanticídio, não resta dúvida, que o terceiro responderá juntamente com mãe por infanticídio, o que não deveria ocorrer, devendo este terceiro responder pelo crime de homicídio, visto que é imputável e age em perfeita consciência, havendo presença de dolo. Dessa forma, a solução mais justa para esse entrave seria uma modificação legislativa para que esse terceiro que atua prestando auxílio a mãe, que está temporariamente inimputável em razão do estado puerperal, no sentido de responsabilizá-lo pelo crime de homicídio.**

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo; Concurso de Agentes - Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro. 3 ed. – Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. - 2. Ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 64, de 4-2-2010 – São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte geral / Fernando Capez. - 13. ed. – São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007.

CEGALLA, Domingos Paschoal. Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. – 2 ed. - São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. Manual de Medicina Legal. São Paulo: Saraiva 2012.

CUNHA, Sérgio Sérvulo Da. Dicionário Compacto do Direito. – 8 ed.- São Paulo: Saraiva 2009.

FRANÇA, Genival Veloso De. Medicina Legal / Genival Veloso de França. – 9. ed.- Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

GRECO, Rogério Curso de direito penal: volume 2: parte especial: artigos 121 a 212 do código penal / Rogério Greco. – 19. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Agravantes e atenuantes: preponderância das circunstâncias subjetivas. *Críticas*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 31 de agosto de 2010. Acesso em: 16 de junho de 2012.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Volume V – 5º ed. – Belo Horizonte: FORENSE 1979.

JESUS, Damásio E. De. Direito Penal: parte geral. 23 ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva 1999.

JESUS, Damásio De. Direito penal 2º volume: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio/ Damásio de Jesus. – 32. Ed. – São Paulo: Saraiva 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP- 29 ed. ver e atualizada até 05 de janeiro de 2012- São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

SANTOS, William Douglas Resinente Dos. Medicina Legal à luz do Direito Penal e Processual penal. – 5º ed. – Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2003

VADE Mecum. 9. ed. atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2010.

RELAÇÃO DE CONSUMO: COMO OS ALGORITMOS SÃO UTILIZADOS PELAS EMPRESAS PARA PERSONALIZAR O CONSUMO DE SEUS CLIENTES

LOURIVAL MOTA JÚNIOR:

Acadêmico do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi- UnirG.¹⁰⁰

PAULO IZIDIO DA SILVA REZENDE¹⁰¹

(orientador)

RESUMO: O consumo no ambiente virtual gerou uma nova forma de relação de consumo entre cliente e empresa. As compras on-line fazem parte do dia a dia de cerca de metade dos brasileiros que realizam os mais variados tipos de transação. O objetivo de essa pesquisa é analisar como o uso de ferramentas que mapeiam o comportamento na internet, o Algoritmo, para formar um padrão de como cada cliente que navega na internet, e identificar possíveis clientes, podendo segmentar o público e oferecer produtos ou serviços específicos a determinadas faixas etárias, gêneros, interesses, entre outros. É discutida a forma como os algoritmos são usados e como isso pode afetar os direitos dos consumidores previstos no código. O código do consumidor prevê, o direito à informação clara e precisa sobre produtos e serviços, o direito de arrependimento e a proteção contra práticas abusivas de comércio. Até aonde cada consumidor tem autonomia de comprar sem ser induzido por propagandas direcionadas. E abordar a responsabilidade das empresas quanto ao uso de algoritmos e as possíveis medidas que os consumidores podem tomar para proteger seus direitos e privacidade.

Palavras-chave: Algoritmos, Personalização, Consumo, Direitos do Consumidor.

ABSTRACT: Consumption in the virtual environment generated a new form of consumption relationship between customer and company. Online shopping is part of everyday life for about half of Brazilians who carry out the most varied types of transactions. The objective of this research is to analyze how the use of tools that map behavior on the internet, the Algorithm, to form a pattern of how each customer browses the internet, and identify potential customers, being able to segment the public and offer specific products or services to certain age groups, genders, interests, among others. It discusses how algorithms are used and how this can affect consumers' rights under the code. The consumer code provides for the right to clear and accurate information about products and services, the right of withdrawal and protection against abusive trade practices. To

100E-mail: lourivalmotajunior16@gmail.com

101 Prof. Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG e Mestre em direito digital pelo Univem - Marília SP.

what extent does each consumer have autonomy to buy without being induced by targeted advertisements. And address the responsibility of companies regarding the use of algorithms and the possible measures that consumers can take to protect their rights and privacy.

Keywords: Algorithms, Personalization, Consumption, Consumer Rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Algoritmos e Personalização do Consumo. 4. Como os Algoritmos Funcionam. 5. Papel dos Algoritmos na Era do Big Data. 6. A Lei de Proteção de Dados e a Proteção do Consumidor. 7. A Proteção do Consumidor Diante da Personalização do Consumo Através dos Algoritmos. 8. Os Limites para a Utilização dos Algoritmos na Personalização do Consumo. 9. A Importância da Transparência e da Clareza nas Políticas de uso dos Algoritmos. 10. Soluções para a Garantia dos Direitos do Consumidor na Personalização do Consumo Através dos Algoritmos. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia tem revolucionado diversos setores da economia e um dos mais impactados tem sido o mercado de consumo. Com a popularização da internet e o crescimento exponencial das redes sociais, as empresas passaram a ter acesso a uma enorme quantidade de dados sobre seus clientes, desde suas preferências de consumo até seus hábitos de navegação online.

Esse grande volume de informações possibilitou o desenvolvimento de algoritmos cada vez mais sofisticados e poderosos, capazes de analisar e interpretar esses dados para criar perfis detalhados de cada consumidor e, assim, personalizar suas ofertas de produtos e serviços.

Embora essa prática possa trazer benefícios para as empresas e para os próprios consumidores, como uma experiência de consumo mais personalizada e eficiente, ela também traz consigo alguns riscos e desafios importantes, especialmente no que diz respeito aos direitos dos consumidores.

Tudo que acessamos na internet gera dados, esses dados são “minerados” e formam um padrão de comportamento. Esse comportamento é analisado e direcionado por meio de anúncios que fazem consumir cada vez mais. No entanto, a parte mais importante após o armazenamento é saber analisar essas informações.

Na “era dos dados” onde todas as estratégias e ações são guiadas pela manipulação de dados. Como resultado, a série se tornou tão importante para a empresa e mudou a

forma como as empresas estruturam suas estratégias. E, se milhões de dados estão sendo gerados a cada minuto, é importante entender de onde vem essa informação e como ela afetará a saúde da empresa.

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar como os algoritmos são utilizados pelas empresas para personalizar o consumo de seus clientes e como isso pode afetar os direitos dos consumidores previstos no código de defesa do consumidor. A partir de uma revisão teórica do tema e de exemplos práticos de casos reais, serão discutidos os principais desafios e implicações dessa prática para os consumidores e para a regulação do mercado de consumo.

2 METODOLOGIA

O estudo científico sobre a análise de como os algoritmos são utilizados pelas empresas para personalizar o consumo de seus clientes e como isso pode afetar os direitos dos consumidores previstos no código se classifica como pesquisa do tipo bibliográfica, ao passo que foi desenvolvida com a finalidade de aprimorar o conhecimento sobre o tema tendo como base o acervo teórico e científico em doutrinas e jurisprudências já publicadas no Brasil.

Os materiais utilizados foram obtidos em livros e trabalhos científicos disponibilizados em livros impressos e revistas científicas disponíveis na internet e publicados a partir do ano de 2018, após a popularidade do consumo no meio virtual, os quais foram analisados segundo o método descritivo e exploratório, sem qualquer intervenção ou risco a outros seres humanos.

A pesquisa foi desenvolvida segundo o método dedutivo, tendo como ponto de partida o estudo dos aspectos gerais acerca dos algoritmos previstos no ordenamento brasileiro para em seguida discutir a análise de como os algoritmos são utilizados pelas empresas para personalizar o consumo de seus clientes.

3 ALGORITMOS E PERSONALIZAÇÃO DO CONSUMO

Com o surgimento da tecnologia, a quantidade de dados gerados diariamente aumentou exponencialmente. Diante desta realidade, a utilização de algoritmos tornou-se essencial para processar e analisar esses dados de forma eficiente. Além disso, a personalização do consumo é um requisito importante para o sucesso de muitos negócios, permitindo que as empresas possam oferecer serviços e produtos cada vez mais personalizados aos seus clientes.

Os algoritmos ocuparam um *lugar central* na *economia* política contemporânea. Porque organizam e estruturam o *acesso* dos consumidores a serviços, *bens* e informações. Moldando *uma nova* dinâmica de *poder*. (ULPEPPER; THELEN, 2021).

Neste sentido, os algoritmos se apresentam como uma ferramenta indispensável para a personalização do consumo, tendo em vista que essas soluções permitem a análise de dados com grande rapidez e precisão, proporcionando informações valiosas para tomada de decisão.

Os algoritmos surgiram como uma solução para auxiliar na resolução de problemas matemáticos e lógicos. Eles são basicamente uma sequência de ações que buscam resolver um problema específico. Entretanto, com o aumento da quantidade de dados gerados diariamente, a utilização de algoritmos tornou-se indispensável no processo de análise de dados em diversos segmentos, como o marketing, a publicidade, a área financeira, entre outros. Algoritmos são soluções computacionais que realizam uma tarefa específica, como reconhecimento de padrões, filtragem de dados, entre outros. Essas soluções são programadas para analisar uma grande quantidade de dados em um curto período de tempo, o que permite a obtenção de informações valiosas de forma mais rápida e precisa.

A personalização do consumo é uma tendência que vem ganhando cada vez mais espaço no mercado, principalmente em decorrência da grande quantidade de informações disponíveis sobre os consumidores. Ela se baseia na premissa de que cada cliente é único e, portanto, espera receber um atendimento personalizado e produtos/serviços que atendam às suas necessidades individuais. A personalização do consumo possibilita o aumento da satisfação do cliente, da lealdade e do engajamento, além de contribuir para o aumento das vendas e receitas.

A utilização de algoritmos é fundamental para a personalização do consumo, uma vez que é por meio dessas soluções que as empresas podem analisar os dados dos clientes e oferecer produtos e serviços cada vez mais personalizados. Os algoritmos permitem identificar padrões de comportamento dos clientes e prever suas preferências. Esses dados podem ser utilizados para oferecer produtos e serviços personalizados, bem como mensagens publicitárias que atendam às necessidades e expectativas de cada cliente.

Além disso, a personalização do consumo pode ser ampliada com o uso de soluções de inteligência artificial, que permitem oferecer experiências ainda mais personalizadas e engajadoras aos clientes.

A utilização de algoritmos é fundamental para a personalização do consumo. Essas soluções são capazes de analisar uma grande quantidade de dados em um curto período de tempo, oferecendo informações valiosas para a tomada de decisão. A personalização do consumo, por sua vez, é uma tendência que vem ganhando espaço no mercado, pois permite o atendimento personalizado aos clientes, aumentando a satisfação e a lealdade dos mesmos. Com o avanço da tecnologia e das soluções de inteligência artificial, a

personalização do consumo tende a se tornar ainda mais sofisticada, possibilitando experiências únicas e engajadoras aos clientes.

4 COMO OS ALGORITMOS FUNCIONAM

Os algoritmos são sequências de instruções lógicas que nos ajudam a resolver problemas. Eles são a base para a construção de sistemas computacionais, como sistemas de gerenciamento de banco de dados, inteligência artificial e redes sociais. Este referencial teórico se concentra em explicar como os algoritmos funcionam e como eles são implementados.

Os algoritmos funcionam seguindo uma sequência lógica de instruções que visam atingir um objetivo específico. Eles são desenvolvidos para resolver problemas e executar tarefas com precisão e rapidez. De acordo com *Neil Patel Brasil* (2022) um algoritmo, de forma simples, é um conjunto de instruções que determinam a sequência de operações a serem realizadas por um *computador*.

Essas instruções geralmente incluem instruções básicas, como operações aritméticas, operações booleanas e operações de comparação. Essas instruções são combinadas em blocos maiores para executar tarefas mais complexas. Além disso, os algoritmos geralmente incluem condições, ciclos e recursão para executar a mesma sequência de instruções várias vezes.

A implementação de um algoritmo envolve a escolha de uma linguagem de programação e um processo para traduzir as instruções em uma forma que um computador possa entender. Os algoritmos são geralmente implementados em uma linguagem de programação de alto nível, como Java ou Python, e depois compilados em uma forma que possa ser executada por um computador.

Além disso, os algoritmos podem ser otimizados para executar mais rapidamente, reduzindo o tempo de execução e minimizando a quantidade de recursos necessários. Isso pode envolver a escolha de estruturas de dados mais eficientes ou a simplificação do algoritmo para evitar operações desnecessárias.

Em resumo, os algoritmos são uma ferramenta crítica para a computação e são usados para resolver uma ampla gama de problemas. Eles funcionam executando uma sequência lógica de instruções que recebem entradas e produzem saídas. A implementação de um algoritmo envolve a escolha de uma linguagem de programação e a tradução das instruções em uma forma que o computador possa entender. A otimização do algoritmo é importante para reduzir o tempo de execução e minimizar a quantidade de recursos necessários.

5 PAPEL DOS ALGORITMOS NA ERA DO BIG DATA

Nos últimos anos, a quantidade de dados gerados em todas as áreas da sociedade tem aumentado exponencialmente. Isso tem sido impulsionado por uma série de fatores, incluindo a crescente adoção de tecnologia, a proliferação de dispositivos conectados à internet e o aumento do uso de redes sociais. Para gerenciar esses dados, são necessárias ferramentas que possam analisá-los e extrair informações úteis. Uma dessas ferramentas é o algoritmo, que é um conjunto de regras bem definidas que pode ser usado para resolver problemas e executar tarefas repetitivas.

Os algoritmos desempenham um papel fundamental na era do big data. Eles são usados para analisar grandes conjuntos de dados e extrair novas percepções. Os algoritmos também podem ser usados para prever comportamentos futuros com base em padrões identificados nos dados existentes. Essa capacidade torna os algoritmos uma ferramenta valiosa para diversos setores, incluindo varejo, saúde, finanças e ciência. Os algoritmos são uma parte fundamental dos sistemas de Big Data, pois são capazes de identificar padrões em grandes volumes de dados que seriam impossíveis de serem detectados pelos seres humanos.

Os autores também destacam que, para que os algoritmos funcionem corretamente, é necessário identificar as variáveis relevantes e estabelecer as regras de uso dessas variáveis. Os algoritmos permitem que as organizações encontrem padrões ocultos nos dados, o que pode trazer percepções valiosas.

No entanto, os algoritmos também podem ser usados de maneira inadequada, especialmente quando se trata de questões de privacidade e segurança. Embora os algoritmos possam ajudar a identificar padrões valiosos nos dados, eles também podem ser tendenciosos e perpetuar desigualdades sociais. A autora destaca que é necessário ter cuidado ao projetar algoritmos para garantir que eles sejam justos e representem a diversidade da sociedade.

Compreender o papel dos algoritmos é essencial para aproveitar todo o potencial dos dados. Para tanto, é preciso estar atento às boas práticas de construção e uso de algoritmos, bem como considerar a necessidade de avaliar continuamente sua efetividade e transparência.

Em conclusão, os algoritmos desempenham um papel crucial na era do Big Data, proporcionando a capacidade de analisar grandes volumes de dados e extrair insights valiosos. No entanto, é importante reconhecer que os algoritmos também podem ser tendenciosos e perpetuar desigualdades sociais, o que destaca a importância de projetar algoritmos de maneira justa e transparente.

6 A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A Lei de Proteção de Dados é uma regulamentação que tem como objetivo proteger o direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais dos cidadãos. No Brasil, a Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), entrou em vigor em setembro de 2020, estabelecendo regras para coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais.

Na relação entre empresas e consumidores, a LGPD tem um papel fundamental na proteção dos dados dos clientes. Além disso, ela exige que as empresas sigam uma série de procedimentos para garantir a segurança e a privacidade dos dados pessoais coletados. A LGPD é uma das leis mais importantes e relevantes do Brasil contemporâneo, pois trata de um tema que afeta toda a sociedade.

A LGPD tem como principal objetivo proteger os direitos dos titulares de dados pessoais, incluindo o direito à privacidade, o direito à informação e o direito à autodeterminação informativa. Esses direitos são essenciais para a proteção dos consumidores, pois permitem que eles controlem o uso de seus dados pessoais pelas empresas. Assim, a LGPD fortalece a relação entre empresas e consumidores, garantindo maior transparência e segurança no tratamento de dados.

Além disso, a proteção dos dados pessoais dos consumidores é importante para a confiança na relação de consumo. A confiança é um dos principais fatores que influenciam na decisão de compra do consumidor. Ao se sentir seguro e protegido contra o uso indevido de seus dados pessoais, o consumidor tende a confiar mais na empresa e a ter uma relação de consumo mais duradoura.

No entanto, para que a LGPD tenha eficácia na proteção dos dados dos consumidores é necessário que as empresas sejam responsáveis no tratamento desses dados. A LGPD traz um novo paradigma para as empresas, que precisam estar preparadas para adotar práticas de compliance e governança de dados, incluindo a implementação de políticas internas de proteção de dados e a adoção de medidas técnicas e organizacionais para garantir a segurança dos dados.

Assim, percebe-se que a Lei de Proteção de Dados é essencial para a proteção dos direitos dos consumidores, garantindo maior transparência, segurança e confiança na relação de consumo. É fundamental que as empresas sejam responsáveis no tratamento dos dados pessoais dos clientes, adotando práticas de compliance e governança de dados em conformidade com a LGPD.

7 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DIANTE DA PERSONALIZAÇÃO DO CONSUMO ATRAVÉS DOS ALGORITMOS

A personalização do consumo através de algoritmos tem sido um tópico cada vez mais discutido na sociedade contemporânea. Os algoritmos são essenciais para a inteligência artificial e virtual, tornando-se capazes de analisar os dados dos consumidores e oferecer uma experiência de compra individualizada. No entanto, a proteção do consumidor diante dessa personalização se torna um desafio, uma vez que há a possibilidade do uso inapropriado dos dados pessoais e da vulnerabilidade do cliente.

A personalização do consumo através de algoritmos não é algo novo e vem se desenvolvendo ao longo dos anos. No entanto, há uma demanda crescente por esse sistema, no qual os clientes desejam uma experiência única e personalizada. O uso de algoritmos pode ser vantajoso para os consumidores, mas também pode ser usado para manipular as escolhas do cliente e afetar suas decisões de compra.

Nesse sentido, é importante mencionar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê a proteção do consumidor em relação à coleta de informações pessoais e à transparência na comunicação.

A legislação brasileira estabelece que o consumidor deve ser informado sobre a coleta de dados pessoais e a finalidade da utilização desses dados, além de poder solicitar a exclusão de seus dados a qualquer momento, caso sinta-se lesado. Prevista nos princípios e fundamentos da LGPD, visto no art. 6º.

No entanto, mesmo com a proteção legal, é preciso considerar a vulnerabilidade do consumidor diante do uso de algoritmos. É possível que esses algoritmos sejam viesados, ou seja, que estejam programados para favorecer determinadas empresas ou produtos, o que pode gerar prejuízos para o consumidor.

A conscientização do consumidor é fundamental para a proteção diante da personalização do consumo através de algoritmos. O consumidor precisa estar ciente dos riscos envolvidos na utilização dessas tecnologias e ser capaz de identificar situações em que seus direitos estão sendo violados.

Dessa forma, pode-se afirmar que a proteção do consumidor diante da personalização do consumo através de algoritmos é um tema complexo, que envolve diversos aspectos legais e éticos. É necessária a conscientização do consumidor em relação à coleta de dados pessoais, além de políticas transparentes e regulamentações que assegurem a privacidade e a segurança do cliente.

8 OS LIMITES PARA A UTILIZAÇÃO DOS ALGORITMOS NA PERSONALIZAÇÃO DO CONSUMO

Os algoritmos têm sido cada vez mais utilizados na personalização do consumo pelo código do consumidor, uma vez que a análise de dados sobre as preferências e comportamentos dos consumidores pode ser utilizada para oferecer produtos e serviços sob medida. No entanto, essa prática pode levantar questões éticas e legais relacionadas à privacidade e à discriminação.

A privacidade é cada vez mais importante na sociedade atual, à medida que a tecnologia permite coleta e análise de uma quantidade cada vez maior de dados sobre indivíduos. A personalização do consumo pelo código do consumidor pode envolver a coleta de informações sensíveis, como orientação sexual, crenças políticas ou de religião.

Portanto, é necessário estabelecer limites claros para o uso dessas informações, que devem ser coletadas de acordo com a legislação pertinente e com o consentimento do usuário.

Além disso, a utilização de algoritmos na personalização do consumo pode levar à discriminação. A análise de dados pode ser tendenciosa devido aos preconceitos implícitos nos dados utilizados, bem como na programação dos algoritmos. Isso pode levar a uma discriminação sistemática de grupos minoritários ou desfavorecidos. Portanto, é importante avaliar as decisões tomadas pelos algoritmos sob a perspectiva da equidade, da justiça e da não-discriminação.

Outro aspecto a ser considerado é a transparência dos algoritmos utilizados na personalização do consumo. Há um debate em curso sobre a necessidade de tornar esses algoritmos mais compreensíveis para os usuários, de modo que estes possam entender como as recomendações são geradas e como suas informações são utilizadas. Enfatiza que essa transparência é essencial para a confiança do usuário e para garantir que os algoritmos não tomem decisões arbitrárias ou enviesadas.

Por fim, é necessário assegurar que os algoritmos utilizados na personalização do consumo sejam consistentes com os valores e objetivos da empresa. Em outras palavras, as empresas devem ter uma clara compreensão dos riscos e benefícios do uso de algoritmos, bem como do impacto desses algoritmos na experiência do usuário e na reputação da empresa. A ética empresarial é um componente essencial do desenvolvimento responsável e sustentável de tecnologias como os algoritmos de personalização do consumo.

9 A IMPORTÂNCIA DA TRANSPARÊNCIA E DA CLAREZA NAS POLÍTICAS DE USO DOS ALGORITMOS

A utilização de algoritmos em diversos campos tem se tornado cada vez mais comum. Entretanto, a ausência de transparência e clareza nas políticas de uso desses

algoritmos pode resultar em riscos para a sociedade. Nessa perspectiva, a transparência e a clareza são fundamentais para garantir a segurança e a confiabilidade dos sistemas baseados em algoritmos.

A falta de transparência nas políticas de uso dos algoritmos pode favorecer a discriminação. Os algoritmos são opacos, e por isso não podemos avaliar como eles funcionam ou identificar a existência de possíveis vieses ou preconceitos em sua programação. Essa opacidade pode gerar discriminação e agravar desigualdades sociais.

Em contrapartida, a transparência pode possibilitar o monitoramento e a correção de possíveis problemas em algoritmos que podem afetar grupos de pessoas. A criação de políticas de transparência baseadas em avaliação de riscos. Essa prática consiste em oferecer informações claras sobre como os algoritmos funcionam e quais os potenciais riscos para diferentes grupos sociais envolvidos.

Ademais, a transparência também pode ser vista como um mecanismo de controle democrático sobre os algoritmos. A simples disponibilização de dados não garante que as pessoas consigam entender como os algoritmos funcionam. A participação do público e a disponibilização de informações claras e acessíveis são indispensáveis em um processo democrático de controle desses sistemas.

Por fim, a clareza na política de uso dos algoritmos pode auxiliar na construção da confiança entre as pessoas e o sistema. Sem a regulamentação para o uso de algoritmos geram desconfiança por parte dos usuários. Assim, a clareza e a transparência são fundamentais para garantir que as pessoas entendam como o sistema funciona e como ele está tomando decisões.

10 SOLUÇÕES PARA A GARANTIA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NA PERSONALIZAÇÃO DO CONSUMO ATRAVÉS DOS ALGORITMOS

A personalização do consumo através do uso de algoritmos tem se tornado cada vez mais comum nas práticas de mercado. No entanto, essa prática apresenta desafios para a garantia dos direitos do consumidor, uma vez que a personalização pode criar desigualdades e tornar difícil a avaliação dos produtos oferecidos. Neste contexto, são necessárias soluções que garantam a proteção dos direitos do consumidor e assegurem a transparência e a equidade nas práticas de mercado.

Uma das soluções propostas é a regulação dos algoritmos e a definição de critérios claros para a sua utilização. A regulação pode proteger os consumidores de práticas discriminatórias e assegurar que as decisões tomadas pelos algoritmos sejam devidamente

justificadas. Para isso a regulamentação deve ser baseada em três princípios fundamentais: transparência, justificção e responsabilidade.

Outra solução é a promoção do empoderamento dos consumidores. Os consumidores precisam estar cientes da existência e dos efeitos dos algoritmos e terem a possibilidade de influenciar as decisões tomadas por eles. Para isso, é necessário garantir a transparência das práticas de personalização e fornecer aos consumidores ferramentas que lhes permitam avaliar e comparar as opções de produtos.

Além disso, é importante que as empresas adotem práticas de responsabilidade social, que considerem os impactos social e ambiental de seus produtos e serviços.

A preocupação com o bem-estar dos consumidores e com o meio ambiente é um fator cada vez mais importante para a construção de marcas fortes e para a fidelização de clientes.

Por fim, uma solução para garantir os direitos do consumidor na personalização do consumo através dos algoritmos é a promoção da educação dos consumidores. A educação pode ajudar os consumidores a entender os efeitos dos algoritmos na personalização do consumo e a tomar decisões baseadas em critérios claros e bem informados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, os algoritmos são ferramentas poderosas que as empresas usam para personalizar o consumo de seus clientes e melhorar seus resultados financeiros. No entanto, essa prática pode afetar os direitos dos consumidores. Ao aplicar essas técnicas, as empresas podem estar violando a privacidade dos clientes, manipulando sua escolha de produtos e serviços e até mesmo discriminando determinados grupos.

É importante que as empresas trabalhem para garantir que seus algoritmos sigam as normas éticas e legais e para ajudar os consumidores a entender suas decisões e opções. A utilização de algoritmos pelas empresas para personalizar o consumo de seus clientes pode afetar diretamente os direitos dos consumidores previstos no código de defesa do consumidor. Embora a personalização possa trazer uma experiência de compra mais satisfatória, é importante que as empresas considerem a transparência na utilização e implementação dos algoritmos, para que o consumidor possa tomar decisões com base em informações claras e precisas.

Além disso, as empresas devem garantir que os algoritmos não sejam utilizados para discriminar ou violar os direitos dos consumidores, garantindo assim uma relação justa e equilibrada entre empresas e consumidores. É necessário um maior debate e reflexão sobre os impactos da automação e personalização do consumo, em respeito aos direitos do

consumidor e à ética nos negócios. As empresas precisam equilibrar a necessidade de personalização com o respeito aos direitos dos consumidores, para construir um futuro mais justo e sustentável. Ao fazer isso, as empresas podem criar um ambiente de confiança com seus clientes e se destacar da concorrência.

REFERÊNCIAS

DEPINÉ, Juliano. Os algoritmos podem influenciar positivamente na tomada de decisão. Redação Economia SC, Florianópolis-SC, 8 de novembro de 2021 às 09:00. Disponível em: <https://economiasc.com/2021/11/08/os-algoritmos-podem-influenciar-positivamente-na-tomada-de-decisao/>

WACHOWICZ, Marcos. Análise das funções dos algoritmos nas relações de consumo na Internet. GEDAI, Curitiba - PR, 20/07/2018. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/analise-das-funcoes-dos-algoritmos-nas-relacoes-de-consumo-na-internet/>

MINISTÉRIO DA CIDADANIA, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). gov.br, Brasília, 10 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acesso-a-informacao/lgpd>

DICKEL, Elisa Rech. Algoritmos e discriminação entre consumidores. Coluna O Direito e a Sociedade de Consumo / Coordenador Marcos Catalan, São Paulo-SP, 19/06/2020. Disponível em: <https://emporioidireito.com.br/leitura/algoritmos-e-discriminacao-entre-consumidores>

FERNANDA NONES E RENATO LEITE, LGPD e publicidade online: saiba os impactos para o seu negócio, Florianópolis - SC. 10 de novembro de 2021.

Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/marketing/Igpd-publicidade-online/>

PATEL, Neil. O que é algoritmo e como ele é utilizado na internet? Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/07/05/internet-e-redes-sociais/o-que-e-algoritmo/> Acesso em 10/02/2023.

CULPEPPER, Pepper D.; THELEN, Kathleen. Are we Amazon Primed? Consumers and politics of platform power. Comparative Political Studies, [S. l.], v. 53, n. 2, p. 288-318, 2021.

MARQUES DA SILVA, R.; FILGUEIRAS, F. Algoritmos de precificação e conluios implícitos: o que dizem as evidências?. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 10, n. 2, p. 45-63,

2022. DOI: 10.52896/rdc.v10i2.1014. Disponível em:
<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/1014>.
Acesso em: 3 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). gov.br, Brasília. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/transparencia/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd/a-lgpd/fundamentos-e-principios>

Secretaria-Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos, *LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018*, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). gov.br, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA PANDEMIA

LUCAS BORGES FERREIRA:

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG¹⁰².

ADRIANO DE OLIVEIRA RESENDE¹⁰³.

(orientador)

RESUMO: A pandemia afetou o Brasil trazendo repercussões em todos os campos, como por exemplo, na economia, na saúde, na educação, dentre outros. Também impactou o Poder Judiciário, objeto de estudo neste artigo. Dessa forma, é de suma relevância medidas urgentes e eficazes, para não comprometer a celeridade processual e a saúde de todos os serventuários, advogados, magistrados, estagiários entre outros operadores do Direito. Em face a este axioma, foram imprescindíveis o distanciamento social e as inovações tecnológicas, buscando sempre prezar pela saúde e pela mudança tecnológica do Judiciário. Diante desse cenário, esse estudo teve o objetivo de demonstrar a possibilidade da responsabilização civil do Estado frente à pandemia. Tratou-se de um estudo primário, observacional, transversal e explicativo embasado em portarias, resoluções e legislação brasileira como pilar do avanço do direito em meio pandêmico. Nos resultados, ficou evidente constatar que em razão da pandemia, o Poder Judiciário teve que se readaptar ao esse cenário, reprogramando audiências virtuais, intimações e citações por meios eletrônicos, além do trabalho remoto dos serventuários. Como consequências, notou-se que além da celeridade processual e otimização do tempo, causou um novo estímulo tecnológico que estava adormecido após a digitalização dos processos. Além disso, com as adaptações processuais resultou em uma economia expressiva no Poder Judiciário no ano de 2020 segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Palavras-chave: Atos Administrativos. Processo Civil. Celeridade processual.

COURT OF JUSTICE IN THE PANDEMIC

ABSTRACT: The pandemic affected Brazil bringing repercussions in all fields, such as economics, health, education, among others. It also impacted the judiciary, object of study in this article. Thus, it is of great relevance urgent and effective measures, so as not to compromise the procedural speed and health of all clerks, lawyers, magistrates, interns and

102 E-mail: l.ferreira.lb11@gmail.com.

103 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: adrianoresende.adv@gmail.com

other legal operators. In the face of this axiom, social distance and technological innovations were essential, always seeking to cherish the health and technological change of the judiciary. Given this scenario, this study aimed to demonstrate the possibility of civil liability of the state in the face of the pandemic. This was a primary, observational, transverse and explanatory study based on Ordinances, Resolutions and Brazilian Legislation as a pillar of the advance of law in pandemic medium. In the results, it was evident that due to the pandemic, the judiciary had to be readjusted to this scenario, reprogramming virtual hearings, subpoenas and citations by electronic means, as well as the remote work of the clerks. As a consequence, it was noted that in addition to the procedural speed and time optimization, it caused a new technological stimulus that was asleep after the process digitization. In addition, with procedural adaptations resulted in an expressive economy in the Judiciary in 2020 according to the National Council of Justice (CNJ).

Keywords: Administrative acts. Civil Procedure. Procedural speed.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Contextualização da temática. 4. Ausência física das partes no Egrégio Tribunal de Justiça e medidas de limitação em relação a pandemia. 4.1 Mecanismos processuais durante a Pandemia do COVID-19. 5. Impactos da pandemia da Covid-19: consequências jurídicas. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia afetou o Brasil trazendo repercussões em todos os campos, afetando a economia, saúde e trouxe seus reflexos até ao Poder Judiciário, objeto de estudo neste artigo. Dessa forma, é de suma relevância medidas urgentes e eficazes, para não comprometer a celeridade processual e a saúde de todos os serventuários, advogados, magistrados, estagiários entre outros operadores do Direito.

Em face a este axioma, foram imprescindíveis o distanciamento social e as inovações tecnológicas, buscando sempre prezar pela saúde e pela mudança tecnológica do Judiciário, uma vez que toda mudança é para melhorar e readaptar os servidores aos mecanismos tecnológicos novos.

Com o avanço pandêmico, o Poder Judiciário, assim como outros setores governamentais e privados, se viram obrigados a tomarem medidas urgentes para conter o avanço da pandemia.

Em virtude do ocorrido, foram necessárias providências prioritárias como a realização do trabalho de forma remota que teve força devido ao distanciamento social. Sendo assim, a tecnologia no Judiciário precisou de uma adaptação rápida, impulsionando a uso intenso durante a pandemia.

Neste contexto, a problemática desse estudo se deu pela seguinte indagação: houve algum tipo de melhoria no Poder Judiciário no decorrer do cenário pandêmico? Na tentativa de responder o problema de pesquisa, o presente artigo teve como objetivo analisar e expor os impactos da pandemia sob a ótica do Poder Jurisdicional.

Também foi analisado as adaptações processuais utilizadas para que o Poder Judiciário não parasse suas atividades em meio ao distanciamento social. Enfatizou-se ainda, os efeitos da pandemia para os advogados, e como se deu maior agilidade aos cartórios do Judiciário.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo e qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, nos meses de fevereiro e março de 2023.

3. CONTEXTUALIZAÇÃO DA TEMÁTICA

Para se analisar o enfrentamento do Poder Judiciário perante a pandemia provocada pela Covid-19 é preciso antes, contextualizar esse cenário, para posteriormente discutir seus efeitos na área jurídica. Nesse sentido, esse tópico se restringe a apresentar os principais aspectos envolvendo a pandemia global trazida pela expansão do contágio da Covid-19.

A Covid-19 é um termo criado para representar uma infecção respiratória aguda oriunda do coronavírus SARS-CoV-2, que pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae. É considerada uma doença, pela qual é verificada uma taxa expressiva de transmissão entre os indivíduos. Originalmente, essa doença surgiu na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China em meados do fim de 2019 (SPADACIO; ALVES, 2020).

De acordo com Wray (2023) o vírus da Covid-19 pode ter vazado de um possível incidente em um laboratório chinês, localizado em Wuhan. Vilardaga (2020) por sua vez explica que a expansão do contágio da Covid-10 se deu por meio da população humana pelo menos duas vezes durante um período de aproximadamente duas semanas no mercado de Huanan, em associação com comércio de animais vivos, em especial de morcegos.

De qualquer modo, o governo chinês nega essas teorias, o que deixa em vago o real fator de surgimento do presente vírus. Apesar disso, uma coisa é fato: a Covid-19 saiu de Wuhan, expandiu-se no território Chinês e se espalhou pelo mundo, causando assim uma pandemia global (WRAY, 2023).

A forma como essa doença é transmitida se dá de vários modos, sendo os principais: contato (feito pelo contato direto com um indivíduo contaminado), gotículas (feito por meio da exposição a gotículas respiratórias expelidas, contendo o vírus, por quem já está contaminado) e por aerossol (gotículas pequenas que contenham o vírus e que podem permanecer suspensas no ar). (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020).

Os danos diretos causados pela Covid-19 também são variados, indo desde o surgimento da Síndrome Aguda Respiratória Severa (SARS) a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS). Os seus sintomas mais frequentes são febre, vômito, sono, dentre outros (SOUZA, 2022).

O que se tem de fato é que desde o seu surgimento, a pandemia provocada pela Covid-19 trouxe efeitos nefastos à sociedade global. Milhares de pessoas foram (e ainda são) mortas em virtude dessa doença. A título de exemplo, em pesquisas atuais, a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou dados que mostram que a pandemia da Covid-19 já matou 6,8 milhões de pessoas e teve 759 milhões de contaminações em todo o mundo. No Brasil, já causou 699 mil mortes e 37 milhões de casos (COIMBRA, 2023).

Na busca pela prevenção do contágio, diversas medidas foram tomadas. Dentre as principais se destacam a higienização das mãos, deixar os ambientes bem ventilados sempre que possível, evitar aglomerações e reduzir ao máximo o contato próximo com muitas pessoas, principalmente em espaços fechados e uso de máscaras (SOUZA, 2022).

Por conta desse cenário, a sociedade como um todo teve que se readaptar a uma nova realidade: o isolamento social. Medida principal para que a Covid-19 não se espalhe ainda mais, nos anos de 2020 a 2021 (pico maior da doença) o isolamento e distanciamento social foram as medidas mais urgentes e necessárias para conter a expansão do vírus (TEIXEIRA, 2020).

Em razão disso, escolas, indústrias, empresas de todos os ramos e demais estabelecimentos foram fechados, trazendo danos financeiros. Além disso, hospitais ficaram sobrecarregados de pacientes por conta da transmissão do vírus. Ou seja, a pandemia gerada pela Covid-19 impactou sobremaneira a sociedade (TEIXEIRA, 2020).

4. AUSÊNCIA FÍSICA DAS PARTES NO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E MEDIDAS DE LIMITAÇÃO EM RELAÇÃO A PANDEMIA

No capítulo anterior verificou-se que a pandemia provocada pela Covid-19

impactou fortemente o mundo, modificando a sociedade e o mercado de trabalho. Isso também foi encontrado no meio jurídico. De acordo com Ultimatum (2022) notou-se que o sistema judiciário brasileiro se adaptou de forma bastante positiva, trazendo importantes benefícios, como por exemplo, dar mais acesso às informações.

Com isso, fizeram com que os custos diminuíssem e a produtividade dos tribunais e cartórios aumentassem de forma bastante expressiva. Nesse sentido, quem impulsionou o Poder Judiciário em tempos pandêmicos, inclusive suspendeu as atividades presenciais, foi o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que buscou estabelecer a atividade dos tribunais por meio de resoluções e atos normativos (LIMA; NETO, 2020)

A fim de prevenir a disseminação da doença e evitar o contágio direto, a Corregedoria-Geral de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, em atendimento também às normas editadas pelo CNJ, expediram diversos atos normativos com a finalidade de aplicar medidas temporárias para conter a disseminação do coronavírus (COVID-19) no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins (LEAL; PEREIRA, 2020).

Como forma de ilustrar esse cenário, apresenta-se o Quadro 1 que mostra algumas ações jurídicas implantadas no decorrer do período mais abrangente da pandemia:

QUADRO 1 – AÇÕES JURÍDICAS NO PERÍODO DE PANDEMIA

MEDIDA JURÍDICA	DESCRIÇÃO
<p>ATOS CONJUNTOS – PRESIDÊNCIA/CORREGEDORIA DO TOCANTINS: Portaria-Conjunta nº 001 – 17/03/2020</p>	<p>Recomenda a adoção de medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus (COVID-19) e dá outras providências.</p>
<p>PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS: Decreto Judiciário Nº 109, de 13 de 03 de 2020</p>	<p>Adotar medidas temporárias de prevenção da disseminação do Coronavírus (COVID-19) no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, as quais devem vigorar até 30 de abril de 2020.</p>

<p>CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA: Provimento nº 91, 22 de março de 2020</p>	<p>Dispõe sobre a suspensão ou redução do atendimento presencial ao público, bem como a suspensão do funcionamento das serventias extrajudiciais a cargo dos notários, registradores e responsáveis interinos pelo expediente, como medidas preventivas para a redução dos riscos de contaminação com o novo coronavírus, causador da COVID-19, e regula a suspensão de prazos para a lavratura de atos notariais e de registro.</p>
<p>ORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA: Recomendação nº 45, de 17 de março de 2020</p>	<p>Dispõe sobre medidas preventivas para a redução dos riscos de contaminação com o novo coronavírus, causador da COVID-19, no âmbito das serventias extrajudiciais e da execução dos serviços notariais e de registro.</p>

Fonte: Elaborado pelo autor (2023)

No entendimento de Arena, Porto e Campos (2020), as medidas jurídicas refletiram de uma maneira bastante eficaz. Os resultados positivados foram relevantes, a ponto que até os dias atuais diversas ações ainda são implantadas, como por exemplo o uso de audiência por videoconferência. Outrossim, foi vantajoso ao jurisdicionado em economicidade ao Judiciário, tendo em vista obedecer a celeridade processual.

4.1 Mecanismos processuais durante a Pandemia do COVID-19

Em razão das mudanças naturais ocorridas pela pandemia, o sistema jurídico brasileiro teve que se adaptar. No caso do Poder Judiciário, foram solicitados investimentos na área tecnológica, com intuito de celeridade processual, satisfazer o interesse do jurisdicionado e promover à Justiça.

As adaptações processuais de maior relevância para o Poder Judiciário foram: as audiências por videoconferência ou telepresenciais, que antes eram feitas todas presencialmente por intermédio de um rito padrão ofertado pela Autoridade Judiciária, as citações e intimações por meio eletrônico e o trabalho remoto dos serventuários da justiça (NETO; ANDRADE, 2022).

Nos dizeres de Siqueira, Lara e Lima (2020), a transformação digital só faz sentido quando ela consegue mudar as relações entre os cidadãos e seus governos, ampliando os mecanismos de transparência e aproximando essas duas esferas. Para Silva (2021), automatizar os processos traz muitos benefícios em todas as pontas, como a redução de tempo nas tarefas diárias, desburocratização de serviços, economia de recursos naturais, humanos e financeiros, maior mensuração e visualização de resultados concretos.

Com isso, o grande propósito da digitalização deve ser aumentar a eficiência da gestão pública, sempre buscando melhorias e aproximação com a população, para que os governantes estejam cada vez mais conectados com seu verdadeiro propósito. Como bem acentuam Tejadas e Junqueira (2021), em tempo de pandemia, é importante entender que a transformação tecnológica vai muito além do que se encontra atualmente, serve também como um meio para remodelar processos e agilizar os procedimentos judiciais.

No que se refere à audiência telepresencial e videoconferência, insta salientar inicialmente que ambas são institutos distintos. Na primeira, as sessões telepresenciais são audiências realizadas a partir de ambientes físicos externos ao fórum ou juízo. Já na segunda, a comunicação à distância é realizada em ambientes de unidades judiciárias (TELA, 2020).

Ambos os institutos foram criados com alta probabilidade de sanar os vícios trazidos pela pandemia: contato pessoal com o público tanto de servidores, quanto de magistrados.

De acordo com Neto e Andrade (2022) a implantação dessas medidas foi importante, tendo em vista a eficiência administrativa e operacional do Poder Judiciário a alcançar maior efetividade com a menor duração dos trâmites judiciais sobre o cumprimento digital dos atos processuais.

A jurisprudência tem entendido essa importância, conforme citado no julgado a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **IMPUGNAÇÃO DE DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA**. SEGURANÇA DENEGADA NO REGIONAL CONFORME A DIRETRIZ DA OJ 92 DA SBDI-2 DO TST. AUDIÊNCIA EFETIVADA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. 1. **Mandado de segurança impetrado contra decisão em que determinada a realização de audiência de instrução por videoconferência**. A Impetrante pleiteou que se determinasse o adiamento da audiência telepresencial e que a autoridade judicial de primeira instância se abstivesse de designar

qualquer outra audiência telepresencial 2. A Corte a quo denegou a segurança, com fundamento na diretriz da OJ 92 da SBDI-2 do TST. 3. Todavia, em consulta ao sítio eletrônico do TRT, é possível verificar que, após a denegação da segurança, efetivamente foi realizada a audiência telepresencial, inclusive, com homologação do acordo ajustado entre as partes. Configurada, portanto, a perda superveniente do interesse processual, impõe-se, por outros motivos, a confirmação da denegação da segurança, com fulcro no artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009 c/c art. 330, III, do CPC de 2015. Recurso ordinário conhecido e não provido. (TST - ROT: 201356520215040000, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 05/10/2021, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 08/10/2021). (grifo meu)

No caso acima, a impetrante acentua que não se pode deixar de salientar a fragilidade das plataformas utilizadas, já que exclusivamente privadas. A ausência de normas que regulamentam a extração e utilização de dados pessoais, via inteligência artificial, pode gerar uma série de contratempos e dúvidas que podem contaminar o processo. No entanto, mesmo com esse argumento, a audiência foi feita por meio de videoconferência.

Assim, o magistrado entendeu que já realizada audiência por videoconferência cuja designação é impugnada no mandado de segurança, e proferida decisão homologatória de acordo no feito originário, resta evidente a perda do interesse processual da ação mandamental, em razão da inexistência do binômio utilidade/necessidade do provimento jurisdicional.

Salienta Tela (2020) que tanto a audiência telepresencial quanto por videoconferência são equiparadas às presenciais para todos os fins legais, sendo asseguradas a publicidade dos atos praticados e as prerrogativas processuais de advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, partes e testemunhas. Soma-se a isso que, as oitivas são gravadas e o arquivo audiovisual juntado aos autos ou disponibilizado em repositório oficial de mídias indicado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ (PJe Mídias) ou pelo tribunal.

Leal e Pereira (2020) explicam que o uso da videoconferência se deu pelo aumento exponencial da produtividade da justiça durante a pandemia. Conforme explana o ex-presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), Dias Toffoli (2021 *apud* TEJADAS; JUNQUEIRA, 2021, p. 05), o uso da videoconferência se tornou fundamental para que "a Justiça brasileira continue ativa e preste um serviço de qualidade à sociedade, que também está se transformando e demandando cada vez mais soluções desta natureza".

Com a implantação de tais medidas, outras também foram utilizadas nesse cenário. Tem-se como exemplo a citação e intimação por meio do “WhatsApp” ou aplicativo similares. O uso desse tipo de ferramenta foi regulado por meio da Lei nº 14.195/21 que alterou o Código de Processo Civil determinando que a citação seja feita, preferencialmente, por meio eletrônico, conforme expressa o seguinte texto legal:

Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça.

(...)

§ 1º As empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

§ 1º- A. A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação:

I – Pelo correio

II – Por oficial de justiça;

III – Pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;

IV – Por edital.

(BRASIL, 2021)

Deste modo, tem-se a necessidade de cadastrar a parte que será citada nos sistemas do processo em autos eletrônicos para poder receber citações e intimações eletrônicas e caso a citação eletrônica não tenha sua devida confirmação de recebimento, vai ser usado a maneira antiga com o Oficial de Justiça (BRASIL, 2021).

5. IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Na medida em que a pandemia evoluía, várias áreas do meio jurídico também

sofreram consequências. Neste cenário, tiveram que se readaptar a nova realidade que atingia a todos.

A *priori*, encontra-se o papel do Estado nesse contexto. Em razão da pandemia, alguns julgados tiveram como base as mudanças nas relações comerciais, familiares, pessoais e sociais de modo que o Judiciário teve que se adaptar a nova realidade. No caso abaixo, encontra-se uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) impetrada em razão das medidas por causa da covid19; a saber:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI 14.279/2020 DO ESTADO DA BAHIA. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA E PROPORCIONAL DAS MENSALIDADES NA REDE PARTICULAR DE ENSINO EM DECORRÊNCIA DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE CARÁTER TEMPORÁRIO PARA ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DO CORONAVÍRUS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE DIREITO CIVIL (ART. 22, I, DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. PROCEDÊNCIA. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). 3. A Lei 14.279/2020 do Estado da Bahia, ao determinar a redução obrigatória e proporcional das mensalidades na rede particular de ensino, em decorrência das medidas restritivas de caráter temporário para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, viola a competência da União para legislar sobre Direito Civil (art. 22, I, CF), por se tratar de norma abstrata sobre direito civil, afastando-se da competência concorrente dos estados para editar normas sobre responsabilidade por danos aos consumidores (art. 24, V, CF). 4. **Efeitos jurídicos da Pandemia COVID-19 sobre os negócios jurídicos privados, inclusive decorrentes de relações de consumo, foram tratados pela Lei 14.010/2020, que estabeleceu o Regime Jurídico Emergencial e**

Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19), reduzindo o espaço de competência complementar dos Estados, ausente previsão geral de modificação dos contratos de prestação de serviços educacionais. 4. Ação direta julgada procedente. (STF - ADI: 6575 DF, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 21/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/02/2021). (grifo meu)

No caso, a requerente alega usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito civil, notadamente direito contratual, nos termos do art. 22, I, da CRFB; pela extrapolação da competência concorrente para legislar sobre direito do consumidor e educação, prevista no art. 24, V e IX, da CRFB, visto não estar presente qualquer particularidade regional.

O relator da ADI pondera que não se trata de alterar a estrutura da relação obrigacional, mas, diante da especificidade local decorrente da pandemia e seus reflexos no setor educacional, proteger os consumidores diante do inadimplemento parcial – ainda que por motivos imprevisíveis/ou força maior – do serviço contratado.

Outro impacto sentido pela pandemia foi na área da advocacia. Os fóruns suspenderam suas atividades presenciais, cancelaram audiências, acabaram as consultas e reuniões presenciais e as atas dos cartórios se tornaram digitais, além do fato de que os atendimentos dos clientes passaram a ser de forma remota (TELA, 2020).

Assim, os profissionais que buscaram inovações, conseguiram ter uma redução nas despesas. Entende Antunes (2020) que esse período possibilitou o advogado de economizar significativamente, sem precisar de espaços físicos.

Como já mencionado anteriormente, a pandemia, teve-se audiências e sessões por videoconferência, plataformas virtuais e trabalho de forma remota. Dessa forma, os escritórios de advocacia também tiveram que se adaptar com os novos métodos de trabalho. Fato é que tais adaptações geraram também alguns benefícios, como maior praticidade, agilidade e otimização do tempo (SILVA, 2021).

No campo das audiências, foi garantido uma garantida linha de comunicação direta e reservada para contato entre o réu com o defensor durante o ato, caso não estejam no mesmo ambiente. Em face a este cenário, a participação do Magistrado, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público ocorreram na sala do estabelecimento prisional em que se encontra a pessoa privada de liberdade, na sede do foro ou em ambos (SILVA, 2021).

Ademais, percebeu-se no decorrer deste estudo, que a pandemia trouxe uma nova roupagem para o Poder Judiciário brasileiro. O seu impacto fez com que novos arranjos na forma de exercer a prática jurídica fosse readaptado. Com isso, foi preciso fazer uso ainda mais constante das ferramentas tecnológicas.

Se antes da pandemia, a cultura digital já adentrara na seara jurídica, com o advento da pandemia da Covid-19 ficou mais evidente a importância do seu uso, uma vez que foi por meio das ferramentas digitais, o trabalho de comarcas, escritórios de advocacia e demais setores da área jurídica foi realizado de maneira eficiente e prática.

As opções trazidas pela legislação para driblar os efeitos negativos da pandemia no meio jurídico, no entendimento deste estudo, não apenas foram necessárias, como foram vantajosas para os operadores do Direito e principalmente para a sociedade, que não ficou sem o seu amparo no período mais conturbado da pandemia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de suma relevância expor que o avanço da pandemia do Coronavírus, trouxe consigo, profundas mudanças no cenário mundial. E a medida mais sábia para combater o vírus foi o distanciamento social, assim, obrigando todos a uma adaptação célere e eficaz. Portanto, se tratando do Poder Judiciário não foi diferente, medidas tecnológicas foram aprimoradas para que não houvessem a paralisação total.

Tendo em vista o cenário apresentado pela pandemia da Covid-19, o que se verificou no decorrer deste estudo é que o Poder Judiciário teve de se reinventar e se adaptar a nova realidade trazida pela pandemia. Devido às restrições impostas nesse período, como o isolamento e distanciamento social, as audiências, por exemplo, tiveram de ser feitas por meio digital e/ou remoto.

Além das audiências, intimações e citações também foram realizadas por meios digitais. Dessa forma, o que se notou foi que essa nova realidade evidenciou ainda mais a necessidade de inclusão definitiva dos meios tecnológicos para a realização de atividades jurídicas.

Se o meio digital já vinha numa crescente importância para o meio jurídico, com a pandemia ele ficou ainda mais claro a sua necessidade e praticidade. Nos dias após o ápice da pandemia (que ainda não acabou), o uso dos aparatos tecnológicos ainda é uma realidade presente.

Ademais, fica nítido observar também que nos estudos coletados, restou estabelecido que a cultura digital no âmbito jurídico traz celeridade processual, otimização do tempo e principalmente uma economia expressiva no Poder Judiciário.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado**. São Paulo: Boitempo, 2020.

ARENA, Marcela Casanova Viana; PORTO, Ana Cristina dos Santos; CAMPOS, Denice Machado de. **Acesso à justiça em tempos de pandemia de COVID-19: uma solução consensual e tecnológica para os conflitos trabalhistas**. Revista Cidadania e Acesso à Justiça, v. 6, n. 2, p. 01 – 17, jul./dez. 2020.

COIMBRA, Vinicius. **Pandemia completa três anos com 699 mil mortes e 37 milhões de casos no Brasil**. 2023. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2023/03/pandemia-completa-tres-anos-com-699-milmortee37milhoesdecasosnobrasilclf1gkxjt008u017y61154ui8.html>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

LEAL, Fernando; PEREIRA, Thomaz. **Judiciário, ciência e a pandemia: dois desafios, três papéis**. Conjuntura Econômica, p. 36-37, jul. 2020.

LIMA, Adriana Sousa; NETO, Newton Pereira Ramos. **Gestão judicial da pandemia covid-19: o trabalho remoto como regra de funcionamento do Poder Judiciário**. Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça. Encontro Virtual, v. 6 n. 2 p. 22 – 40. Jul/Dez, 2020.

MACEI, Demetrius Nichele; VOSGERAU, Bruno Roberto; ANDRETTA, Juliane Tedesco. **O papel do estado pela atuação do poder judiciário nos conflitos contratuais em tempos de pandemia do Covid-19: a fraternidade como elemento de decidir**. Relações Internacionais no Mundo. Vol. 1 Issue 26, p. 75-98. 24; Jan-Mar. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 12 ed. Editora Atlas: 2017.

NETO, Rinaldo Correia da Silva; ANDRADE, Ruan Matheus Silva. **O avanço do Poder Judiciário durante a pandemia**. 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/25247/1/TCC%20-%20FINAL.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2023.

SILVA, Jacinto Farias Pacheco da. **A atuação do poder judiciário brasileiro durante a pandemia de COVID-19: impactos e inovações**. Revista Da ESMESC, 28(34), 248–269; 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Correa Pavesi; LIMA, Henriqueta Fernanda C. A. F. **Acesso à justiça em tempos de pandemia e os reflexos nos direitos da personalidade**. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, n. 38, p. 25-43, dez. 2020.

SOUZA, Maria de Fátima Rufino de. **O comércio eletrônico durante a pandemia do coronavírus: uma análise acerca do grau de confiabilidade dos consumidores**. Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba (IFPB), curso

Superior de Bacharelado em Administração, como requisito institucional para a obtenção do Grau de Bacharel(a) em Administração. João Pessoa, 2022.

SPADACIO, Cristiane; ALVES, Márcia Guimarães de Mello. **Nos entremeios: o biológico e o social no Brasil no contexto da COVID-19 e o papel da Atenção Primária à Saúde**. APS EM REVISTA, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 61–65, 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio eletrônico e legislação aplicável**. Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555593242.

TEJADAS, Silva da Silva; JUNQUEIRA, Maíz Ramos. **Serviço Social e pandemia: desafios e perspectivas para a atuação no sociojurídico**. Serv Soc Soc., 2021 (140):101–17.

TELA, Alexandre A. F. **Audiências virtuais: uma visão advocatícia**. In: EPM – Escola Paulista da Magistratura. Paradigmas jurídicos no pós--pandemia. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, n. 55, p. 1-224, jul./set. 2020.

ULTIMATUM. **Saiba como a pandemia mudou o Judiciário**. 2022. Disponível em: <https://www.ultimatum.com.br/saiba-como-a-pandemia-mudou-o-judiciario/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

WRAY, Christopher. **Chefe do FBI diz que coronavírus pode ter vazado de laboratório na China**. 2023. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/chefe-do-fbi-diz-que-coronavirus-pode-ter-vazado-de-laboratorio-na-china/>>. Acesso em: 01 mar. 2023.

VASCONCELOS, Natalia Pores de; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Henrique Yu Jiunn. **Pandemia Só das Grades para Fora: os Habeas Corpus Julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo**. Insper – Repositório Digital. v.1 n.1, 2020.

VILARDAGA, Vicente. **O impasse na saúde**. 2019. Disponível em: <<https://istoe.com.br/o-impasse-na-saude/>>. Acesso em: 01 mar. 2023.

VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA MULHER NA ESFERA VIRTUAL

ANA GABRIELA DE AGUIAR LIMA:

Advogada. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela UFPE. Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Membro da subcomissão de estudos sobre o Tribunal do Júri na OAB/PE.

RESUMO: O presente trabalho visa abordar sobre as formas de violências praticadas contra a mulher na esfera virtual, ou seja, por meio da internet, da rede mundial de computadores. O artigo discorre 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 e sua tranquilidade e saúde psicológica, havendo consumado os delitos tratados nestes apontamentos. Neste artigo científico, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica. 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 artigo dirige-se a estas últimas.

PALAVRAS CHAVES

Lei Carolina Diekmann. Pornografia de vingança. *Stalking e Cyberstalking*.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Lei Carolina Diekmann 2. Pornografia de vingança – *reveng porn* 3. *Stalking e Cyberstalking*. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

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 pessoas, 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. Invadir 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. CONSEQUENCIAS 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- Pratica 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 esta 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)

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 estupro 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, WhtasApp, 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 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 *revenge 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 cibercultura 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).

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 é 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, lincês, 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)

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)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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 artigo 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

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 28 de março de 2023.

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.

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.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: volume 2: parte especial: artigos 121 a 212 do código penal** / Rogério Greco. – 19. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

LANA, Alice de Perdigão. **Mulheres Expostas: *revenge porn*, gênero e o Marco Civil da Internet.** Curitiba; GEDAI/UFPR, 2019.

SANCHES, Rogério Cunha. **Manual de Direito Penal – Volume único.** 12ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: ANÁLISE DAS CONEXÕES AO DIREITO INTERNO E DOS CASOS CONTENCIOSOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CONTRA O ESTADO BRASILEIRO

LORENA SILVA PEREIRA: Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pelo Instituto Luiz Flávio Gomes.¹⁰⁴

Resumo: Em atenção à nuance da mulher do âmbito internacional, notadamente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o presente artigo se propõe a abordar os casos mais emblemáticos envolvendo o Brasil em que, de forma direta ou reflexa, a temática foi esmiuçada, bem como a demonstrar sua correlação ao direito interno.

Palavras-chave: Mulher. Estereótipos. Vulnerabilidade. Sociedade.

Abstract: Bearing in mind the nuance of the topic of women at the international sphere, notably in the Inter-American System of Human Rights, this article proposes to address the most emblematic cases involving Brazil in which, directly or reflexively, the theme was detailed, as well as demonstrate its correlation to national law.

Keywords: Women. Stereotypes. Vulnerability. Society.

Sumário: 1. Introdução. 2. Decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal atinentes aos direitos das mulheres. 3. Casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Estado brasileiro envolvendo mulheres. 3.1. Caso Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e outros vs. Brasil. 3.2. Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A necessidade de promoção da representatividade feminina urge a medida em que uma mulher é subjugada, diminuída e esquecida em nossa sociedade. A influência, arcaica e remota, do patriarcado, não obstante encontre suas raízes em milhares de anos, se

104 Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pelo Instituto Luiz Flávio Gomes.

perpetua, e, notoriamente, tenta silenciar àquelas erroneamente tituladas como “sexo frágil”.

Ao longo da história, os papéis destinados às mulheres foram se alterando e se adequando a uma compreensão de que elas podem estar onde desejarem e ocuparem os papéis que ansiarem. Tais avanços são instrumentos hábeis a dar visibilidade à multilateralidade e ao protagonismo femininos, assim como à participação na construção da história do mundo.

A despeito deste cenário, olhar para trás e para “hoje” nos revela que um sentimento de “apropriação” ainda persiste, sendo crucial a reflexão sobre a questão. A própria data de 8 de março, conhecida mundialmente como “o dia das mulheres”, possui tal marco haja vista que no ano de 1911 um terrível incêndio em uma fábrica têxtil de Nova York vitimou 146 (cento e quarenta e seis) mulheres, que, 2 (dois) anos antes, haviam realizado uma greve operária em defesa de seus direitos trabalhistas¹⁰⁵.

O referido episódio, estopim para diversos movimentos sociais e sindicais, evidencia a intrínseca situação de vulnerabilidade que a mulher carrega consigo, que, frise-se, não se restringe ao seu sexo biológico, abarcando também todos e todas que assim se veem.

Aproximadamente 87 (oitenta e sete) anos após a morte das trabalhadoras em Nova York, tragédia similar ocorreu no Brasil no Município de Santo Antônio de Jesus, no Estado da Bahia, em 1998. A explosão de uma fábrica de fogos de artifício ocasionou o óbito de 60 (sessenta) pessoas, dentre as quais, 59 (cinquenta e nove) eram mulheres.

É como se um ciclo se repetisse. A promoção da dignidade da pessoa humana, espeque da Constituição Federal, juntamente com o seu objetivo expresso de construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação, não pode se tornar norma inócua.

2. Decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal atinentes aos direitos das mulheres

O Supremo Tribunal Federal, imbuído de efetiva prestação jurisdicional, com o fito de fortalecer a cultura de direitos humanos no âmbito do Poder Judiciário, tem exarado importantes entendimentos jurisprudenciais quanto ao tema.

Abordando-se as decisões pragmáticas, destaca-se, de início, àquela proferida em 2008 na ADI 3.510, em que se reconheceu a constitucionalidade do uso de células tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Nesta, reconheceu-se o direito à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade, no sentido de

¹⁰⁵ <https://www.osha.gov/aboutosha/40-years/trianglefactoryfire> Acessado em 30/03/2023

que o recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidadação no corpo da mulher de todos os óvulos fecundados.

Em sede de ação direta de inconstitucionalidade, debateu-se o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105/05, conhecida como a “Lei de Biossegurança”, que dispôs sobre a pesquisa com células tronco embrionárias. O STF consignou que não há falar que a utilização de embriões humanos ocasionaria a destruição e a consequente violação ao direito à vida, vez que o embrião pré-implantado é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido a que se refere a Carta Magna.

Em 2012, o Supremo, na ADI 4.424, decidiu que a ação penal nos crimes tipificados na Lei Maria da Penha é pública incondicional, ou seja, prescindem de representação da ofendida para instauração. Esta ação direta de inconstitucionalidade teve como objeto a Lei dos Juizados Especiais e foi postulada a incidência de interpretação conforme à tal legislação, com fulcro nos artigos 5º, inciso XLI, e 226, § 8º, da Constituição de 1988, a fim de que Lei nº 9.099/95 não seja aplicada aos crimes tipificados na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) e aos delitos de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico.

No mesmo ano, emanou-se decisão referente à constitucionalidade da Lei Maria da Penha, a Lei nº 11.340/06, na ADC 19, rechaçando fundamentos quando à suposta ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade. Ainda em 2012, em sede de arguição de preceito fundamental nº 54, se tornou viável a interrupção da gestação de feto anencefálico, não sendo equiparado aos tipos penais relacionados ao crime de aborto.

Já em 2014, o Supremo Tribunal Federal delineou a constitucionalidade do intervalo de 15 (quinze) minutos antes da jornada extraordinária da mulher no RE 658.312, fixando tese no sentido de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras.

No ano de 2016, no RE 778.889, igualou-se os prazos da licença adotante e de suas prorrogações aos prazos da licença gestante, independentemente da idade da criança adotada. Tal entendimento, sedimentado inclusive em sede de repercussão geral, deu interpretação sistemática ao texto constitucional à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da autonomia da mulher e do princípio do melhor interesse da criança, reforçando ainda o dever do Estado de oferecer condições que compatibilizem a maternidade e a profissão, sobretudo quando for fruto de adoção, dada a atenção à adaptação do adotado.

Em 2018, na ADI 5.617, tratou-se do financiamento eleitoral de candidaturas femininas, equiparando o patamar legal mínimo destas candidaturas ao mínimo de

recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% (trinta por cento) do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais.

No mesmo ano, no Recurso Extraordinário 1.058.333, foi declarada a constitucionalidade da remarcação de teste de aptidão física de candidata grávida, em respeito aos ditames da igualdade material, liberdade individual, direito à saúde, à maternidade e ao planejamento familiar. De forma congruente, ficou consignado que a candidata só poderia demonstrar sua aptidão física após superado o estado gravídico e que a realização do teste em período de gestação colocaria em risco a saúde da mãe e do bebê.

No ano de 2019, na ADI 5.938, reconheceu-se a tutela constitucional à maternidade e trabalho insalubre, sob o fundamento de que à maternagem e à integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico.

Já em 2020, como grande marco no âmbito educacional, o STF declarou a inconstitucionalidade da exclusão de material didático sobre gênero da rede mundial de ensino, bem como da diversidade de gênero e da orientação sexual da política municipal de ensino. Tais decisões foram emanadas na ADPF 457, ADI 600, ADPF 461 ADPF 465, ADPF 256, ADI 5.580 e 5.537, e ADPF 467.

Salientando o recorte racial que há na análise das vulnerabilidades da mulher, também em 2020, na ADPF 738, determinou-se a necessidade de implantação de políticas públicas de caráter afirmativo, a fim de concretizar a dimensão material do princípio da igualdade, previsto pelo art. 5º da Constituição Federal.

Em 2021, na ADPF 779, o Supremo reconheceu a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra em feminicídios, com vistas a obstar a naturalização e a perpetuação da violência contra a mulher.

O referido panorama histórico denota não apenas o compromisso institucional do Poder Judiciário com a concretização dos direitos humanos, mas também o crescente diálogo jurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e o Sistema Interamericano de Proteção destes direitos, acarretando, assim, o fortalecimento da proteção da dignidade humana no Brasil.

3. Casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Estado brasileiro envolvendo mulheres

Feita a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito interno, salutar tratar da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente à promoção dos direitos humanos das mulheres, especialmente em sua função contenciosa.

Diversos são os casos julgados pela Corte em que a mulher figura como vítima direta ou reflexa, sendo que, majoritariamente, a inobservância aos direitos por ela tutelados se dá por ainda ser vista como um ser inferior.

Neste tópico, abordaremos alguns destes casos envolvendo o Brasil, analisando suas peculiaridades e especificidades.

3.1. Caso Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e outros vs. Brasil

Conforme se extrai da sentença da Corte, na data de 11 de dezembro de 1998 se deu uma explosão em uma fábrica de fogos de artifício localizada no Município de Santo Antônio de Jesus, no Estado da Bahia. A fábrica consistia em um conjunto de tendas, localizadas em uma área de pasto, com algumas mesas de trabalho compartilhadas. Como consequência da explosão, morreram 60 (sessenta) pessoas e 6 (seis) sobreviveram. Entre as pessoas que vieram a óbito, 59 (cinquenta e nove) eram mulheres, das quais 19 (dezenove) eram meninas e 1 (um) menino¹⁰⁶.

Vislumbra-se que das 59 (cinquenta e nove) mulheres que faleceram, a grande maioria eram mulheres negras e com baixo grau de escolaridade, que, por extrema necessidade, submetiam-se a contratações informais, cuja remuneração era irrisória. Consiste na 9ª condenação do Estado Brasileiro perante a Corte, tendo o país sido responsabilizado pela violação de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais dada sua omissão e negligência na garantia destas vítimas frente a atores privados.

A intersecção de vulnerabilidades, quais sejam, mulheres, negras e pobres, facilitou a instalação da fábrica em questão, e a confluência destes fatores, somado à inobservância das condições satisfatórias no ambiente laboral, foram determinantes ao ocorrido.

Ademais, não se pode olvidar que o caso em comento possui especial relevo ao se ter em perspectiva a exploração não apenas de mulheres adultas, mas de meninas, tornando ainda mais gritante a discriminação estrutural e histórica, que, frise-se, como bem mencionado pela Corte na sentença exarada, é passível de responsabilização estatal ainda que manifesta em uma empresa privada, posto que "*os Estados devem velar por três*

¹⁰⁶ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_407_por.pdf Acessado em 30/03/2023

princípios ou obrigações básicas em um contexto de atividades empresárias que se encontrem em baixo de sua jurisdição: proteger, respeitar e reparar"¹⁰⁷.

Nesse sentido, a Defensora Pública Patrícia Magno preleciona que *"a Corte IDH reconheceu expressamente que a violação do artigo 26 da CADH se deu no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica e do pertencimento étnico-racial, que ainda tem um efeito desproporcionalmente lesivo às mulheres (discriminação indireta)"*¹⁰⁸

Desta forma, o caso escancara o racismo estrutural e a feminização da pobreza existente em nosso país, nos levando a refletir, identificar, e, principalmente, reverter tal quadro com políticas públicas direcionadas ao princípio da igualdade como não subordinação.

3.2. Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil

Márcia Barbosa perfectibiliza a maioria das vítimas de violência no Brasil: pobres e negras. Assassinada em 1998, Marcia tinha 21 (vinte e um) anos de idade quando encontrou o então deputado estadual Aécio Pereira de Lima em um motel no dia 17/06/1998. No dia posterior, um transeunte observou que alguém estava retirando o corpo de uma pessoa de um veículo, posteriormente identificada como Márcia Barbosa de Souza, e o descartando em um terreno baldio.

Na espécie, elementos probatórios indicavam que o parlamentar seria o autor do fato delitivo, todavia, dado o gozo da imunidade formal, o Sr. Aécio não poderia, ser processado criminalmente sem prévia licença de sua casa legislativa. Em detrimento da negativa para o prosseguimento da ação penal pela casa legislativa respectiva, observou-se que a imunidade parlamentar foi utilizada como mecanismo de impunidade à trágica morte da jovem. A propósito, a Corte consignou que:

"A imunidade parlamentar é um instituto que foi idealizado como uma garantia de independência do órgão legislativo em seu conjunto e de seus membros, e não pode conceber-se como um privilégio pessoal de um parlamentar. Nessa medida, cumpriria o papel de garantia institucional da democracia. Não obstante isso, sob nenhuma circunstância, a imunidade parlamentar pode transformar-se em um mecanismo de impunidade, questão que, caso ocorresse,

¹⁰⁷ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf Acessado em 30/03/2023

¹⁰⁸ <https://www.patriciamagno.com.br/dh-na-corte/caso-empregados-da-fabrica-de-fogos-de-santo-antonio-de-jesus-e-seus-familiares-vs-brasil/> Acessado em 30/03/2023

acabaria erodindo o Estado de Direito, seria contrária à igualdade perante a lei e tornaria ilusório o acesso à justiça das pessoas prejudicadas. 109'

A Corte Internacional de Direitos Humanos, demonstrando a intersecção entre racismo e gênero, reconheceu que há responsabilidade internacional do Brasil pelas violações dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, com relação às obrigações de respeitar e garantir direitos sem discriminação e ao dever de adotar disposições de direito interno, bem como à incumbência de atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e sancionar a violência contra a mulher. Tal entendimento se encontra embasado na errônea e distorcida incidência da imunidade parlamentar em benefício do principal responsável pelo homicídio de Marcia Barbosa, da falta de diligência nas investigações realizadas sobre os fatos, do caráter discriminatório em razão de gênero de tais investigações, assim como da violação ao prazo razoável.

Nessa oportunidade, a Corte elencou que sua sentença, por si, consubstanciaria uma forma de reparação. Contudo, para além desta, determinou diferentes medidas de reparação integral, tais como: a publicação e a difusão da sentença e de seu resumo oficial; a realização de um ato de reconhecimento de responsabilidade internacional; o desenho e a implementação de um sistema nacional e centralizado de recopilação de dados que permitam a análise quantitativa e qualitativa de fatos de violência contra as mulheres e, em particular, de mortes violentas de mulheres; a criação e implementação de um plano de formação, capacitação continuada e sensibilização das forças policiais responsáveis pela investigação e de operadores da Justiça do Estado da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça; uma jornada de reflexão e sensibilização na Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba sobre o impacto do feminicídio, a violência contra a mulher e a utilização da figura da imunidade parlamentar; a adoção e implementação de um protocolo nacional para a investigação de feminicídios; o pagamento de valores fixados na sentença em virtude da impossibilidade de reabrir a investigação policial sobre os outros possíveis partícipes do homicídio de Márcia Barbosa de Souza, a título de indenização por danos materiais e imateriais, pelo reembolso das custas e gastos, e o montante que permita à mãe da vítima arcar com os custos dos tratamentos médico, psicológico e/ou psiquiátrico que sejam necessários.

Em consonância à temática debatida no presente artigo, houve o reconhecimento expresso pela Corte IDH que o dever de investigar possui um alcance adicional ao se tratar da morte ou violação à liberdade pessoal de uma mulher em um contexto geral de violência.

109 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf Acessado em 31/03/2023

Como cediço, se mostra de extrema dificuldade angariar elementos probatórios aptos a atestar que um homicídio ou um ato de violência contra uma mulher foi motivado por razões de gênero, e esta dificuldade, em grande medida, encontra origem na ausência ou deficiência de investigação efetiva pelas autoridades responsáveis. Dada esta conjectura, recai aos órgãos de persecução penal a obrigação de investigar as possíveis conotações discriminatórias por razões de gênero em um ato de violência perpetrado contra uma mulher, especialmente quando existem indícios concretos de violência sexual ou sinais de crueldade contra seu corpo.

Outrossim, a investigação penal deve incluir uma perspectiva de gênero, procedida por funcionários capacitados, evitando-se, em todo o trâmite extra ou endoprocessual, a revitimização da ofendida. Nessa seara, a endossar a medida de reparação estabelecida pela Corte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sedimentado de que *“justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos”* (STJ. REsp 1675874/MS. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Terceira Seção. Julgado em 28/02/2018. Publicado 08/03/2018).

O caso mencionado sobreleva, ainda, o reconhecimento do impacto desproporcional sofrido por mulheres negras e pardas, reforçando que mudanças estruturais devem ser tomadas no campo jurídico, com o intuito de que os avanços não sejam apenas normativos, mas também incidam na ordem prática e cotidiana.

Conclusão

Por meio do presente artigo, infere-se que os casos retratados não são isolados, e a conjugação desta inteligência às jurisprudências trazidas pelo Supremo Tribunal Federal corroboram a compreensão de que, sim, avanços ocorreram, mas há muito a conquistar. Conquistas que trilham à emancipação feminina, à extirpação de estereótipos regados de dogmas machistas e preconceituosos, à renovação dos papéis e expectativas sociais reservados às mulheres, e ao pleno usufruto do direito à vida e liberdade, em todas as suas esferas.

Conforme o Atlas de Violência, do Instituto de Pesquisa Aplicada do ano de 2020:
110

110 <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em 31/03/2023

"Em 2018, 4.519 mulheres foram assassinadas no Brasil, o que representa uma taxa de 4,3 homicídios para cada 100 mil habitantes do sexo feminino. Seguindo a tendência de redução da taxa geral de homicídios no país, a taxa de homicídios contra mulheres apresentou uma queda de 9,3% entre 2017 e 2018. (...)

Embora 2018 tenha apresentado uma tendência de redução da violência letal contra as mulheres na comparação com os anos mais recentes, ao se observar um período mais longo no tempo, é possível verificar um incremento nas taxas de homicídios de mulheres no Brasil e em diversas UFs. Entre 2008 e 2018, o Brasil teve um aumento de 4,2% nos assassinatos de mulheres. Em alguns estados, a taxa de homicídios em 2018 mais do que dobrou em relação a 2008: é o caso do Ceará, cujos homicídios de mulheres aumentaram 278,6%; de Roraima, que teve um crescimento de 186,8%; e do Acre, onde o aumento foi de 126,6%. Por seu turno, as maiores reduções no decênio ocorreram no Espírito Santo (52,2%), em São Paulo (36,3%) e no Paraná (35,1%)."

Vê-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, isoladamente, não muda milhares de anos de estigmas equivocados e distorcidos. Deve-se aliar tal ferramenta às políticas públicas que propiciem a mulher a fruição de sua autonomia de forma plena, bem como à educação em direitos humanos.

Educar em direitos, munindo a população de conhecimento jurídico, permite o acesso democrático à justiça a todos, indistintamente, possibilitando a mudança de paradigma, conscientizando sobre os mais basilares direitos e deveres inerentes ao ser humano.

Com tal mentalidade, poderemos construir um novo tempo, com a promoção da equidade e a atenuação da violência contra as mulheres.

Referências

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. REsp 1739704/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 18/09/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/631769433/inteiro-teor-631769454>. Acesso em 30/03/2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situação dos direitos humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em 30/03/2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Márcia Barbosa vs. Brasil. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em 30/03/2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em 30/03/2023.

OS DIREITOS DAS MULHERES NOS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

PATRÍCIA DE MEDEIROS BRAUNS:

Graduação: Universidade Federal do Rio de Janeiro e Pós- Graduação: Universidade Estácio de Sá.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar os direitos das mulheres em âmbito internacional, mais precisamente quanto a jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Tal análise perpassa pelos diplomas internacionais e as decisões proferidas tanto no Sistema Global quanto no Sistema Regional Interamericano, que influenciaram de sobremaneira a legislação brasileira quanto a garantia e proteção dos direitos das mulheres.

Palavras- chaves: Direitos das Mulheres. Direitos Internacional dos Direitos Humanos. Sistema Global de Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

1.INTRODUÇÃO

Alguns direitos só conseguem ser compreendidos quando estudados de maneira interdisciplinar, analisando não só o ordenamento jurídico brasileiro como também os tratados de direito internacional e normas de *soft law*.

Esse intercâmbio entre a normativa brasileira e a jurisprudência internacional dos direitos humanos é essencial para compreender o direito das mulheres, que assim como os direitos de outros grupos minoritários como povos indígenas, refugiados e pessoas LGBTQIA+, só alcançaram o patamar de proteção atual graças ao trabalho árduo e progressista das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, que quebraram paradigmas e barreiras estruturais de uma sociedade racista, machista, classista, e patriarcal.

2.JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

2.1 SISTEMA REGIONAL DE DIREITOS HUMANOS

2.1.1 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

2.1.1.1 CASO MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES vs. BRASIL

Um dos casos mais conhecidos envolvendo o Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos tratou sobre questões relacionadas à violência de gênero, mais especificamente a violência doméstica contra a mulher.

O caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos teve início em 1998 com o recebimento de uma denúncia apresentada pela vítima, representada por entidades não governamentais de proteção de direitos das mulheres.

A vítima em questão foi Maria da Penha Maia Fernandes, que morava na cidade de Fortaleza, Ceará. Ela morava com seu então marido, o colombiano Marco Antônio e suas três filhas.

O histórico de agressões começou logo após o nascimento da sua terceira filha, nesse período o casal já vivia de forma conjugal no Brasil, período em que Marco estava aguardando a regularização da sua cidadania brasileira para se estabilizar profissionalmente no país¹¹¹.

As agressões físicas e psicológicas contra Maria da Penha e suas filhas se tornaram constantes e foram gradativamente se tornando mais violentas, até que em 1983 Maria sofreu uma tentativa de homicídio perpetrada por seu então marido, que disparou uma arma de fogo em sua direção, enquanto ela dormia.

Durante as investigações, a primeira versão dada por Marco às autoridades policiais foi de que Maria tinha se ferido durante um assalto em sua residência, versão essa descartada posteriormente pela perícia forense.

O tiro que lesionou Maria da Penha enquanto dormia afetou sua coluna vertebral lhe causando paraplegia irreversível.

Como se não bastasse o abalo físico e emocional causado pela paraplegia, após passar 4 meses no hospital, ao retornar para casa Maria sofreu uma nova tentativa de homicídio; seu marido tentou eletrocutá-la enquanto tomava banho.

Essas agressões foram o ápice da violência sofrida por Maria da Penha, que a levaram a pedir divórcio de seu marido e a denunciá-lo criminalmente.

Ocorre que a denúncia contra Marco Antônio foi oferecida no ano de 1984 e após 15 anos da abertura desse processo, a Justiça brasileira ainda não tinha sentenciado o agressor pela violência perpetrada contra Maria da Penha.

Assim, se vendo desamparada pela Justiça nacional, Maria da Penha, representada por ONG's (organizações não governamentais) de direitos humanos, em 1998 apresentou uma denúncia a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.

¹¹¹ <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>

Em 2010, a CIDH aplicando a Convenção de Belém do Pará responsabilizou o Estado brasileiro pela morosidade da Justiça em solucionar o caso, violando assim inúmeros direitos da vítima como: direito a proteção judicial, direito a razoável duração do processo, além da omissão e tolerância do Estado brasileiro com a violência doméstica sofrida pelas mulheres de todo Brasil, que já era reconhecida internacionalmente.

Vejamos o § 55 da decisão da CIDH sobre o caso¹¹²:

55. A impunidade que gozou e ainda goza o agressor e ex-esposo da Senhora Fernandes é contrária à obrigação internacional voluntariamente assumida por parte do Estado de ratificar a Convenção de Belém do Pará. A falta de julgamento e condenação do responsável nessas circunstâncias constitui um ato de tolerância, por parte do Estado, da violência que Maria da Penha sofreu, e essa omissão dos tribunais de justiça brasileiros agrava as conseqüências diretas das agressões sofridas pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes. Além disso, como foi demonstrado anteriormente, **essa tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas uma pauta sistemática. Trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher.** (grifos meus)

Pelos grifos acima, percebe-se que a CIDH já trata sobre o machismo estrutural arraigado na sociedade brasileira, que não só viola sistematicamente os direitos humanos das mulheres como também descumprir como Estado o dever de proteger as mulheres da violência doméstica.

Dentre tantas recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Estado brasileiro, a mais impactante foi a de tomar medidas legislativas para que houvesse a responsabilização dos agressores por violência doméstica, o que culminou na edição conhecida Lei Maria da Penha, lei.11340/06, tão fundamental a proteção das mulheres no Brasil.

¹¹² <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> . Acesso em 17/03/2023.

Para André de Carvalho Ramos¹¹³:

“Esses inúmeros deveres do Estado foram fundamentais para que o Brasil, finalmente, editasse uma lei específica de combate à violência doméstica, a Lei nº 11.340/2006, também denominada "Lei Maria da Penha". Tal lei criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. De forma progressiva, os Estados devem ainda adotar medidas específicas (art. 8º), inclusive programas para fomentar o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos. Devem adotar programas também para modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres para eliminar preconceitos e costumes e práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher que legitimam ou exacerbam a violência contra a mulher.”

O caso Maria da Penha foi um divisor de águas no assunto violência doméstica no Brasil e na América Latina. Foi neste caso que a Comissão Interamericana e não a Corte IDH, pela primeira vez aplicou a Convenção de Belém do Pará para sustentar a responsabilidade do Estado no que tange ao dever de prevenir, sancionar e erradicar a violência doméstica contra a mulher.

2.1.1.2 CASO PRESÍDIO MIGUEL CASTRO CASTRO vs. PERÚ

Seguindo na exposição dos casos em que houve aplicação da Convenção de Belém do Pará, desta vez aplicada pela Corte IDH, nos deparamos com este caso em que se tratou pela primeira vez expressamente sobre violência de gênero contra a mulher.

Sobre o caso Caio Paiva e Thimotie Aragon pontuam¹¹⁴:

113 RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos.– 5 ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2018. p.386/387.

114 PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 3ª Ed. Belo Horizonte. Editora Cej, 2020, p.190.

Os fatos do presente caso se desenvolveram no marco do conflito armado do Peru. Entre os dias 6 e 9 de maio de 1992, o Estado peruano executou uma operação chamada "Remoção 1", cuja presumida finalidade era o traslado de aproximadamente 90 mulheres presas no estabelecimento penal "Miguel Castro Castro" para centros penitenciários femininos. A Polícia Nacional derrubou parte da parede externa do pátio do pavilhão 1A utilizando explosivos. Simultaneamente, os efetivos policiais tomaram o controle dos tetos do presídio abrindo buracos, por dos quais realizaram disparos com armas de fogo (...) A operação gerou a morte de dezenas de internas, assim como deixou muitos feridos (...) Três das mulheres presas no estabelecimento penal "Miguel Castro Castro" estavam grávidas. Em relação às três mulheres presas que estavam grávidas, a Corte considerou que a violação aos tratados restou agravada, eis que a violência lhes afetou em maior medida."

O país vivia um período político conturbado em que o Presidente Alberto Fujimori, com apoio das forças armadas, tomou o poder, inclusive dissolvendo o Congresso peruano e intervindo no Poder Judiciário, seguindo o modelo clássico e previsível das ditaduras latinoamericanas se instalarem no poder.

Aliado a tomada de poder houve restrição nas comunicações sociais: jornais, emissoras de rádio e televisão foram censuradas, regulando seu conteúdo visando sempre bendizer o atual Governo.

Vale ressaltar que a ala 1A do Presídio Miguel Castro Castro, local em que ficavam as presas políticas, que faziam oposição ao atual Presidente, foi minuciosamente escolhida para ser o local onde a força policial iria adentrar no complexo penitenciário, demonstrando toda sua força bélica contra os opositores do Governo de Fujimori.

A ala onde as presas políticas ficavam foi violentamente invadida com o uso de armas de fogo, granadas com gases tóxicos e explosivos, com o fundamento de que estava havendo um "motim" no complexo penitenciário.

Contudo, o que se percebe da operação comandada pelo Coronel Gabino Cajahuanca, diretor do presídio à época, tendo por base uma interpretação com perspectiva de gênero, é que não houve nenhum protocolo especial de ação para invasão do presídio na parte onde se encontravam as detentas, pelo contrário.

Não houve descuido ou esquecimento da condição natural feminina, de que algumas detentas poderiam estar grávidas ou em estado puerperal, que as deixassem mais vulneráveis física e psicologicamente.

O que houve, a bem da verdade, foi uma demonstração de força do atual governo ditatorial contra seus opositores, perfazendo um verdadeiro massacre orquestrado contra as presas políticas, algumas delas grávidas, sendo duramente torturadas, sofrendo graves violações de seus direitos humanos a pretexto de uma transferência entre presídios.

Se agem assim suas opositoras dentre elas mulheres grávidas, que dirá de seus opositores homens.

Essa operação cruel e violadora de direitos humanos contra as mulheres peruanas, demonstra o quanto a proteção das mulheres ainda deve avançar em termos de reforço das medidas protetivas e coercitivas, pois a violência e o desprezo pelo gênero feminino se perpetua de diversas formas.

2.1.1.3 CASO GONZÁLEZ E OUTROS (CAMPO ALGODOEIRO)

vs. MÉXICO

Outro caso emblemático de violência contra as mulheres, se deu na Ciudad Juarez, no México, uma das maiores metrópoles do país, que fica localizada na fronteira com os Estados Unidos.

A cidade foi classificada, em 2009, como a mais violenta do mundo (chegando a desbancar a cidade de Gaza na Palestina), de acordo com a organização civil mexicana *Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública* (CCSP). Ela é a cidade mais perigosa do México e por este motivo é considerada "Faixa de Gaza mexicana"¹¹⁵.

Nos anos 2000, casos de desaparecimentos e mortes de mulheres jovens na cidade chamaram a atenção da comunidade nacional e internacional direitos humanos. O número crescente de mortes registrado ao longo da década, as similitudes no perfil das vítimas e a recorrência do *modus operandi* aplicado aos crimes levaram a que o conceito de feminicídio fosse retomado, ganhando ainda mais destaque. Desde janeiro de 1993 para o ano de 2012, o número estimado de mulheres assassinadas ascendeu para mais de 700.¹¹⁶

Em 2001 houve inúmeros desaparecimentos de jovens mulheres em datas muito próximas tendo sido noticiados seus desaparecimentos às autoridades policiais.

¹¹⁵ https://pt.wikipedia.org/wiki/Ciudad_Ju%C3%A1rez . Acesso em 16/03/2023

¹¹⁶ Brasil, ONU Mulheres (2016). Diretrizes Nacionais Feminicídio. Brasília: [s.n.] pp. 130, p. 21

Entretanto, as investigações não foram levadas adiante, pois os policiais de forma preconceituosa, prejudgando que as jovens fossem garotas de programa, entenderam à época que elas deveriam estar com seus respectivos namorados ou outros clientes, e por isso não prosseguiram com as investigações, resumindo sua atuação a colocação de cartazes pela cidade.

Há inclusive relatos de que as autoridades que receberam a comunicação dos desaparecimentos verbalizaram comentários pejorativos sobre a vida íntima e sexual das desaparecidas para seus familiares.

Passados meses dos desaparecimentos, os restos mortais das vítimas foram encontrados numa plantação de algodão, apresentando sinais de violência sexual, tendo algumas das vítimas, sinais de que foram privadas de liberdade antes de terem suas vidas ceifadas brutalmente.

Mesmo com a insistência na continuidade das investigações, interposição de recursos e interpelações dos familiares às autoridades, nenhum suspeito apontado ou responsável pelos feminicídios condenado.

A Corte IDH reconheceu que as mortes destas inúmeras jovens foram uma demonstração da violência estrutural de gênero, pois o próprio Estado, na figura das autoridades policiais, agiu com discriminação contra as mulheres, tolerando que fossem violentadas, ao não iniciarem imediatamente uma investigação séria, célere e efetiva, que pudesse evitar suas mortes.

Ademais, a Corte IDH tratou expressamente tais assassinatos como feminicídio, entendendo que o Estado mexicano tolerou as violações, o que favorece a perpetuação e aceitação social desse tipo de violência, trazendo tal omissão insegurança para as mulheres e desconfiança no sistema de justiça.

O fenômeno social da violência de gênero contra as mulheres é percebido em grande parte dos países, alguns inclusive permitindo essa prática como algo natural/cultural, pois as mulheres deveriam subserviência aos homens, caso contrário podem puni-las da maneira que bem entenderem.

Contudo essa visão da superioridade androcêntrica está cada vez mais ultrapassada, se mostrando por vezes criminosa quando a violência física e psicológica são utilizadas para subjugar mulheres as relegando a dependência econômica e social de seus maridos e familiares.

O grande avanço nas medidas legislativas que protegem as mulheres desse tratamento violento e inferiorizante se deu com as decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, que por serem formadas por juízes de diversas nacionalidades que atuam a título pessoal, desvinculados de qualquer amarra político-cultural, podem decidir de maneira imparcial e progressista a favor da igualdade de gênero e proteção aos mais vulneráveis.

Notamos essa guinada protetiva na legislação pátria com a inclusão do crime de feminicídio pela lei 13.104/2015, que ampliou o rol do art. 121 §2º do Código Penal, acrescentando o inciso VII com a figura do homicídio qualificado pelo feminicídio – homicídio praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino.

2.1.1.4 CASO VELASQUEZ PAIZ vs. GUATEMALA

Mais um caso de violência contra a mulher em que não houve uma investigação imediata e conclusiva após familiares de uma jovem desaparecida comunicarem seu desaparecimento às autoridades policiais.

O caso Velásquez Paiz resumidamente foi o seguinte:

Claudina Velásquez Paiz era uma jovem de 19 anos, estudante universitária, que após a aula da faculdade foi para uma festa e nunca mais voltou para casa.

Seu último contato telefônico com seus familiares foi por volta da meia noite. Após essa ligação seus pais não conseguiram mais falar com ela e pelo fato dessa ausência de contato ser uma atitude estranha ao comportamento de Claudina, seus pais comunicaram imediatamente a polícia guatemalteca o desaparecimento de sua filha.

As autoridades policiais, por sua vez, disseram que só poderiam formalizar o desaparecimento da jovem após 24 horas de seu último contato. Contudo, após as mesmas 24 horas, o corpo de Claudina foi encontrado com sinais de violência sexual.

Assim, percebemos mais uma vez a inércia da polícia em não dar início imediato às investigações após a notificação de desaparecimento de jovens mulheres, que culminou em suas mortes evitáveis.

Após análise do caso pela Corte IDH, o Estado da Guatemala foi condenado por violação de alguns direitos, quais sejam: direito à vida, à integridade física, direito às garantias judiciais e direito à proteção igualitária perante a lei.

O que mais chamou a atenção nas medidas impostas pela Corte IDH foi que o Estado violador incluísse no Sistema educacional, um programa de educação continuada

sobre a necessidade de se erradicar a violência de gênero contra as mulheres e os estereótipos de gênero que as diminuem como pessoas sujeitas de direitos.

A Corte IDH entendeu que as investigações policiais devem ser iniciadas de ofício após a notificação de desaparecimento de mulheres jovens, devendo a investigação ter uma perspectiva de gênero pois esse é o grupo que mais sofre com a violência de gênero, tendo na maioria das vezes desfechos irreversíveis.

A Corte entendeu que além da falha na investigação, as autoridades policiais agiram de forma discriminatória, prejudgando a jovem Claudina pelo jeito que se vestia e sua vida social noturna.

Há que se ressaltar que na decisão da Corte IDH foi trazido expressamente que a maneira de se vestir das mulheres nada mais é do que um meio de se expressar perante a sociedade e que essa liberdade de expressão não só deve ser garantida como protegida pelo Estado.

2.1.1.5 CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS *vs.* COSTA RICA

O caso Artavia Murillo é bem mais abrangente em termos de violações dos direitos humanos abarcando os direitos à autonomia reprodutiva, à vida privada, à proteção à família de homens e mulheres, mas foi incluído nesse análise porque há duas partes muito interessantes dessa decisão que se relaciona diretamente com a luta pela conquista dos direitos das mulheres.

Dentre os tantos direitos violados supracitados, a Corte IDH em sua decisão mencionou que o direito a autonomia reprodutiva está previsto no art. 16.e da Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher, entendendo que:

§ 146 "a decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e o intervalo entre os nascimentos e ter acesso à informação, à educação e meios que lhes permita exercer esses direitos. Este direito é vulnerado quando obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer seu direito de controlar sua fecundidade. Assim, a proteção da vida privada inclui o respeito das decisões tanto de converter-se em pai ou mãe, incluindo a decisão do casal em converter-se em pais biológicos"

§ 146 "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la

*educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos."*¹¹⁷

Além de mencionar o direito a autonomia reprodutiva como um direito da mulher, outra parte da decisão que merece destaque foi a menção à violação do Princípio da Igualdade em concreto, ocasionando uma discriminação indireta, que por sua vez, gera um impacto desproporcional para um grupo determinado de pessoas, como mulheres inférteis.

A discriminação indireta é um instituto jurídico que vem sendo debatido nos últimos anos por diversas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, tendo sido trazido expressamente numa norma internacional de direitos humanos, internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2022, com *status* de emenda constitucional.

A Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 10.932/2022, aprovado pelo rito qualificado do art. 5º §3º da Constituição Federal.

Essa Convenção de Direitos Humanos trouxe em seu texto, no art.1.2, incorporando uma perspectiva de raça, o conceito de discriminação indireta¹¹⁸:

"2. **Discriminação racial indireta** é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério **aparentemente neutro** tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1 (**discriminação racial**), ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos ."

(grifos meus)

117 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf . Acesso em 17/03/2023.

118 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm . Acesso em 17/03/2023

A Corte IDH em seu §286119, entendeu que a declaração de inconstitucionalidade da norma que permitia a fertilização *in vitro*, gerou uma discriminação indireta, pois a proibição dessa forma de reprodução assistida foi tida como critério neutro, que quando posto em prática trouxe uma desvantagem para um certo grupo específico de pessoas como: mulheres com infertilidade e casais que não possuíam condição financeira de custear o tratamento fora do país.

§ 286. O Tribunal sinalizou que o Princípio de direito imperativo de proteção igualitária e efetiva da lei e a não discriminação determina que os Estados devem abster-se de produzir regulações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios em diferentes grupos da população o momento de exercer seus direitos. O Comitê de Direitos Humanos, o Comitê contra a Discriminação Racial, o Comitê para a Eliminação da discriminação contra a mulher e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem reconhecido o conceito de discriminação indireta. Este conceito implica numa norma prática aparentemente neutra, que tem repercussões particularmente negativas para uma pessoa ou grupo com determinadas características. É possível que quem haja estabelecido essa norma ou prática não seja consciente dessas consequências práticas e em tal caso, a intenção de discriminar não é essencial e procede uma inversão da carga probatória. (...) Por sua vez, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também já elaborou um conceito de discriminação indireta, estabelecendo que quando uma política geral ou medida tem um efeito desproporcionalmente prejudicial em um grupo particular, esta política pode ser considerada discriminatória ainda que não seja dirigida especificamente a esse grupo.

286. El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la

119 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf . Acesso em 17/03/2023.

Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁴⁶ han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. (...) Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, estableciendo que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente prejudicial en un grupo particular, esta puede ser considerado discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo.

Há que se ressaltar que essa norma apesar de vir expressa na Convenção que trata sobre discriminação racial, pode ser aplicada para qualquer tipo de intolerância, seja ela de gênero, raça, capacidade física ou econômica, dentre tantos critérios que perpetuam a subjugação de pessoas dentro de uma sociedade capitalista, machista e racista.

2.1.1.6 CASO MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA e outros vs. BRASIL

Outro caso envolvendo o Brasil e a luta contra a impunidade dos feminicídios foi julgado em 2019 pela Corte IDH, trata sobre o feminicídio de uma jovem paraibana perpetrado por seu então namorado e sobre fato de à época o acusado ter um cargo político não houve uma condenação célere, dando assim uma sensação de impunidade ao crime.

O caso em tela, teve como vítima Marcia Barbosa de Souza, uma mulher negra, pobre e periférica, perfil típico de vítimas de feminicídio no Brasil.

Não é coincidência que esse seja o perfil das vítimas de violência de gênero no Brasil e no mundo.

Neste caso se mostra nítido o instituto da interseccionalidade, conceito sociológico criado por Kimberlé Crenshaw, teórica feminista e professora estadunidense especializada em questões de raça e gênero, que demonstrou em sua tese que a soma de fatores de discriminação quando combinados, tornam uma pessoa mais suscetível a sofrer violações de direitos.

Em novembro de 1997, a jovem Márcia, à época com 20 anos de idade, começou a se relacionar com o então deputado estadual Aécio Pereira de Lima de 54 anos.

Após meses de relacionamento, no dia 13 de junho de 1998 Márcia foi até a capital paraibana para se encontrar com Aécio e como de costume, se encontraram num local mais reservado, pois o deputado era casado.

Dias após Márcia ter dado entrada no Motel Trevo para encontrar Aécio, um passante viu um corpo sendo removido de um carro e sendo jogado num terreno baldio. Após notificar a polícia do que viu, o corpo foi encontrado e identificado como sendo de Márcia Barbosa.

O corpo foi encontrado com inúmeros hematomas no pescoço e nas costas, que demonstravam que a *causa mortis* foi asfixia por sufocamento devido a ação mecânica.

Durante as investigações, chegaram ao indiciamento do então deputado Aécio e mais quatro pessoas que teriam participado da execução do crime.

Contudo, apesar das provas apontarem e os indícios recaírem sobre o Deputado, ele utilizou sua imunidade parlamentar formal para não ser processado por crime estranho a função pública e com isso não pode ser processado durante seu mandato.

Assim, o processo penal contra o parlamentar só foi aberto cinco anos após o crime, mais precisamente em março de 2003, pois o deputado não conseguiu se reeleger e por consequência não teria mais imunidade formal que impedia o processo de prosseguir.

O processo só teve a sentença condenatória prolatada em 2007, tendo sido condenado a 16 anos de reclusão por dois crimes: homicídio qualificado pelo motivo fútil e asfixia e ocultação de cadáver. O condenado recorreu em liberdade e não chegou a cumprir pena pois que faleceu em 2008 enquanto aguardava a apreciação do seu recurso.

Assim, o crime ficou impune, gerando revolta e frustração aos familiares de Márcia Barbosa que tiveram que provocar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para obter algum tipo de reparação pelo feminicídio de Márcia.

A CIDH encaminhou a petição dos familiares de Márcia Barbosa para Corte IDH, que após o devido processamento proferiu sentença no dia 07 de setembro de 2021 condenando o Brasil a reparar integralmente os danos sofridos pelos seus familiares.

Dentre as formas de reparação que foram impelidas pela Corte IDH, ressalto as formas reparação de satisfação com publicação e difusão da sentença e medida de reparação com a respectiva assunção de responsabilidade em âmbito internacional, as garantias de não repetição com curso de educação continuada sobre aspectos de gênero e raça para a polícia paraibana, conscientização da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba sobre os impactos que o feminicídio pode causar na sociedade e adoção de um protocolo para investigações em casos de feminicídio. Por último mas não menos importante; o pagamento de indenização por danos morais e materiais aos familiares de Márcia Barbosa.

2.2 SISTEMA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS – ONU

2.2.1 CASO ALYNE PIMENTEL TEIXEIRA *vs.* BRASIL

No Sistema Global de Direitos Humanos, também chamado de Sistema onusiano, não existe um Tribunal de Direitos humanos com competência semelhante à Corte IDH no sistema regional americano.

No Sistema Global o que existem são os chamados “Comitês”, sendo estes os responsáveis por monitorar a implementação prática dos respectivos tratados. Esse sistema se utiliza de petições individuais, por meio do qual a vítima de determinada violação de direitos humanos, cumprindo certos requisitos, por exemplo esgotamento dos recursos internos e ausência de litispendência internacional pode provocar esse mecanismo de proteção dos comitês.

Vale ressaltar que assim como a competência contenciosa da Corte IDH deve ser aceita expressamente pelos Estados signatários daquele tratado, no Sistema Global a competência dos Comitês também depende de declaração específica/expresa ou de ratificação de um protocolo facultativo.

Em suma, quem responsabilizou o Estado brasileiro nesse caso de violação de direitos humanos foi o Comitê CEDAW, órgão responsável por monitorar e implementar a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher.

Ultrapassando essa explanação inicial sobre a competência dos Comitês, o Caso Alyne Pimentel foi o primeiro caso em que o Brasil foi responsabilizado no Sistema Global, sistema esse entendido como um sistema contencioso quase judicial das Nações Unidas.

O Caso Alyne Pimentel é uma típica situação de violação de direitos de pessoa hipervulnerável pela interseccionalidade, ou seja, a vítima está inserida em mais de um

grupo minoritário ou vulnerável que a deixa ainda mais suscetível às violações de direitos dado ao racismo estrutural e a sociedade patriarcal em que vivemos.

Alyne Pimentel era uma mulher negra, periférica, moradora da Baixada Fluminense, no bairro de Belford Roxo, Rio de Janeiro, que veio a óbito após procurar assistência médica na rede pública de saúde do Estado do Rio de Janeiro.

Resumidamente o caso foi o seguinte: Alyne no seu sexto mês de gravidez sofrendo com fortes dores abdominais e náuseas procurou a maternidade onde fazia o pré-natal do seu bebê. Lá, sem que nenhum exame de imagem ou sangue fosse solicitado para investigar o que poderia estar causando as dores, foi medicada com analgésicos e liberada em seguida para ir para casa.

Em casa, tomando os remédios conforme prescrito pelo médico, os sintomas não cessaram, retornando novamente a maternidade, quando só então foi constatada a morte intrauterina do feto.

Assim, Alyne foi submetida a um procedimento cirúrgico de curetagem, que consiste na raspagem da parede uterina para a retirada dos restos mortais do feto e da placenta, mas seu quadro se agravou e teve que ser removida para um hospital público que tivesse maior estrutura para tratar seu caso.

Alyne, que já estava com hemorragia interna, esperou por 24 horas a sua transferência porque a equipe médica não estava encontrando sua ficha médica, o que impossibilitou sua rápida remoção.

Após esse longo e sofrido intervalo ela foi transferida para um hospital público e mesmo tendo sido identificada como caso de emergência devido seu quadro crítico, lá ainda teve que aguardar mais 8 horas até ser operada por falta de leito emergencial.

Ao final, sem que conseguisse o devido atendimento no hospital, Alyne veio a óbito por hemorragia interna ocasionada pelo procedimento de curetagem para retirada do feto com morte intrauterina.

O descaso e a ineficiência no atendimento prestado pela rede pública de saúde fluminense ocasionaram a morte da jovem Alyne Pimentel.

Seu caso foi apresentado ao Comitê CEDAW pelo Centro de Direito Reprodutivo e Advocacia Cidadã pelos direitos humanos, representando a mãe de Alyne, a Sra. Maria de Lourdes da Silva Pimentel¹²⁰.

Ao final do processo o Comitê CEDAW condenou o Brasil por violação do direito à saúde, à vida, a não discriminação ao acesso a saúde e que o Estado teria falhado ao não garantir à família de Alyne o acesso efetivo a justiça.

De acordo com a decisão do Comitê da CEDAW, as recomendações ao Brasil foram as seguintes¹²¹;

“[...] Sobre o autor e a família da Sra. da Silva Pimentel Teixeira:

Prestar reparação adequada, incluindo indenização financeira, ao autor e à filha da Sra. da Silva Pimentel Teixeira proporcional à gravidade das violações contra ela;

Disposições Gerais:

A) Assegurar o direito das mulheres à maternidade segura e ao acesso à assistência médica emergencial adequada a preços acessíveis, de acordo com a recomendação geral nº 24 (1999) sobre as mulheres e a saúde;

B) Proporcionar formação profissional adequada para os trabalhadores da área de saúde, especialmente sobre os direitos reprodutivos das mulheres à saúde, incluindo tratamento médico de qualidade durante a gravidez e o parto, bem como assistência obstétrica emergencial adequada;

C) Assegurar o acesso a medidas eficazes nos casos em que os direitos das mulheres à saúde reprodutiva tenham sido violados e prover a formação de pessoal do poder judiciário e responsável pela aplicação da lei;

¹²⁰ Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos / Caio Cezar Paiva, Thimotie Aragon Heemann, 2.ed – Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p.760.

¹²¹ Decisão com a tradução juramentada: <https://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/documentos-diversos/decisao-cedaw-caso-alyne-teixeira-29jul11-portugues.pdf/view> Acesso em: 13/03/2023

D) Assegurar que as instalações de assistência médica privada satisfaçam as normas nacionais e internacionais em saúde reprodutiva;

E) Assegurar que as sanções adequadas sejam impostas a profissionais de saúde que violem os direitos de saúde reprodutiva das mulheres, e

F) Reduzir as mortes maternas evitáveis através da implementação do Acordo Nacional pela Redução da Mortalidade Materna nos níveis estadual e municipal, inclusive através da criação de comitês de mortalidade materna em lugares onde tais comitês ainda (não existem, de acordo com as recomendações em suas observações finais para com o Brasil, adotadas em 15 de agosto de 2007.

Pode-se extrair dessas decisões que muito já se caminhou em direção a uma maior proteção das mulheres e seu reconhecimento como sujeitas plenas de direito, mas a sensação que fica é que as condenações internacionais e alterações legislativas nacionais não são suficientes.

A mudança que se espera com essas responsabilizações é estrutural, abarca a sociedade como um todo, buscando reformular o comportamento coletivo de homens e mulheres, que cresceram em uma sociedade machista, para que se perceba que as mulheres são igualmente potentes e capazes de exercer quaisquer funções na sociedade, pois são sujeitas plenas de direito e não devem ter quaisquer de seus direitos violados pelo simples fato de ser mulher.

AMPLIAÇÃO DO ESPAÇO NEGOCIAL NAS AÇÕES PENAIS: JUSTIÇA NEGOCIAL E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

SANDRA KARLA SILVA DE CASTRO:
Advogada especialista em Ordem Jurídica e
Ministério Público¹²².

Dr. OSVALDO TOVANI

(orientador)

RESUMO: Esse trabalho tem por escopo analisar meios alternativos para a solução de demandas judiciais criminais. Não obstante, observando-se uma dissolução do eixo espaço-tempo, com incremento substancial da necessidade que a sociedade possui de ter suas demandas criminais solucionadas, observadas as críticas à morosidade da justiça, verifica-se a necessidade de meios efetivos e ágeis de solução dos processos criminais. Outrossim, surge a Justiça Penal Negociada, a qual trouxe a possibilidade de acelerar a resolução das demandas, através do consensualismo, em oposição ao processo clássico, reconhecendo-se ao próprio indivíduo que faça parte da ação penal, desde que devidamente assistido por sua defesa técnica, o seu direito de decidir sobre seus direitos fundamentais em sede de processo criminal. Isto posto, dentre os institutos da justiça penal negociada, abordaremos o Acordo de não persecução penal - ANPP -, introduzido no artigo 28-A código de Processo Penal através da Lei 13.964/19, apresentando as principais críticas à aplicação do instituto e os impactos desse mecanismo da justiça consensual no sistema processual penal.

Palavras - Chave: Ampliação do espaço comercial nas ações penais. Justiça Negocial. Acordo de não persecução penal.

ABSTRACT: This work aims to analyze alternative means for the solution of criminal lawsuits. However, observing a dissolution of the space-time axis, with a substantial increase in society's need to have its criminal demands resolved, observing the criticisms of the slowness of justice, there is a need for effective and agile means of solving the criminal proceedings. In addition, Negotiated Criminal Justice appears, which brought the possibility of accelerating the resolution of demands, through consensualism, as opposed to the classic process, recognizing the individual who is part of the criminal action, provided that he is duly assisted by his defense. technique, their right to decide on their fundamental rights in criminal proceedings. That said, among the institutes of negotiated criminal justice, we will approach the Criminal Non-prosecution Agreement, introduced in the Criminal Procedure Code - Article 28-A, through Law 13.964/19,

122 E-mail: karlacastrosadv@gmail.com

presenting the main criticisms of the application of the institute and the impacts of this mechanism of consensual justice in the criminal procedural system.

Keywords: Expansion of negotiating space in criminal proceedings. Business Justice. Non-prosecution agreement.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PRINCIPAIS INSTITUTOS DA JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL EM APLICAÇÃO NO BRASIL. 1.1 Pacote Anticrime e o artigo 28 – A do Código de Processo Penal – Acordo de não persecução penal. 2. PRINCIPAIS CRÍTICAS AO MODELO NEGOCIAL PENAL NO BRASIL. 3. IMPACTOS DOS MECANISMOS DA JUSTIÇA CONSENSUAL – APLICAÇÃO DO ANPP - NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O Direito processual penal tem por escopo permitir a aplicação do direito penal material, observando-se o devido processo legal, àqueles que por ventura venham a praticar fato definido em lei como delituoso.

Tendo em vista a característica de *última ratio* do direito penal, haja vista seu poder coercitivo de mitigar direitos e liberdades individuais, o direito processual penal opera-se amparado a princípios constitucionais que visem garantir ao acusado o seu devido processo legal. Não obstante, tendo-se em vista o *ius puniendi* conferido ao Estado, este atuará em observância as regras processuais estabelecidas no Código de Processo Penal Brasileiro, sendo estas limitações ao poder de punir do Estado.

Contudo, observando-se uma dissolução do eixo espaço-tempo, com incremento substancial do número de demandas judiciais que sobrecarregam o sistema judiciário, surge para a sociedade a necessidade de ter suas demandas criminais solucionadas em prazo razoável, observadas as críticas à morosidade da justiça, situação que faz surgir a necessidade de meios efetivos e ágeis para a solução dos processos criminais.

Nesse diapasão, surge a ideia da justiça negocial, com origem Anglo-saxã e aplicações vigentes no direito processual brasileiro, apresenta como objetivos a celeridade processual e economia processual de processos criminais, resultando, por conseguinte, na diminuição do alto índice de encarceramento no sistema prisional brasileiro, a partir de meios consensuais que permitam a resolução da lide.

A justiça consensual, também chamada de justiça negociada, tem origem no século XX, a partir da legislação estadunidense, a qual cria um procedimento que passa

a permitir a negociação da reprimenda dos delitos, com ênfase no instituto do *plea bargaining*.

Conforme informam Laise Nascimento e Marco Antonio Delfino¹²³, o *plea bargaining* pode ser definido como:

“Modelo em que se dá ciência da acusação ao imputado para que se pronuncie sobre a culpabilidade, se há a confissão opera-se a resposta da defesa e poderá o juiz fixar a sentença ocasião em que será definida a pena, normalmente reduzida ou porque menos grave ou por abranger menos crimes em razão do acordo entre as partes, sem que para isso haja a necessidade de um processo; contudo se o acusado não aceitar os termos será dado início ao processo que tramitará normalmente”.

Nesse mesmo cenário do consensualismo da reprimenda penal, também podemos citar os institutos do *Absprache*, utilizado no sistema penal alemão, e o instituto do Patteggiamento, em aplicação na Itália. O professor Rafael Serra Oliveira¹²⁴ leciona que hodiernamente há o fenômeno da diversão, o qual define como sendo:

“Fenômeno que prevê a aplicação da Justiça Penal de forma diversa do procedimento formal clássico, norteando-se pelo consenso, espelhando um “modelo verde de justiça.”

Não obstante, verifica-se que a justiça negocial tem como vertente a disponibilidade da pretensão punitiva, aplicável a todos os tipos de crimes, no caso da *plea bargaining*, diferentemente do que ocorre no modelo consensual brasileiro, o qual será aplicável a alguns tipos de crimes, em especial nas infrações de menor potencial ofensivo, a exemplo do que ocorre nos juizados especiais criminais.

Assim, o modelo consensual penal brasileiro expande-se a partir da aplicação do princípio da oportunidade, o qual permite a resolução da lide através de acordo entre a acusação e o réu, este devidamente assistido, em detrimento ao sistema processual clássico.

123 AMBITO JURÍDICO. **Justiça Penal Consensual e o Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/justica-penal-consensual-e-o-processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 30 de mar.2022.

124 OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: Uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 24.

De acordo com a lição de Vinicius Gomes Vasconcellos¹²⁵, a justiça consensual:

“É o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra, impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes”.

Outrossim, a Justiça Penal Negociada trouxe a possibilidade de flexibilização do Princípio da Obrigatoriedade, oferecendo ao Ministério Público maior grau de flexibilidade quanto ao oferecimento de denúncia e também permitiu a flexibilização do princípio da necessidade, decorrente do binômio Delito – Pena.

No âmbito da justiça processual penal brasileira, verifica-se a incidência da justiça negocial a partir da implementação de microssistemas processuais penais, a exemplo da Lei nº 9.099/95 que implementou os juizados especiais, prevendo em seus artigos 76 e 89, mecanismos consensuais que permitem, respectivamente, a transação penal e a suspensão condicional do processo, bem como outros institutos, os quais serão elencados em breve síntese, visto que o presente trabalho pretende analisar com maior ênfase o acordo de não persecução criminal.

Nesse contexto, o presente trabalho tem o objetivo de analisar a ampliação do espaço negocial nas ações penais, abordando as medidas despenalizadoras mais utilizadas no sistema processual brasileiro, com enfoque no Acordo de não persecução penal, introduzido no código de Processo Penal – Artigo 28-A - através da Lei 13.964/19, os requisitos para sua celebração, os meios de controle jurisdicional e os impactos desse mecanismo de justiça consensual no sistema processual penal brasileiro.

Este artigo possui método de abordagem dedutivo que possibilitará a análise de informações, históricos e resultados, os quais possibilitarão exercício de raciocínio técnico sobre o tema em estudo, pautando-se no método de investigação de documentação indireta, realizado através de pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias e normativas, pautando-se ainda em informações já dispostas em outros

125 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, pg 15.

documentos, tais como artigos e revistas jurídicas, a fim de se avaliar o impacto da ampliação do espaço negocial no âmbito das ações penais.

1 PRINCIPAIS INSTITUTOS DA JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL EM APLICAÇÃO NO BRASIL

Inicialmente temos os juizados especiais criminais, previstos na Constituição Federal de 1988, artigo 98, inciso I, os quais foram implementados no sistema jurídico brasileiro em 1995, através da Lei 9.099/95.

Assim, o legislador buscou imprimir ao sistema jurídico brasileiro, celeridade, agilidade e economia processual nos crimes de menor potencial ofensivo, simplificando procedimentos e tornando o processo criminal clássico mais célere. Nesse intuito, a Lei 9.099/95 prevê a aplicação da justiça consensual aos delitos em que a lei não comine pena máxima superior a 02 anos ¹²⁶.

A Lei 9.099/95 possibilitou a implementação dos mecanismos da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo. A composição dos danos cíveis está prevista no artigo 72 da lei 9.099/95¹²⁷, a qual assevera:

“Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”.

Nos crimes de ação penal de iniciativa privada, o acordo homologado gera a renúncia ao direito de queixa, ocorrendo a extinção da punibilidade, conforme previsto no art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95, combinado com o art. 107, V, do Código Penal¹²⁸. Do mesmo modo, tratando-se de crime de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado também implicará na renúncia ao direito de representação (art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95).

126 BRASIL. Lei n 9.099, de 26 set 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

127 BRASIL. Lei n 9.099, de 26 set 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Art. 72.

128 BRASIL. Decreto Lei n° 2.848, de 07 dezembro 1940. **Código Penal.** Art. 107, inciso V.

Por outro lado, nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada, a homologação do acordo não implicará na extinção da punibilidade. Neste caso, a homologação possibilitará a antecipação do valor da indenização e sua imediata execução no juízo civil competente.

Assim, ainda que ocorra a celebração da composição civil, será possível o oferecimento de proposta de transação penal ou até de denúncia por parte do legitimado para a ação penal cabível ao caso concreto.

Conforme leciona o mestre Renato Brasileiro¹²⁹, havendo a composição de danos civis, o acordo será reduzido e homologado pelo juiz, mediante sentença irrecorrível, a qual terá eficácia de título passível de execução no juízo civil competente. Nos casos de acordo de até 40 (quarenta) vezes o valor do salário mínimo, a execução poderá ser feita no próprio juizado especial Cível, conforme artigo 3º, § 1º, II da lei 9.099/95, observando-se que no caso de Juizado Especial Federal Cível, o valor se estende até 60 (sessenta) salários mínimos.

Outra importante medida despenalizadora é a Transação Penal, prevista no artigo 76 da Lei 9.099/95. Conforme leciona o professor Leonardo Barreto¹³⁰, a transação penal pode ser definida como:

“Proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (não privativa de liberdade ou alternativa), a ser feita pelo Ministério Público e aceita pelo autor do delito. O Ministério Público somente poderá formular a proposta de transação penal se presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva”.

Importante ressaltar que no crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, o Ministério Público somente poderá oferecer proposta de transação se houver a representação do ofendido.

Outrossim, deve-se observar que não se trata de mecanismo de reconhecimento de culpabilidade, uma vez que a sanção é aplicada antes do oferecimento da denúncia, em audiência preliminar, destacando-se que a aplicação dessa sanção não constará no banco de registros criminais, exceto nos casos de consulta para impedir nova transação

129 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7.ed.rev., ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. pg.1495.

130 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal. Parte Especial – Procedimentos, Nulidades e Recursos**. 11ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2021, pg 291.

penal no prazo de cinco anos, tampouco constará na certidão de antecedentes (§§ 4º e 6º do art. 76 da Lei dos Juizados especiais criminais).

Importante destacar que o artigo 76 da Lei 9.099/95 traz as exigências e pressupostos para a celebração da transação penal, quais sejam: Tratar-se de infração de menor potencial ofensivo; não ser caso de arquivamento de termo circunstanciado; Não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade em sentença definitiva; Não ter o agente sido beneficiado com transação penal anterior, no prazo de 05 anos; Possui o agente antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do delito favoráveis à aplicação da transação penal e tratando-se de crimes ambientais, prévia composição do dano ambiental, salvo nos casos de impossibilidade.

Como leciona Renato Brasileiro¹³¹, o momento procedimental correto para o oferecimento da medida despenalizadora de transação penal é antes do recebimento da peça acusatória, em audiência preliminar. Contudo, no decorrer do processo é possível que ocorra a desclassificação do crime com capitulação para infração de menor potencial ofensivo, situação em que se torna possível a transação penal, a luz do artigo 383, parágrafos 1º e 2º do CPP, observada a ocorrência de *emendatio libelli*.

Desta feita, havendo nova classificação do crime para um de menor potencial ofensivo, o juiz deverá proferir decisão interlocutória reconhecendo sua incompetência, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente.

Nesse sentido, salienta Gustavo Badaró¹³²:

“Embora a transação penal seja, normalmente, realizada antes do início do processo, não há óbice à sua realização com o processo em curso. Outrossim, quando a nova definição jurídica ocorrer em segundo grau, também é possível a incidência da transação penal, bastando que o julgamento seja convertido em diligência para que, em primeiro grau, seja realizada audiência para efetivação da transação penal ou da suspensão condicional do processo”.

131 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7.ed.rev., ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm,2019. pg.1502.

132 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2009. pg14.

Em sede de tribunais superiores, há entendimento consolidado no STJ¹³³ e STF¹³⁴ de que havendo o descumprimento da transação penal, haverá a o retorno do processo ao seu *status quo*, sendo oportunizado ao Ministério Público a propositura da ação penal e prosseguimento no processo, observando-se que a decisão homologatória da transação penal não faz coisa julgada material, sendo esse entendimento consolidado na Súmula Vinculante n° 35¹³⁵, a qual assevera:

“A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

Importante alteração legislativa adveio com a Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), a qual alterou o artigo 51 do Código Penal, passando a prever o juízo da execução penal como o competente para processar e julgar a execução da pena de multa.

Contudo, como leciona o professor Leonardo Barreto¹³⁶, se a multa for objeto de decisão do juizado especial criminal, seja em sentença homologatória de transação penal, ou ainda em sentença penal condenatória, a sua execução deverá ocorrer no âmbito desse mesmo juízo e não no juízo da execução penal.

Por fim, no caso de interposição de recurso, o artigo 76, §5º, da Lei n° 9.099/95 estabelece que o recurso cabível será o de apelação.

Outra medida despenalizadora de suma importância no sistema processual penal brasileiro é a Suspensão Condicional do Processo, prevista no artigo 89, caput, da Lei 9.099/95, a qual estabelece que o Ministério público ao oferecer a denúncia poderá propor a suspensão condicional do processo, nos casos de delitos cuja pena mínima aplicada seja inferior a 1 (um) ano, observados os demais critérios para sua aplicação, quais sejam, não estar o acusado sendo processado ou cumprindo pena por outro crime,

133 STJ, 6ª Turma, HC 217.659/MS, Rel. Maria Theresa Assis Moura, j. 01/03/2012.

134 STF, RE 602.072 QO -RG/RS, Rel. Min. Cesar Peluso, j. 19/11/2009, Dje 035 25/02/2010.

135 STF. **Súmula Vinculante n° 35**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula786/false>. Acesso em: 05/06/2022.

136 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal. Parte Especial – Procedimentos, Nulidades e Recursos**. 11ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2021, pg 294.

desde que presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional do processo, dispostos no artigo 77 do Código Penal.

Consoante a doutrina de Renato Brasileiro¹³⁷, a suspensão condicional do processo funda-se no instituto do *Nolo Contendere*, origem processual italiana, o qual caracteriza uma forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa e nem proclama sua inocência, garantindo ao acusado o direito de não participar de um processo, sem qualquer assunção de culpa.

Hodiernamente há entendimento consolidado nos tribunais superiores de que a suspensão condicional do processo poderá ser aplicada na hipótese de condenação anterior, desde que entre a data do cumprimento ou extinção da pena anterior e data da infração posterior tenha decorrido o prazo de 05 anos.

Consoante ao disposto no artigo 89 da Lei 9.099/95, havendo a suspensão condicional do processo, o mesmo ficará suspenso por 02 (dois) a 4 (quatro) anos, prazo denominado na legislação como período de prova, observando-se que nesse lapso temporal, o réu será submetido a condições legais dispostas no parágrafo primeiro do artigo 89 da lei supra (rol não taxativo), conforme segue:

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - Proibição de frequentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - Comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Há de se ressaltar que para a celebração da suspensão condicional do processo, o acusado deverá preencher alguns requisitos de admissibilidade determinados pelo legislador, quais sejam:

137 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7.ed.rev., ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm,2019. pg.1520.

- Possuir o crime pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidos ou não pela Lei 9.099/95, exceto as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, observada a ciência do artigo 41 da Lei 11.340/06;
- Não estar o acusado sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime;
- Incidência no caso concreto dos demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena, conforme caput do artigo 89 da Lei 9.099/95.

Face a natureza consensual da medida, para que haja a suspensão condicional do processo, deverá haver acordo entre as partes, observando-se que ao juiz caberá a homologação, ou não, do acordo. Atualmente existe controvérsia doutrinária quanto ao recurso cabível, sendo que alguns defendem o recurso de apelação sob o fundamento de que se trata de decisão com força de definitiva, ao passo que outra parte da doutrina defende ser cabível Recurso em Sentido Estrito, com fundamento na aplicação subsidiária do artigo 581 do CPP.

A suspensão condicional do processo poderá ser revogada, caso ocorram as hipóteses previstas nos parágrafos do artigo 89 da Lei 9.099/9, as quais abrangem as hipóteses de o acusado vir a ser processado por outro crime, no caso de o acusado não reparar o dano, quando possível fazê-lo, no caso de o acusado vir a ser processado, no curso do prazo, por contravenção penal ou no caso de o acusado descumprir qualquer das condições que lhe foram impostas.

Por fim, decorrido o prazo da suspensão, sem que o benefício tenha sido revogado, haverá a extinção da punibilidade, conforme dispõe o artigo 89, § 5º da Lei 9.099/95.

Nesse diapasão, com o advento do “Pacote Anticrime” introduzido no sistema jurídico brasileiro com o advento da Lei 13.964/19, nova medida despenalizadora foi introduzida no Código de Processo Penal, através do artigo 28 - A, o qual define e delimita as regras para a aplicação da medida despenalizadora do acordo de não persecução penal.

Por tratar-se de mais recente medida despenalizadora introduzida no sistema processual penal brasileiro e estar diretamente vinculada à ampliação do espaço negocial nas ações penais, abordaremos o tema, em breve síntese, no tópico próprio a seguir.

1.1 PACOTE ANTICRIME E O ARTIGO 28 – A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

O Acordo de não persecução penal - ANPP - foi introduzido originariamente na Resolução CNMP 181, em seu artigo 18. Posteriormente passou por alteração redacional através da resolução CNMP 183/18, tendo sido efetivamente incorporado ao Código de Processo Penal através da Lei 13.964/19 publicada em 24 de dezembro desse mesmo ano.

A Lei 13.964/19, conhecida como pacote Anticrime, introduziu importantes alterações na legislação penal e processual penal brasileira, dentre elas o ANPP – Acordo de Não Persecução Penal disposto no artigo 28-A do CPP, o qual implementou a possibilidade de negócio jurídico pré-processual aos crimes de média gravidade, objetivando o não oferecimento de denúncia.

O ANPP amplia o rol de institutos e medidas despenalizadoras em aplicação no Brasil, ainda que se diferencie substancialmente de outros já existentes, à exemplo da transação penal e suspensão condicional do processo, uma vez que o ANPP pressupõe o reconhecimento da prática de um delito, por parte do autor do fato, sendo um importante instrumento de política criminal frente a realidade do sistema acusatório brasileiro.

Nesse sentido, Renato Brasileiro¹³⁸ define o Acordo de não persecução penal como sendo:

“Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso -devidamente assistido por seu defensor -, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do *Parquet* de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida”.

Nesse sentido, verifica-se que na seara do acordo de não persecução penal, há a confissão da prática do delito, o que pressupõe a concretização da viabilidade de uma ação penal. Contudo, não há de se falar em direito subjetivo do autor, uma vez que o Ministério Público poderá oferecer a proposta, caso entenda ser o acordo o meio adequado e suficiente à prevenção e reprimenda do ato delitivo praticado, caso

138 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7.ed.rev., ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm,2019. pg.200.

contrário, o Ministério Público poderá não oferecer, sendo esse o entendimento explanado pelo STF¹³⁹ em alguns de seus julgados:

“Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público "poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições".

Outra importante menção a se fazer acerca do instituto, refere-se ao fato de tratar-se de um acordo de vontades em que haverá concessões recíprocas, nas quais o autor do fato deixará de responder a um processo criminal desde que haja o reconhecimento da prática de crime e haja o cumprimento de obrigações delineadas pelo Ministério Público no bojo do acordo de não persecução penal.

A celebração do acordo de vontades ocorre de forma prévia à persecução penal, ou seja, trata-se de negócio jurídico extrajudicial¹⁴⁰, o qual possui o pressuposto de não aplicação de penas. Contudo, é importante ressaltar que há entendimento jurisprudencial em sede do STF¹⁴¹, para o qual afirma-se a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal a fatos anteriores a vigência da Lei 13.964/2019, desde que não oferecida a denúncia.

Consoante ao disposto no artigo 28-A do CPP, o acordo de não persecução penal está vinculado a observância dos seguintes requisitos, conforme segue:

139 STF, HC191124 AgR/RO, Rel. Min. Alexandre de Moraes, J.08.04.2021, 1ª T, DJE de 13.04.2021. STF, HC 201610 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 21.06.21, 2ª T, DJE de 25.06.21.

140 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal** (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 31.

141 STF, ARE1367838 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, J.16.05.22, 1ª T, DJE de 08.06.22. STF, HC 191464 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso, J. 11.11.2020, 1ª T, DJE de 26.11.2020.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas

de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Há de se observar que o legislador delineou as situações nas quais não será cabível o acordo de não persecução penal do artigo 28-A, em seu parágrafo segundo, abaixo transcrito:

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

A competência para o controle jurisdicional do acordo de não persecução penal foi implementada pela Lei 13.964/2019, observando-se que as resoluções do CNMP 181 e 183, eram silentes quanto a validação do acordo por um juízo competente. Assim, após a implementação da lei ora citada, o legislador passou a validar a necessidade de homologação judicial do acordo, conforme prevê o parágrafo quinto do artigo 28-A, situação em que o juiz competente deverá verificar a sua regularidade, voluntariedade e legalidade, podendo ouvir ou não o investigado, nas hipóteses que julgue necessário, na presença de seu defensor.

Inicialmente, a validação do acordo de não persecução penal deveria ocorrer perante o juiz das garantias, previsto no artigo 3-A do CPP. Neste caso, o termo seria remetido ao juiz das garantias, nos termos dos procedimentos dispostos no artigo 3-B, inciso XVII do CPP, para a homologação do acordo. Contudo, a eficácia da referida norma, até a presente data, segue suspensa em razão de liminar concedida na ADI 6.298/DF, de forma que a homologação do acordo segue no juízo competente para o processo e julgamento da ação penal correspondente.

Outrossim, importante frisar que o juiz poderá recusar a homologação do acordo, caso diante sua análise verifique a não adequação do mesmo aos requisitos legais ou entenda que suas cláusulas se mostram inadequadas, abusivas ou insuficientes à reprimenda do ato infracional, conforme disposto no § 5º do artigo 28-A do CPP.

Caso no decorrer das investigações, o Ministério Público se recuse, injustificadamente, a oferecer a proposta de acordo de não persecução penal, e o acusado tenha interesse em celebrar o acordo, o juiz aplicará o princípio da devolução disposto no artigo 28 do CPP, devendo remeter os autos ao procurador Geral de Justiça ou à respectiva Câmara de Coordenação e revisão, em analogia ao fluxo já aplicado aos casos de transação penal em que o Ministério Público se abstém de oferecer a proposta de acordo, observadas as disposições contidas no §14 do artigo 28 do CPP.

Celebrado o acordo de não persecução penal e deixando o acusado, injustificadamente, de cumprir as obrigações avençadas, aplicar-se-á o disposto nos parágrafos 10 e 11 do artigo 28 do CPP, os quais lecionam que o Ministério Público irá comunicar ao juízo o descumprimento do acordo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

Nesse diapasão, o parágrafo 11 do artigo supra citado leciona que o descumprimento do acordo de não persecução penal poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Por último, há de se destacar que havendo o integral cumprimento do acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade, conforme disposto no §13 do artigo 28 do CPP.

Consoante ao que leciona o professor Renato Brasileiro¹⁴², a ideia é que cumprido integralmente o acordo, esvazia-se o interesse processual no manejo da ação

142 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7.ed.rev., ampl. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. pg.210.

penal, tendo em vista que já estaria satisfeita a pretensão punitiva estatal, em virtude do cumprimento das obrigações, por parte do investigado.

2 PRINCIPAIS CRÍTICAS AO MODELO NEGOCIAL NO BRASIL

A introdução de medidas despenalizadoras no Brasil surge através de análises e estudos referentes à sociologia e política criminal e decorrem da necessidade de evolução do sistema penal brasileiro, o qual mostra-se ineficiente, hodiernamente, haja vista a morosidade dos processos criminais, a baixa proficuidade observada na reprimenda geral e especial decorrente da aplicação da pena, incorrendo em alto índice de reincidência delitiva, bem como o elevado custo econômico da máquina pública para suprir a alta demanda processual e carcerária de que o estado necessita.

A evolução histórica da sociedade remete-nos a uma evolução das Escolas Penais, no período pós-iluminista. Nesse sentido, a Escola penal clássica baseada no objetivo retribucionista da pena deixa de ser considerada a melhor forma de reprimenda estatal, observando-se que a pena passa a possuir outras funções, além da retributiva, incluindo-se suas funções preventivas, reeducativas, tendo em vista a tríplice finalidade da pena admitida no sistema penal brasileiro.

Nesse sentido, leciona o mestre Rogério Sanches¹⁴³ a cerca da utilidade da pena no período da Escola Clássica:

“Nessa época, JEREMY BENTHAN discute a questão da utilidade da pena, definindo-a como um sacrifício necessário para a salvação comum. A pena teria como grande finalidade a prevenção de novos delitos à medida que surgisse um temor da população em relação à sua aplicação”.

Observando-se uma dissolução no eixo espaço-tempo no qual transitam outras escolas penais como a Escola Positiva, a Escola Alemã, a *Terza Scuola*, ganha destaque no sistema jurídico brasileiro a Moderna doutrina penal, mais próxima da sociologia e da criminologia.

Para os principais idealizadores dessa Moderna Doutrina Penal, a norma penal passa a ter uma nova feição conforme cita Rogério Sanches¹⁴⁴ em sua obra:

143 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 10.ed. ver., ampl. atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. pg. 54.

144 CUNHA, Rogério Sanches. Ob.cit., p.57.

“As normas deixam de serem vistas como uma previsão impositiva dissociada do contexto social, e passam a ser vistas como uma diretriz a ser seguida para que haja, um melhor convívio na sociedade. Daí a impossibilidade de serem excessivamente gravosas; devem buscar a garantia de bens jurídicos que sejam prezados socialmente, visando manter a dignidade e liberdades humanas”.

No processo evolutivo do sistema penal, diante a evolução histórica da Justiça e do próprio Direito, mostram-se necessárias a aplicação de novas formas de solução de conflitos e de reprimenda penal aos delitos, com vistas a atribuir à pena um caráter retributivo, preventivo e reeducativo.

Assim, surgem novos modelos de justiça negociada em diversos países, observando-se no Brasil sua aplicação através de alguns diplomas legislativos, como a Lei 12.850/13 que trata da organização criminosa e mais recentemente a Lei 13.964/19 que versa sobre o acordo de não persecução penal.

Apresentadas as principais características do acordo de não persecução penal nos tópicos anteriores, há de se mencionar que algumas críticas ao modelo seguem em discussão, tomando-se por base relevantes alterações que a referida lei proporcionou ao sistema penal e processual penal brasileiro.

De início, há de se falar sobre a crítica referente ao caput do artigo 28-A do CPP, o qual delimita os requisitos para a celebração do acordo de não persecução penal, dentre eles a confissão formal e circunstancial da prática do ato delitivo, exigência essa que se contrapõe ao princípio constitucional da não autoincriminação, disposto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988.

Diante a exigência em questão, parte dos operadores do direito apontam controvérsia acerca da constitucionalidade da confissão exigida para a celebração do acordo de não persecução penal. O princípio do direito ao silêncio, também conhecido como princípio da inexigibilidade da autoincriminação confere proteção ao réu, tendo previsão constitucional e no Código de Processo Penal, em seu artigo 186.

Como bem leciona o Professor Nelson Nery Junior¹⁴⁵, o princípio da não autoincriminação pode ser conceituado como:

“[...] é da essência da ampla defesa o direito de não ser obrigado a se autoincriminar, tanto no processo

145 JÚNIOR, NELSON NERY. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2017, pg. 299.

administrativo como no judicial (penal, civil, trabalhista, eleitoral, militar). À proibição de autoincriminação corresponde o direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Não se pode compelir ninguém a produzir prova contra si mesmo, aplicando-se essa garantia tanto à pessoa física como jurídica. No processo sancionador (administrativo ou penal), o ônus da prova é da acusação que dela deve ser desincumbir pelos meios regulares em direito admitidos, sem obrigar o acusado a fazer prova contra si mesmo”.

Em contrapartida, como bem leciona o professor Renato Brasileiro¹⁴⁶, a confissão é meio de prova e pode ser conceituada como:

“Aceitação por parte do acusado da imputação da infração penal, perante autoridade judiciária ou policial. A confissão também é conhecida como testemunho duplamente qualificado: do ponto de vista objetivo, porque recai sobre fatos contrários ao interesse de quem confessa; e do ponto de vista subjetivo, porque provém do próprio acusado, e não de terceiro”.

No que pese tratar-se de confissão judicial explícita, a qual deverá ser realizada diante a presença do Parquet e da defesa técnica – afim de viabilizar contraditório - há de se verificar que diante a discussão acerca da exigência da confissão ser inconstitucional, por mitigar a garantia ao silêncio prevista no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988, inúmeras ações judiciais foram propostas para análise da inconstitucionalidade suscitada, havendo o entendimento junto aos tribunais superiores de que a confissão exigida para a celebração do acordo, constitui um dos requisitos para sua celebração, o qual sozinho não é suficiente para sua concretização, observando-se que o acusado poderá decidir quanto ao seu livre interesse em celebrá-lo, ou não, estando devidamente assistido por sua defesa técnica (STF, HC 183224 MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 05/06/2020)¹⁴⁷.

Outrossim, há de se observar que ainda que a exigência da confissão não seja inconstitucional, a mesma poderá incorrer em prejuízo ao acusado, nos casos em que o

146 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7.ed.rev., ampl. atual. Salvador: Ed. JusPodivm,2019. pg.711.

147 STF, HC 183224. Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T, DJE de 18.08.20.

acordo de não persecução penal não seja devidamente cumprido, situação em que haverá a propositura de ação penal por parte do Ministério Público, já munida com uma confissão formal, ressalvando-se que o descumprimento do acordo inicialmente proposto também poderá ser utilizado como justa causa para o não oferecimento da suspensão condicional do processo.

Possibilidade que se vislumbra à defesa do acusado em relação ao uso da confissão exigida para a celebração do acordo de não persecução penal refere-se a inclusão de cláusula no ANPP que proíba a utilização dessa confissão em outros processos, evitando-se assim a democratização e compartilhamento dessa confissão, observando-se que essa cláusula será homologada judicialmente. Assim, caso o Ministério Público venha a compartilhar a confissão, o próprio *parquet* estará descumprindo o acordo de não persecução penal.

Nesta seara, importante discussão acerca do acordo de não persecução penal refere-se à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, também conhecido como princípio da legalidade processual. Tal celeuma não é consentânea, haja visto que o assunto já vem sendo discutido desde a implementação de outros institutos que compõem a justiça penal negociada, tais como a transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada.

Outrossim, ainda que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não tenha status constitucional, o mesmo pode ser extraído do artigo 24 do Código de Processo Penal e mostra-se como importante ferramenta de equidade para a propositura de ações penais de iniciativa pública, evitando proposituras casuísticas, sem protecionismos ou parcialidades na atuação dos membros do Ministério Público.

Nesse sentido, leciona o professor Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹⁴⁸:

“Não é mais admissível que a doutrina se aferre ao princípio da obrigatoriedade – que, em essência, como dito, pretende evitar o favoritismo, o protecionismo e a improbidade – como forma de barrar uma solução mais promissora para tornar nosso sistema penal um pouco mais efetivo e com respostas mais adequadas, que se dá com a ampla possibilidade de celebração de acordos penais”.

Desse modo, há de se observar que a atuação do Ministério Público não está estritamente condicionada ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, observando-

148 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. In: BIANCHINI, Alice; JUNIOR, Freire Bedê Américo; MENDONÇA, Ana Cristina; MELO, André Luis Alves de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; BARROS, Francisco

se a independência funcional que o parquet possui para análise do interesse público em prosseguir com a reprimenda estatal, como bem lecionam Francisco Dirceu Barros e Jefson Romaniuc¹⁴⁹:

“[...] O que temos como previsão expressa é o princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, não havendo a mínima possibilidade jurídica do parquet ser obrigado a mover a persecução penal judicial, há uma conveniência justificada pela livre valoração do interesse público”.

Como bem ressalva Rodrigo da Silva Brandalise¹⁵⁰, em que pese o Ministério Público ter largo espaço de atuação no ANPP, o dever de vinculação à lei decorrente do princípio da legalidade adotado em países do Civil Law impõe limites aos agentes do estado, inviabilizando práticas como o *overcharging* americano.

Nessa toada, há de se ressaltar que do mesmo modo que o Ministério Público não está obrigado a oferecer denúncia e prosseguir com ação penal, o *parquet* também não está obrigado a oferecer o acordo de não persecução penal, observando-se entendimento do STF no sentido de que o acordo de não persecução penal - ANPP - não constitui direito subjetivo do acusado, conforme apresentado em tópico anterior.

Não obstante as ponderações acima, outra importante crítica acerca da aplicabilidade do acordo de não persecução penal decorre da análise do juízo competente para o julgamento da ação penal que venha a ser proposta, em caso de descumprimento e rescisão do ANPP, haja vista o juiz das garantias, previsto no artigo 03-B do Código de Processo Penal, estar suspenso em razão da ADI 6.298/DF.

Nessa situação, o mesmo juiz competente para a homologação do ANPP será o responsável por julgar o acusado ao fim da ação penal cabível. Tal situação poderá ser desfavorável ao acusado, tendo em vista que a imparcialidade do julgador, nessa

149 BARROS, Francisco Dirceu; JEFSON, ROMANIUC. **Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal**. In: BIANCHINI, Alice; JUNIOR, Freire Bedê Américo; MENDONÇA, Ana Cristina; MELO, André Luis Alves de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; BARROS, Francisco Dirceu; ALVES, Jamil Chaim; ROMANIUC, Jefson; SILVA, Luiz Felipe Carvalho; GOMES, Luiz Flávio; JERÔNIMO, Manoel; DOWER, Patrícia Eleutério Campos; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; ARAS, Vladimir. Acordo de não persecução penal. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p.89.

150 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 90.

situação, poderá ter sido mitigada em razão de sua participação na etapa pré-processual de homologação do acordo de não persecução penal.

Por fim, ainda que inúmeras questões devam ser melhor estudadas na aplicação prática do acordo de não persecução penal, não há como contestar que no âmbito da política criminal, o ANPP se mostra como importante instrumento de celeridade e eficiência da reprimenda estatal frente às infrações de médio potencial ofensivo.

3 IMPACTOS DOS MECANISMOS DA JUSTIÇA CONSENSUAL – APLICAÇÃO DO ANPP - NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.

Com o advento da Lei 13.964/2019 surge para o Ministério Público, em acepção ampla, uma nova missão no combate e prevenção ao crime. Nesse sentido, a partir do amadurecimento da instituição Ministério Público com o passar dos anos, verifica-se que sua atuação tem se pautado no respeito a Constituição Federal de 1988, estando hoje o órgão melhor estruturado e organizado.

Resultado disso, verifica-se na própria Lei 13.964/2019, a qual amplia o poder do *Parquet* dando-lhe a prerrogativa da discricionariedade para a oferta do ANPP. Por conseguinte, verifica-se uma diminuição de prisões temporárias arbitrárias, aplicadas com a finalidade de se obter delações premiadas, e entra em cena o Acordo de Não persecução Penal - ANPP.

Outrossim, a atuação extrapenal do Ministério Público ganha notoriedade com o pacote anticrime, passando a ser estratégica e trazendo resultados concretos ao sistema jurídico do país. A bem da verdade, verifica-se que o ANPP conseguiu otimizar o sistema jurídico na reprimenda estatal, a partir dos acordos celebrados desde a publicação da Lei.

A título de exemplificação, verifica-se que nos dados apresentados pelo MPF, referentes a sua atuação extrapenal, constantes no relatório *MPF EM NÚMEROS*¹⁵¹, houveram no ano de 2019 um total de 837 Acordos de Não Persecução Penal celebrados na esfera penal. Em 2020, esse número corresponde ao total de 7.770 e em 2021 tivemos um total de 7.312 acordos celebrados.

Em nível de atuação dos Ministérios Públicos Estaduais, o CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, divulgou em seu último relatório do *MP UM RETRATO*

151 Relatório **MPF em Números 2021**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/numeros>. Acesso em 20/07/2022.

2021¹⁵² a totalização dos dados referentes a atuação extrapenal do MP na celebração dos acordos de não persecução penal referentes ao ano de 2020.

Neste relatório, os números de termos de ANPP celebrados são robustos, verificando-se que no ano de 2020 os Ministérios públicos estaduais celebraram 19.153 termos de acordo de não persecução penal. Não obstante aos dados consolidados no CNMP, os Ministérios Públicos estaduais também publicam sua atuação, a exemplo do Ministério Público de Minas Gerais, o qual divulgou a celebração de mais de nove mil acordos de não persecução penal em 2021, conforme matéria publicada no site da instituição em 16 de fevereiro de 2022¹⁵³, apresentando os dados em ordem de classificação das comarcas com maior número de acordos celebrados. Por óbvio que os elevados índices de acordos celebrados geram o maior impacto positivo da medida, junto ao sistema jurídico penal brasileiro.

Outro impacto positivo decorrente da aplicação do ANPP refere-se à possibilidade de sua utilização como título executivo de natureza cível apto à execução. Neste caso, com fundamento nos artigos 8º, 141, 356, e 515 do código de Processo Civil, aplicáveis ao processo penal, conforme seu artigo 3º, o ANPP poderá ser utilizado como título executivo na execução cível, mesmo após ocorrida a rescisão do acordo de não persecução penal. Cumpre ressaltar que esse entendimento está concretizado na Carta de Araxá¹⁵⁴ que oficializa entendimento dos Ministérios Públicos da Região Sudeste, sendo decorrente do Congresso de Direito Penal dos Ministérios Públicos da região Sudeste realizado em dezembro de 2021.

Outrossim, revela-se que o CNMP instituiu as regras basilares de atuação dos Ministérios Públicos estaduais, pautado na legislação vigente, no que se refere ao acordo de não persecução penal - ANPP, objetivando uma metodologia de trabalho uniforme a partir de diretrizes gerais, ficando a cargo de cada MP estadual, a sua operacionalização, divulgação e implementação, observadas suas especificidades locais.

De sorte, verifica-se o expansionismo da justiça penal negociada, fato já ocorrido em sistemas jurídicos penais estrangeiros, como o alemão, americano e italiano, os quais influenciaram a difusão desse modelo de justiça no Brasil. Contudo, há

152 Relatório **MP um retrato 2021**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/transparencia/relatorios-em-bj>. Acesso em 20/07/2022.

153 **MPMG celebra mais de nove mil acordos de não persecução penal em 2021**. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/mpmg-celebra-mais-de-nove-mil-acordos-de-nao-persecucao-penal-em-2021.shtml>. Acesso em: 20/07/2022.

154 Congresso de Direito Penal dos Ministérios Públicos da Região Sudeste. **Carta de Araxá**. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/carta_araxa.pdf. Acesso em: 21/07/2022.

de se ressaltar que o modelo de justiça penal negociada se apresenta de forma distinta nos países de viés inquisitorial e aqueles de matriz adversarial, a exemplo dos Estados Unidos. Naqueles tem-se uma maior sujeição a judicialização, enquanto nestes há maior disponibilidade e interesse na justiça penal negociada, observada a celeridade e “efetividade” que a medida gera no sistema jurídico.

Nesse sentido, leciona Jed S. Rakoff¹⁵⁵ a respeito do modelo de justiça penal negociada americano conhecido como *Plea bargaining*:

“Na América o sistema *plea bargaining* constitui, praticamente, todo o sistema de justiça criminal, o qual se caracteriza por ser realizado com acordos “a portas fechadas” e sem controle judicial. A discricionariedade que possui o *Parquet* é bastante extensa, ao passo que o poder conferido à defesa e, inclusive, ao juiz, é diminuto”.

Nesse diapasão, surge a questão da mitigação do direito do investigado a um legal e justo processo penal. Ora, se o instituto da justiça negociada penal passa a ser utilizado de forma massiva e com o único intuito de trazer celeridade processual, evitando-se assim o colapso do sistema jurídico, por óbvio que inocentes sem condições de responderem a uma persecução penal com defesa técnica qualificada optarão por assumir um delito, através de confissão e celebração de acordo de não persecução penal, com vistas a evitar um dispendioso processo criminal, que no Brasil pode durar anos.

Nesse sentido, que parte da doutrina refuta a aplicação desenfreada dos acordos de não persecução penal, com vistas a preservar garantias e direitos fundamentais dos investigados, sendo esse um aspecto negativo do ANPP quando empregado de forma diversa à de sua finalidade.

Em relação a outros impactos negativos que poderão decorrer da Lei 13.964/2019, vislumbra-se a redação dada em alguns pontos do artigo 28-A do CPP, os quais seguem em análise pela doutrina e jurisprudência, cabendo citar, por exemplo a competência para fiscalização do cumprimento do acordo do ANPP.

No artigo 28-A, § 6º do CPP, o legislador disserta:

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para

155 RAKOFF, Jed S. **Why innocent people plead guilty**. The New York Review of Books, nov/14. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>; Acesso em: 20/07/2022.

que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

Neste caso, a Lei determina que a fiscalização seja efetivada pelo juízo da execução, o que nos parece incontroverso, haja vista que a celebração do acordo não sugere qualquer aplicação ou incidência de pena ao investigado, sendo este o posicionamento de alguns doutrinadores, a exemplo de Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto ¹⁵⁶:

“Fica fácil perceber o equívoco do legislador ao determinar que a concretização do acordo se dê no juízo das execuções penais. Erro crasso. Na VEC executa-se sanção penal. No ANPP não temos sanção penal imposta (e nem poderia, pois impede o devido processo legal). Temos Condições.

A sua execução deveria ficar a cargo do Ministério Público (como determina a Res. 181/17) ou do juízo do conhecimento”.

Tal erro poderia justificar pedido de detração de pena, por exemplo, no caso de investigado que cumpre parte das condições do ANPP e que deu causa a sua rescisão, sendo posteriormente julgado e condenado com imposição de sentença penal condenatória, verificando-se que o erro do legislador abre brecha para interpretação não pretendida pelo mesmo.

Outro ponto controvertido refere-se a discricionariedade do Ministério Público quanto a possibilidade de oferta do acordo de não persecução penal ao acusado, ou não. À exemplo do exposto, veja-se o caso em que o investigado realiza sua confissão circunstanciada, perfazendo todos os requisitos para celebração do ANPP, porém o Ministério Público entende a confissão como inútil à investigação.

Neste caso, entende-se que não estaria configurado justo motivo para o MP se recusar a ofertar o ANPP, observando-se que o ANPP não existe para colher uma confissão, sendo está um pressuposto para a celebração do acordo de não persecução penal. Nesse viés, é preciso destacar a principal finalidade do ANPP como medida despenalizadora que é, a qual objetiva evitar denuncia, processo, condenação e

156 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados: artigo por Artigo**. 6ª.ed.rev., ampl. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022. pg. 135.

imposição de pena, não sendo mero meio de acolhimento de confissões circunstanciadas de investigados.

Existem outros tantos pontos da Lei 13.964/2019 que se mostram incontroversos, porém não serão objeto desse trabalho, haja vista ainda estarem em discussão na jurisprudência e doutrina brasileiras.

CONCLUSÃO

A ampliação do espaço negocial nas ações penais já é uma realidade em vários países, incluindo aqueles de tradição adversarial como os Estados Unidos (*Plea Bargaining*), assim como também ocorre nos países de viés inquisitorial mais atrelados ao Princípio da Legalidade, à exemplo da Espanha, Itália, Alemanha, Portugal e Brasil.

A concretização do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro, formalizado pela Lei 13.964/2019 materializa, no Brasil, a tendência já vigente no direito comparado de se admitir e incorporar soluções consensuais na esfera criminal.

Há de se ressaltar que questões de política criminal foram de extrema importância para a positivação do acordo de não persecução penal – ANPP – observada a necessidade de se imprimir à Justiça Penal Brasileira maior efetividade e celeridade.

De outro lado, há de se observar que o encarceramento em massa, como hoje ocorre no país, não mais revela-se como medida mais adequada à reprimenda estatal aos crimes de menor e médio potencial ofensivos.

Nesse sentido, o modelo de resposta estatal aplicado a um ilícito penal, deve compreender a gravidade do crime e também a personalidade do infrator, observada a possibilidade de sua readequação e reinclusão no ambiente social. Realizada essa análise, o Estado precisa averiguar a proporcionalidade da medida sancionatória designada para a reprimenda do ato ilícito ora praticado.

A nova realidade processual criminal decorrente da ampliação do espaço negocial nas ações penais, hoje em plena expansão, foi debatida por Thomas Weigend¹⁵⁷, o qual inicialmente expôs sua preocupação com os limites normativos de

157 WEIGEND, Thomas „Die vollständige Hauptverhandlung ist für Sonderfälle, etwa für schwere Verbrechen reserviert, während die große Masse der Delikte in vereinfachten Verfahrensformen erledigt wird. Um so dringlicher stellt sich die Frage, wo die normativen Grenzen einer Vereinfachung und Beschleunigung des Strafverfahrens liegen. “Tradução: “A completa instrução processual penal está relegada aos casos especiais, reservada a crimes graves, enquanto que a maior parte dos delitos são resolvidos através de uma persecução penal abreviada. Impõe-se de foma urgente o questionamento dos limites normativos da simplificação e celeridade do processo penal.”. WEIGEND, Thomas. Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht. Zeitschriftswissenschaft, volume 113, caderno 2, 2001, p. 275. Disponível em:

uma simplificação e aceleração dos processos criminais em massa, a exemplo do que hoje ocorre com o *Plea bargaining* nos Estados Unidos, situação essa apontada como impacto negativo da aplicação da Lei 13.964/2019 que gera preocupação a alguns operadores do direito e doutrinadores.

Nesse diapasão, verifica-se também que a aplicação da justiça penal consensual viabiliza uma maior participação de todos os atores do processo, não devendo se abster da importância da vítima em tais casos. Nesse aspecto, o ANPP se mostra como medida menos punitivista àqueles que praticaram delitos de menor gravidade, permitindo que o curso da ação penal prossiga para aqueles que cometeram crimes mais graves e necessitam de cárcere para perfeita adequação da reprimenda estatal aplicada ao caso.

A tempos se verifica que o processo penal clássico, iniciado pela denúncia, perfazendo todos os atos processuais cabíveis e finalizado com a sentença condenatória (nos casos de processos em primeira instância), revela-se ineficiente atualmente, tendo em vista o número elevado de denúncias e ações penais deflagradas diariamente, comparadas ao aparato judiciário hoje existente, situação que muitas vezes torna a repressão às condutas criminosas inócuas.

Em termos conclusivos, assim como ocorre em sistemas jurídicos estrangeiros, podemos afirmar que a aplicação da justiça consensual no Brasil é positiva por imprimir economicidade e celeridade à repressão dos ilícitos penais de baixa e média gravidade, concedendo maior espaço para a persecução penal de casos de maior dificuldade evidencial e complexidade.

Outrossim, a aplicação da Lei nº 13.964/2019, que instituiu o ANPP no sistema processual brasileiro mostra-se como importante ferramenta de política criminal que permitirá maior efetividade na reprimenda estatal aplicável à crimes de menor e médio potencial ofensivo. Por oportuno, os números de acordos de não persecução penal aplicados no Brasil desde a implementação da Lei, revela a sua praticidade processual e efetividade no que tange a redução de ações penais.

Contudo, verifica-se que há espaços de conformação da lei e lacunas em sua aplicação prática, muitos deles ocasionados por má estruturação legislativa na própria redação da Lei, os quais ficarão à cargo da jurisprudência e doutrina a missão de conciliar as divergências existentes em torno do instituto.

<https://www-degruyter-com.emedien.ub.unimuenchen.de/downloadpdf/j/zstw.2001.113.issue-2/zstw.2001.113.2.271/zstw.2001.113.2.271.pdf> . Acesso em: 23/07/2022.

Hodiernamente, ainda que existam incongruências normativas e objeções ao abrandamento de penalizações, em especial aos crimes de menor e médio potencial ofensivo, a ferramenta da justiça negocial revela-se uma solução alternativa à crise de eficiência do sistema processual penal clássico.

Trata-se de uma transposição estrutural, que embora alcance pilares antes tidos como inalteráveis, a exemplo dos princípios da indisponibilidade da ação penal e da obrigatoriedade, encontra legitimação na autonomia individual das partes, na Constituição Federal e nos princípios da efetividade, proporcionalidade, economicidade e celeridade processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal. Parte Especial – Procedimentos, Nulidades e Recursos**. 11ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

AMBITO JURÍDICO. **Justiça Penal Consensual e o Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/justica-penal-consensual-e-o-processo-penal-brasileiro/>> . Acesso em: 30 de mar.2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BARROS, Francisco Dirceu; Jefson, ROMANIUC. **Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal**. In: BIANCHINI, Alice; JUNIOR, Freire Bedê Américo; MENDONÇA, Ana Cristina; MELO, André Luis Alves de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; BARROS, Francisco Dirceu; ALVES, Jamil Chaim; ROMANIUC, Jefson; SILVA, Luiz Felipe Carvalho; GOMES, Luiz Flávio; JERÔNIMO, Manoel; DOWER, Patrícia Eleutério Campos; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; ARAS, Vladimir. **Acordo de não persecução penal**. 3ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL, **Constituição Federal, 1998**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 27 de fevereiro de 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal** (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee

de Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. In: BIANCHINI, Alice; JUNIOR, Freire Bedê Américo; MENDONÇA, Ana Cristina; MELO, André Luis Alves de; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; BARROS, Francisco Dirceu; ALVES, Jamil Chaim; ROMANIUC, Jefson; SILVA, Luiz Felipe Carvalho; GOMES, Luiz Flávio; JERÔNIMO, Manoel; DOWER, Patrícia Eleutério Campos; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; ARAS, Vladimir. **Acordo de não persecução penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 10.ed. ver., ampl. atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. pg. 54.

JÚNIOR, NELSON NERY. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2017.

_____. Congresso de Direito Penal dos Ministérios Públicos da Região Sudeste. **Carta de Araxá**. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/carta_araxa.pdf. Acesso em: 21/07/2022.

CUNHA Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados: artigo por Artigo**. 6ª.ed.rev., ampl. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, de 31 de dezembro de 1940 e retificado em 03 de janeiro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: julho de 2022.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro/RJ, 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: julho de 2022.

_____. **Lei n 9.099, de 26 setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Diário Oficial da União, de 27 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: junho de 2022.

_____. **Lei n 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Diário Oficial da União, de 30 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: junho de 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único.** 7.ed.rev., ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: Uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal.** São Paulo: Almedina, 2015.

RAKOFF, Jed S. **Why innocent people plead guilty.** The New York Review of Books, nov/14. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>; Acesso em: 20/07/2022.

Relatório MPF em Números 2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/numeros>>. Acesso em: 20/07/2022.

Relatório Ministério Público um retrato 2021. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/transparencia/relatorios-em-bi>>. Acesso em: 20/07/2022.

STF. **Súmula Vinculante nº 35.** Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula786/false>>. Acesso em: 05/06/2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WEIGEND, Thomas. **Die vollständige Hauptverhandlung ist für Sonderfälle, etwa für schwere Verbrechen reserviert, während die große Masse der Delikte in vereinfachten Verfahrensformen erledigt wird. Um so dringlicher stellt sich die Frage, wo die normativen Grenzen einer Vereinfachung und Beschleunigung des Strafverfahrens liegen.** “Tradução: “A completa instrução processual penal está relegada aos casos especiais, reservada a crimes graves, enquanto que a maior parte dos delitos são resolvidos através de uma persecução penal abreviada. Impõe-se de foma urgente o questionamento dos limites normativos da simplificação e celeridade do processo penal.”. (tradução própria) WEIGEND, Thomas. Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht. Zeitschriftswissenschaft, volume 113, caderno 2, 2001, p. 275. Disponível em: <<https://www-degruyter-com.emedien.ub.unimuenchen.de/downloadpdf/j/zstw.2001.113.issue2/zstw.2001.113.2.271/zstw.2001.113.2.271.pdf>>. Acesso em: 23/07/2022.

A CONDENAÇÃO POR VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA PELA CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS NO CASO BRÍTEZ ARCE E OUTROS VS. ARGENTINA

ANA CAROLINA DE LELES RODRIGUES:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Possui especialização em sentido amplo em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Técnica Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação aos motivos que levaram o Estado da Argentina a ser responsabilizado por violência obstétrica e em relação aos argumentos utilizados pela referida Corte para se concluir pela caracterização de violações aos direitos humanos de Brítez Arce e Outros.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Violência Obstétrica. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Medidas Reparadoras.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the judgment handed down by the Inter-American Court of Human Rights in relation to the reasons that led the State of Argentina to be held responsible for obstetric violence and in relation to the arguments used by said Court to conclude the characterization of violations to the human rights of Brítez Arce et al.

Keywords: Human Rights. Obstetric Violence. Inter-American Court of Human Rights. Reparative Measures.

Sumário: Introdução. 1. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos contenciosos. 2. Os direitos violados no caso Brítez Arce e outros vs. Argentina. 3. Os casos correlatos de violência obstétrica na jurisprudência internacional. 4. As reparações decorrentes da condenação no caso Brítez Arce e outros vs. Argentina. Considerações Finais. Referência bibliográfica.

INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua função judicial, analisou o caso Brítez Arce e outros vs. Argentina e, em 18 de janeiro de 2023, publicou a sentença em que responsabiliza o Estado da Argentina pelas violações aos direitos humanos de Cristina Brítez Arce e seus filhos, sobretudo os direitos às garantias judiciais, à vida, à integridade pessoal e à saúde.

O presente artigo também versará sobre a violência obstétrica, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos ou “Pacto de São José da Costa Rica”, norma recepcionada pelo Brasil com *status* supralegal, conforme o Supremo Tribunal Federal (RE 464.343/SP).

Em relação ao contexto de reconhecimento da responsabilização pelos danos ocasionados à vítima e a seus familiares, mostra-se importante verificar quais os casos correlatos na jurisprudência internacional e, sobretudo, quais as medidas de reparação constantes na sentença a ser analisada.

1. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos contenciosos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é instituição do sistema interamericano de direitos humanos desde a sua implementação em 1979, dez anos após a sua criação pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ao contrário da Comissão, a Corte não é órgão integrante da Organização dos Estados Americanos, o que não diminui sua importância no sistema interamericano de direitos humanos.

A Corte detém competências consultiva e contenciosa. Ao exercer a competência contenciosa, a Corte pode ser demandada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pelos Estados partes que aderiram à Convenção Americana. No que tange às sentenças proferidas, vale mencionar que são irrecorríveis, apesar de admitir pedido de interpretação no prazo de noventa dias, a contar da notificação das partes, conforme o art. 67 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ainda sobre o art. 67, consta no item 2 que a decisão da Corte tem força de título executivo extrajudicial que valerá tanto em relação ao dever de pagar quantia certa, quanto em relação à obrigação de fazer ou de não fazer (BELTRAMELLI apud RAMOS, 2021).

A sentença proferida pela Corte vincula o Estado réu a cumprir o dispositivo. Acerca dos demais Estados, a sentença da Corte possui efeito vinculante indireto, sendo capaz de influenciar as decisões jurisdicionais internas em demandas semelhantes.

As sentenças não possuem força de lei, mas exercem um efeito persuasivo sobre os tribunais nacionais e podem ser usadas como fonte de interpretação e aplicação das normas de direitos humanos do sistema interamericano.

O efeito persuasivo das sentenças internacionais foi abordado no caso *Gelman vs. Uruguai* pela Corte (MAUÉS, 2016), ao prever que todos os órgãos estatais devem realizar o controle de convencionalidade à medida que o exercício do poder estatal requer a adequação das interpretações judiciais, administrativas e das garantias judiciais aos princípios estabelecidos na jurisprudência internacional.

Na Opinião Consultiva n. 29, a Corte mencionou a violência obstétrica e reforçou o dever estatal de adoção de abordagem diferenciada no tratamento das gestantes, no período do parto, puerpério e amamentação ou cuidadores primários privados de liberdade. Além disso, tratou sobre prevenção, investigação e erradicação da violência obstétrica no contexto carcerário.

Quanto à aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (RE 464.343/SP) já reforçou o caráter supralegal das normas de direitos humanos que não foram recepcionadas pelo país no quórum previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal.

A doutrina (RAMOS, 2021) direciona a adoção, pelo Brasil, da teoria do duplo estatuto, de modo que os direitos humanos serão garantidos pelo controle de constitucionalidade nacional e pelo controle de convencionalidade internacional.

2. Os direitos violados no caso Brítez Arce e outros vs. Argentina

Cristina Brítez Arce estava grávida em 1992, quando morreu por falha do serviço de saúde de um hospital público, na Argentina. A vítima de trinta e oito anos precisou ser internada para induzir o parto do feto que se encontrava morto após a quadragésima semana de gestação. Em decorrência da negligência no atendimento médico, Cristina faleceu.

A sentença declarou que houve violação aos direitos das garantias judiciais, à vida (art. 4.1, CADH), à integridade pessoal (art. 5.1, CADH) e à saúde (art. 26, CADH).

A Corte também verificou falha das instâncias nacionais na reparação da violação de direitos humanos, tendo a sentença condenatória sido publicada em 18 de janeiro de 2023.

A importância do caso decorre, também, do fato de ser a primeira vez que a Corte trata do tema violência obstétrica em um caso contencioso em que houve a condenação do Estado e o reconhecimento responsabilidade internacional do Chile pela violação aos direitos humanos da vítima.

A Corte mencionou ter havido ofensa ao art. 7º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ou “Convenção de Belém do Pará”, em prejuízo dos filhos de Brítez Arce e consequente violação aos direitos de proteção à família, direitos da criança e proteção judicial de Ezequiel Martín e Vanina Verónica Avaro.

A mencionada Convenção, portanto, considera que o Estado deve abster-se de práticas violentas contra a mulher, além de velar para que as instituições cumpram essa

obrigação. Deve o Estado, inclusive, incluir medidas legislativas, administrativas e jurídicas para abolir a violência contra a mulher (RAMOS, 2021).

Em diálogo com outras normativas, a Corte citou o art. 2º da Convenção de Belém do Pará, em que prevê que a violência contra a mulher pode ser física, sexual ou psicológica, abrangendo, entre outras, a ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, “incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local”.

Conforme os dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), explanados na sentença, estima-se que entre 88% a 98% das mortes maternas são preveníveis.

O julgamento abordou que o dever estatal inclui a informação plena das pessoas grávidas, em pós-parto ou lactantes, sobre a sua condição médica e sobre a saúde reprodutiva, com base em evidências científicas, sem preconceitos, estereótipos e discriminação.

A violência obstétrica trata-se de:

[...] apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, por meio do tratamento desumanizado, abuso da medicação e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres (ARAGON HEEMANN, 2020).

Desse modo, conforme o julgado em análise, o conceito de violência obstétrica abrange a falta de acesso ao serviço adequado de saúde, a violência moral ou psíquica, bem como o desrespeito durante ou após o parto. Outrossim, é incluído como maneiras de violência exercida pelos responsáveis nos cuidados da saúde, o abuso ou a negligência no tratamento, as intervenções médicas com uso de força ou coação, a patologização de processos naturais ou manifestações que geram ameaças.

O conceito, portanto, faz o recorte da violação aos direitos humanos de um grupo minoritário, uma vez que considera a violência obstétrica como espécie de violência de gênero.

3. Os casos correlatos de violência obstétrica na jurisprudência internacional

A Corte entendeu que a violência exercida contra a mulher durante a gravidez e no parto ou no pós-parto constitui uma forma de violência de gênero denominada “violência obstétrica”.

O denominado universalismo jurisprudencial garante que o sistema global dialogue com os sistemas regionais, inclusive o sistema interamericano (PAIVA, 2023).

Neste sentido, o caso analisado possui consonância com os entendimentos adotados pelo Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), no caso *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil* (2011) e no caso *N.A.E vs. Espanha* (2022).

No caso *Alyne Pimentel*, o Comitê CEDAW recomendou que o Brasil, dentre outros pontos, indenizasse financeiramente a família da vítima, assegurasse o direito das mulheres à maternidade segura e ao acesso à assistência médica emergencial adequada. Além disso, foi recomendado o dever de proporcionar a formação profissional adequada aos trabalhadores da área de saúde (ARAGON HEEMANN, 2020).

No caso *N.A.E vs. Espanha* (2022), o Comitê CEDAW constou, em sua decisão, que a violência obstétrica inclui os atos e condutas que desumanizam e menosprezam as mulheres durante as fases da gestação, do parto e da etapa posterior ao parto, por meio de maus-tratos físicos e verbais, humilhações, falta de informação e de consentimento, abuso de medicação e patologização dos processos naturais, tendo como consequência a perda de liberdade, autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sua sexualidade (ARAS, 2023).

Em relação aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Comunidade Indígena Xákmak Kásek vs. Paraguai*, a Corte estabeleceu o dever do Estado em oferecer políticas de saúde adequadas à prevenção da mortalidade materna (PAIVA, 2023).

Por fim, no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, a Corte também estabeleceu que o Estado tem o dever de garantir que as mulheres tenham acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva de qualidade, respeitando a autonomia e a integridade física e psicológica da mulher (ARAGON HEEMANN, 2020). Além disso, previu a violência obstétrica como discriminação de gênero.

4. As reparações decorrentes da condenação no caso *Brítez Arce e outros vs. Argentina*

A condenação em análise obriga o Estado da Argentina a agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; e a incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis.

Neste sentido, a Corte anotou em seu Comunicado CP-02/2023:

o pagamento de uma soma aos filhos da senhora Brítez Arce para despesas de tratamento psicológico e/ou psiquiátrico; a publicação do resumo oficial da Sentença no diário oficial e um meio de comunicação de grande circulação nacional, e a publicação da Sentença nos sites oficiais de autoridades estatais. Como garantias de não repetição ordenou ao Estado a concepção de uma campanha publicitária destinada a sensibilização aos direitos relacionados à gravidez, o trabalho de parto e pós-parto, as situações que podem constituir casos de violência obstétrica, e o direito das gestantes a receberem cuidados de saúde humanizados. Finalmente, ordenou o pagamento de indenizações por danos materiais e não-materiais e o pagamento de custos e despesas.

Conforme visto acima, a sentença condenatória abordou o dever de indenizar material e moralmente os familiares da vítima e pagar um valor apto a cobrir despesas de tratamento psicológico e psiquiátrico.

Constou, também, a medida reparatória de criar campanha de esclarecimento sobre os direitos relacionados à gravidez, ao trabalho de parto e pós-parto e as situações que possam configurar casos de violência obstétrica.

Ao final, após as mencionadas medidas reparatórias arbitradas, a última fase do procedimento perante a Corte será a supervisão do cumprimento da sentença proferida, conforme o art. 69 do Regulamento da Corte, momento no qual é possível a apresentação de relatórios estatais, pedido de perícia pela Corte, bem como convocação para audiência do Estado e dos representantes da vítima, além das demais medidas previstas no regulamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A condenação internacional analisada tem fundamental importância à medida que aborda a violência obstétrica como violência de gênero a ser combatida pelo Estado.

Em razão da vinculação indireta e caráter persuasivo da sentença, a importância desse julgado para o Brasil dialoga com o caso Alynne Pimentel julgado pelo Comitê CEDAW e reforça a importância de o Estado brasileiro adotar medidas para efetivar o controle de convencionalidade no âmbito legislativo, judicial e na Administração Pública por meio de políticas públicas que garantam os direitos das grávidas, parturientes e cuidadoras primárias de crianças.

Sendo assim, conforme foi analisado no presente ensaio, perseguir os meios para coibir a violência obstétrica aproxima a vivência social da equidade de gênero e do respeito aos direitos humanos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ARAGON HEEMANN, Thimotie. PAIVA, Caio. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 3.ed., editora CEI, 2020.

ARAS, Vladimir. A violência obstétrica no direito internacional dos direitos humanos: o caso Britez Arce vs. Argentina (2023). Disponível em <<https://vladimiraras.blog/2023/01/19/a-violencia-obstetrica-no-direito-internacional-dos-direitos-humanos-o-caso-britez-arce-vs-argentina-2023/>> Acesso em 27.mar.2023.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. Curso de Direitos Humanos. 6.ed., São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 464.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 28.mar.2023.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Brítez Arce y Otros vs. Argentina. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_474_esp.pdf> Acesso em 27.mar.2023.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Comunicado 02/2023. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_02_2023_port.pdf>. Acesso em 27.mar.2023.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Brítez Arce y Otros vs. Argentina. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf>. Acesso em 27.mar.2023.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Regulamento. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em 31.mar.2023.

MAUÉS, Antonio Moreira. MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. Disponível em <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38606.pdf>>. Acesso em 28.mar.2023.

PAIVA, Caio. Caso Comentado: Brítez Arce vs. Argentina. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=WIr_J2C_AgE>. Acesso em 28.mar.2023.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 8.ed., São Paulo: editora Saraiva Educação, 2021.

DO DIREITO DO ACUSADO A CONTRADITAR EM 48 HORAS A DECRETAÇÃO DE SUA PRISÃO PREVENTIVA - UMA ANÁLISE CRÍTICA DO § 3º DO ARTIGO 282 DO CPP E A NECESSIDADE DE SUA MODIFICAÇÃO

JOÃO CARLOS CAMPANINI:
Advogado, Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP e Sócio administrador da Oliveira Campanini Advogados Associados.

1. INTRODUÇÃO

Vem de longe a necessidade de melhor regulamentar a atuação do acusado quando da decretação de sua prisão preventiva.

Hipóteses de autoritarismo líquido, estado policial e processo penal de exceção, que desencadeiam no encarceramento em massa, aliados à pouco cumprimento das leis pelas autoridades, acabam transformando a prisão preventiva em prisão punitiva. Dessa forma, com a diuturna violação dos mais valiosos princípios de direitos humanos fundamentais, é necessário melhor regulamentar a legislação processual penal do país para que, efetivamente, o acusado tenha voz e seja ouvido diante do seu encarceramento provisório.

2. DESENVOLVIMENTO

Renato de Oliveira Furtado, em seu artigo: “A prisão preventiva e o contraditório como regra”¹⁵⁸, comenta ser do estadista Sólon a afirmação de que a sociedade está bem governada quando os cidadãos obedecem aos magistrados e os magistrados obedecem às leis. Embora a regra seja clara, observa que poucos juízes criminais a cumprem.

A regra que nos referimos está insculpida no artigo 282 do Código de Processo Penal, em especial no seu § 3º, que, presente no capítulo I (disposições gerais) do título IX, assim determina:

TÍTULO IX

¹⁵⁸ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-07/renato-furtado-prisao-preventiva-contraditorio-regra>

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de

seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Como previsto, após a decretação da prisão preventiva, existe a obrigatoriedade do juiz notificar o preso em 5 (cinco) dias sobre a situação, encaminhando-lhe cópia das principais peças do feito que ordenou a medida extrema.

Sabemos que para a decretação da prisão preventiva não há, e nem deve haver, comunicação ao apreendido ou ao seu advogado antes do cumprimento efetivo do mandado prisional, uma vez que tal informação, efetivamente representaria inocuidade da medida, haja vista que o cidadão a ser preso pode furtar-se à medida empreendendo fuga ou, com preparação, resistir à prisão atacando os agentes policiais responsáveis pelo cumprimento da ordem judicial.

Em contrapartida, após ter contra si o efetivo cumprimento da ordem de prisão com o seu aprisionamento, possui o direito de que, em no máximo cinco dias, tenha um defensor, ainda que público, acompanhando o desenrolar da medida para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Infelizmente a ausência de boa técnica de redação legislativa em nosso país é um problema antigo e sempre preocupante. Outro problema, aliado a esse fato, é a falta de pesquisa por parte dos atores processuais das exposições de motivos das leis, exegese necessária para se entender a fundo “o que a sociedade desejava” na época da confecção daquela norma, qual era sua necessidade e quais seus limites necessários.

Por conta desses problemas, o início do § 3º do referido artigo 282 – “*Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida*” – acaba por ser interpretado sempre em prejuízo do acusado, uma vez que a interpretação feita nesse caso diz respeito ao momento anterior da decretação da prisão, conforme citamos acima, realmente ato com necessidade de urgência e sigilo, para não causar sua inocuidade. Na prática, todos os casos de decretação de prisão cautelar seguem tal “regra” do caráter sigiloso e não contemplam expressamente a abertura posterior do quinquídio legal para que o encarcerado possa se manifestar.

3. A teoria da dissonância cognitiva e a falta de contraditório para se analisar a prova da existência do crime

No belíssimo artigo: “O JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA HIPÓTESE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO DURANTE O INQUÉRITO, E À LUZ DO ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA, SOBRE PERDA DA PARCIALIDADE DO MAGISTRADO”, Claudio José Langroiva Pereira e Alvaro Augusto M.V. Orione Souza, durante produção intelectual do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos” da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sustentam sobre a problemática da decretação da prisão preventiva frente à análise perfunctória do artigo 312 do Código de Processo Penal, que assim descreve:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver **prova da existência do crime e indício suficiente de autoria** e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. *(negritos nossos)*

Analisando a norma em questão, resta evidente que, sem qualquer direito de resposta do acusado, o juiz, ao decretar a prisão, **acaba por fazer uma análise do mérito dos fatos**, não só analisando a fumaça dos “indícios da autoria” do crime, mas também analisando a prova da existência do delito, em manifesta incompatibilidade lógica com os incisos I (estar provada a inexistência do fato), II (não haver prova da existência do fato) e III (não constituir o fato infração penal) do artigo 386 do Código de Processo Penal, que prevê as hipóteses legais em que o réu deve ser absolvido.

Percebe-se claramente que o magistrado, ao decretar a prisão, embalado pela “segurança” que possui nas fontes de informação de agentes públicos de sua confiança (Delegado de Polícia com seu relatório no inquérito ou Promotor/Procurador de Justiça com seu pleito de prisão e a própria denúncia), forma sua convicção de que o fato, efetivamente, é criminoso e existiu.

E como fica a situação do acusado preso que possui provas da inexistência do fato ou mesmo que tal fato não pode ser considerado delituoso, se não for devidamente notificado pelo juízo sobre as razões de sua prisão, não possuir renda suficiente para constituir advogado particular e, pelo fato da negativa pelo Estado de cumprir o quinquídio da norma, não ser encaminhado para a Defensoria Pública? Respondemos: permanecerá encarcerado ao menos até que uma primeira audiência judicial ocorra ou até que consiga, nos casos de prisão durante a investigação, demonstrar à autoridade policial o descabimento de sua custódia cautelar.

De antemão, o leitor deste artigo pode ficar se perguntando: e as audiências de custódia, agora presentes em quase todo o território nacional que levam as pessoas presas em até vinte e quatro horas à presença de um juiz?

Aqui, a prática de atuação no processo penal brasileiro explica: as audiências de custódia, embora existentes após estudos do Conselho Nacional de Justiça principalmente dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil é signatário, têm, por objetivos, aqui tratados de forma resumida, evitar práticas de abuso de autoridade pelos agentes públicos responsáveis pela prisão e o encarceramento cautelar de pessoas que não representem risco à comunidade.

Com isso, embora alguns órgãos do Poder Judiciário, a exemplo do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo¹⁵⁹ - Obs: resolução própria não predispõe sobre custódia decretada por magistrados, mas seguem realizando -, estejam realizando audiências de custódia em razão da decretação de prisão preventiva, elas, na prática, pouco de eficácia possuem no tocante ao juiz rever sua própria decisão ordenando a revogação da medida extrema, isso tudo pelo fato de que ela ocorre de forma rápida, não tendo o acusado tempo suficiente para demonstrar, via de um defensor, a desnecessidade de sua custódia. Assim, se convencer pela revogação da prisão, durante a instrução do processo, o mesmo magistrado que a decretou, já é um ato difícil, inevitável reconhecer que, após um único dia da assinatura do mandado, sem qualquer tempo para estudo e juntada de provas, o acusado consiga fazer o juiz rever seu posicionamento. Em outras palavras, realizar audiências de custódia em razão de prisões cautelares decretadas por juízes de direito, não faz o mínimo sentido para a finalidade precípua de verificar sua necessidade, haja vista que tais audiências seriam importantes apenas para verificar se os agentes responsáveis pelo cumprimento do mandado não fugiram da legalidade em suas atribuições.

¹⁵⁹ Disponível em: <https://www.tjmosp.jus.br/resolucao-no-042-2016-2/>

Como reforço de nossa argumentação, imperioso citar a Teoria da Dissonância Cognitiva, que já esclareceu que o magistrado, ainda que de forma inconsciente, tende, durante tal audiência de custódia, prestigiar apenas os elementos que o fizeram decretar a prisão, minimizando quaisquer outros trazidos de “supetão” pela defesa.

Na obra: Estudos Avançados de Direito Militar II, Editora Rideel, São Paulo/2022, William de Castro Alves dos Santos, sustenta:

(...)

Conforme o regramento do CNJ – Res. 213, a audiência de apresentação do preso em flagrante terá dupla finalidade: a primeira (protetiva), consiste na tutela de sua integridade física; a segunda (meritória), impõe a aferição da necessidade da prisão do atuado. Diversamente, a resolução não é explícita sobre as finalidades da audiência de custódia do preso por mandado de prisão temporária, preventiva ou mesmo definitiva (por condenação criminal transitada em julgado). Contudo, por questão de lógica, em tais casos o ato terá como finalidade única (protetiva) a preservação da integridade física do preso, sendo inconcebível ingresso o magistrado da audiência no mérito da necessidade da prisão por mandado, a fim de revogá-la.

Isso porque, seria totalmente incoerente o fato de um mesmo juiz (parágrafo único¹⁶⁰, do artigo 13, da Resolução 213/2015 do CNJ), reconhecendo o “perigo da liberdade” do sujeito, decretar sua prisão temporária ou preventiva e revogar a sua própria decisão tão logo cumprida a ordem, sem qualquer alteração fática ou produção de novas provas.

Em verdade, ainda que a audiência de custódia seja realizada por juiz diverso daquele que ordenou a prisão cautelar, não caberá ao magistrado que fizer a audiência, por exemplo, modificar a decisão do juiz que decretou a prisão temporária ou preventiva proferida fundamentadamente, tendo em vista que as duas autoridades estarão em igual plano hierárquico.

160 Art. 13. (...)

Parágrafo Único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

Nesse mesmo diapasão seria a hipótese em que, cumprido o mandado de prisão por força de condenação criminal definitiva, e efetivada a apresentação do preso ao juiz em 24 horas, viesse o magistrado de 1ª instância em audiência a desconstituir a “coisa julgada”, que impôs ao sentenciado pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, concedendo liberdade ao preso.

Na prática, os Tribunais pátrios divergem em relação a adoção de audiências de custódia no caso de cumprimento de mandados de prisão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, adota audiências de apresentação somente em casos de prisão em flagrante, dispensando tal prática após cumprimento de mandados de prisão. Já o Tribunal de Justiça Militar Bandeirante, realiza as referidas audiências em todas as hipóteses de prisão.

Em arremate, vale considerar que se o grande propósito das audiências de custódia é a redução da população carcerária provisória, e se a concessão da liberdade só tem cabimento, ordinariamente, na audiência ocorrida após a prisão em flagrante, parece contraproducente a realização desta audiência solene – que movimenta policiais, juízes, defensores, promotores de justiça, servidores, etc – por decorrência do cumprimento de mandado de prisão cautelar ou definitiva, apenas para verificação da finalidade protetiva.

(...)

Em resumo, evidente que nem com a longínqua hipótese de se regulamentar as audiências de custódia em todos os juízos a situação do necessário contraditório estaria resolvida.

Por falar em contraditório nessa fase judicial, Ferrajoli preceitua:

(...)

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular,

das averiguações jurídicas e das periciais ao interrogatório do imputado, do reconhecimento aos testemunhos e acareações.

(...)

Pacelli, ao analisar o tema, descreve:

(...)

Embora possa parecer uma contradição em termos, não há nenhuma incompatibilidade entre a aplicação de medidas cautelares e o contraditório anterior à respectiva decretação. Naturalmente, tudo dependerá da modalidade da cautelar e do risco à sua efetividade. A prisão preventiva, por exemplo, poderia ser frustrada se antecipada ao investigado a sua decretação. É que não bastam indícios da autoria e da materialidade da infração; devem estar também presentes os riscos à efetividade da investigação ou do processo, segundo o disposto no artigo 282, I (como substitutiva de outra cautelar) e artigo 312 (como medida autônoma), ambos do CPP. Assim, se de fato presentes tais situações, o contraditório para a sua aplicação poderia frustrar a efetividade da medida. Também nos parece ser esse o caso das medidas previstas no artigo 319, II e III (proibição de acesso a lugares e de contato com pessoas), bem como do inciso VI (suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira) e VII (internação provisória no caso de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade). Nessas hipóteses, a própria Lei alude ao risco de reiteração criminosa. Fora desses casos, porém, nada impedirá a participação prévia do investigado ou processado na decretação da medida. Aliás, pelo contrário, será ela (participação) recomendável, de modo a que se esclareça ao máximo a necessidade de proteção à investigação ou ao processo. Também nesse campo deve ter voz o princípio da ampla defesa.

(...)

A sustentação de Pacelli, em relação à decretação da prisão preventiva, parece dar força ao entendimento daqueles que apenas analisam parte a norma. Para nós, pesquisadores, com a profundidade que o tema exige, nada passa despercebido. Decretando-se a medida extrema, é direito do preso responder diretamente à acusação

que causou a custódia, sob pena de ferir os mais caros predispostos de direitos humanos fundamentais.

Não podemos esquecer que a hipótese de ofertar o direito de manifestação à parte contrária (acusado) também diz respeito ao objetivo final de qualquer processo: a verdadeira justiça!

Nesta senda, o saudoso jurista Luiz Flavio Gomes e Ivan Luís Marques sustentaram¹⁶¹:

Ouvir a parte contraria (leia-se o imputado) significa abrir, para o juiz, a possibilidade de maior acerto na medida decretada. O contraditório ora determinado pela lei parece burocrático, mas, na verdade, é ele que vai iluminar a decisão do juiz, na sua tarefa de fazer justiça.

Aury Lopes Júnior¹⁶², ao contrário do que sustenta William de Castro Alves dos Santos – posição postada neste artigo, logo atrás – defende que após a decretação da prisão preventiva o juiz deve imediatamente aprazar uma audiência para ouvir o imputado, possibilitando ao mesmo exercer no mínimo o direito ao contraditório quanto a (des)necessidade da medida.

Nesse caso, segundo Giacomolli¹⁶³, o direito a audiência previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶⁴ é um desdobramento do direito a ampla defesa e do contraditório, uma vez que, nessa solenidade, o preso poderia expor suas razões defensivas, para que após, o juiz reavaliasse o caso, decidindo pela manutenção da prisão ou pelo deferimento da liberdade.

Em resumo, para nós, respeitando o entendimento dos eminentes estudiosos (Lopes Jr e Giacomolli), que sustentam que a audiência de custódia seria a saída para o

¹⁶¹ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Prisão e medidas cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 76.

¹⁶² LOPES JR., Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16

¹⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 30

¹⁶⁴Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal - 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

contraditório na prisão preventiva, preferimos nos filiar ao pensamento de William de Castro Alves dos Santos. A prática mostra que o mesmo juiz que decretou a prisão, ou ainda, juiz atuante na mesma instância daquele que expediu o mandado, não irá mudar seu posicionamento somente pela razão do preso ter sido trazido à sua frente em audiência, até porque a normatização das audiências de custódia não prevê hipóteses de exercício do direito de acusar pelo Estado e, assim, sendo, também não prevê o exercício da ampla defesa com todos os seus recursos.

Com isso, desculpando-nos pela acidez na narração da verdade, o que verificamos todos os dias nas varas criminais, principalmente em grandes centros urbanos – haja vista o excesso de custodiados –, são audiências rápidas, com pouca atenção por parte da magistratura e do ministério público, quase sempre acompanhadas pela defensoria pública, onde apenas se pergunta ao preso se sua integridade física foi preservada no momento da prisão e “ouve-se”, sua defesa (particular ou pública), que, até pelo tempo exíguo oferecido (menos de vinte e quatro horas), acaba apenas por lançar mão de argumentos simples no tocante a ser ou não hipótese de conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Em verdade, em que pese os tribunais superiores sustentarem que não basta a gravidade do crime para a manutenção da custódia cautelar, a regra é: o crime é grave - aqui se analisa apenas a quantidade máxima de pena prevista -, converte-se o flagrante em preventiva.

4. Considerações finais e proposta de mudança legislativa

Como já dito anteriormente, pelas razões sustentadas, não entendemos que a realização de audiência de custódia após decretação de prisão preventiva seja produtora. De outro bordo, sustentar apenas que o Poder Judiciário cumpra nosso código processual penal oferecendo o quinquídio para manifestação do apripionado e sua defesa, também não nos parece salutar.

Acreditamos que a forma “mal escrita” do referido artigo, aliado ao ainda sistema processual inquisitorial existente é a razão para que praticamente inexista contraditório e ampla defesa em relação à custódia cautelar ordenada por juiz.

Da mesma forma, entendemos que cinco dias para manifestação do acusado/sua defesa, diante de um sistema carcerário desumano, caracterizado pelo Supremo Tribunal Federal como um “estado de coisas inconstitucional”¹⁶⁵, é muito tempo. Só quem

¹⁶⁵Em 2015, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, o STF considerou a situação prisional no país um “estado de coisas inconstitucional”, com “violação massiva de direitos fundamentais” da população prisional, por omissão do poder público.

conhece de perto nossas prisões tem a verdadeira noção do quanto degradantes e ilegais são. Minutos a mais dentro dessas muralhas tendem a representar a vida ou a morte.

Prazo razoável, ao nosso humilde ver, que atende inclusive o predisposto na alínea "c" do inciso 2º do artigo 8º da CADH166, são 48 (quarenta e oito) horas, contadas da data/hora da intimação judicial, tendo o juízo, para analisar o pleito, o mesmo período.

Desta feita, a sugestão de nova redação para o § 3º do artigo 282 do Código de Processo Penal, segue adiante:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. **Nos casos específicos de decretação de prisão cautelar por ordem judicial, o juiz, em até um dia do cumprimento do mandado, para fins de contraditório, cumprirá o determinado neste parágrafo (intimação do preso), para que se manifeste via de defesa técnica em até 48 (quarenta e oito) horas. A defensoria pública deverá realizar tal manifestação tão logo o preso informe não possuir defensor particular. Recebendo a manifestação, o juiz deverá analisar e decidir, pela manutenção ou não da custódia, no mesmo período.**

5. Referências

GIACOMOLLI, Nereu José. Processo Penal Contemporâneo em Debate, Ed. Tirant Lo Blanch, ano 2011, Tomo 5, pág. 92/105.

GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013

166Artigo 8º - Garantias judiciais - 2.Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Prisão e medidas cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LOPES JR., Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. Prisão preventiva e liberdade provisória. A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013.

DOS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA E O ESTATUTO DA CIDADE: O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE NA ORGANIZAÇÃO URBANÍSTICA MUNICIPAL

AMANDA NICOLE AGUIAR DE OLIVEIRA:
Advogada OAB/AM 16.807, especialista em Direito Civil e Direito Notarial e Registral, MBA em Gestão de Políticas Públicas Municipais e Finanças e Política Fiscal.¹⁶⁷

RESUMO: O Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257 de 2001) trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma gama de disposições gerais sobre o processo de urbanização dos Municípios. Instituiu a Política Urbana e seus instrumentos, além de reinserir, com uma nova roupagem, o Direito Real de Superfície, propulsionando o desenvolvimento urbano nas cidades em harmonia com as novas funções sociais constitucionalmente impostas aos Municípios. Este estudo tem como objetivo geral analisar como o Direito Real de Superfície atua no aperfeiçoamento da organização urbanística municipal por meio da implementação da Política Urbana. A metodologia de pesquisa usada é a revisão de literatura, de natureza qualitativa e caráter descritivo. Obteve-se como resultado que uso do Direito Real de Superfície beneficia todos os envolvidos, sejam eles os particulares a construir um contrato de concessão ou o Poder Público Municipal que pode ganhar com o investimento da destinação dos imóveis urbanos contribuindo na organização urbanística das cidades brasileiras, criando e destinando imóveis que antes eram vistos como problemas urbanos melhorando o bem-estar social urbano.

PALAVRAS – CHAVE: Urbanismo. Organização. Superfície. Política. Direito.

ABSTRACT: The City Statute (Law No. 10,257 of 2001) brought to the Brazilian legal system a range of general provisions on the process of urbanization of Municipalities. It instituted the Urban Policy and its instruments, in addition to reinserting, with a new guise, the Real Surface Right, promoting urban development in cities in harmony with the new social functions constitutionally imposed on Municipalities. The general objective of this study is to analyze how the Real Surface Law acts in the improvement of the municipal urban organization through the implementation of the Urban Policy. The research methodology used is the literature review, of a qualitative and descriptive nature. As a result, the use of the Real Surface Right benefits all those involved, whether they are individuals building a concession contract or the Municipal Public Power that can gain from the investment in the allocation of urban properties, contributing to the urban organization of Brazilian cities.

¹⁶⁷ E-mail: Amanda.nicoleaguiar@outlook.com.

, creating and allocating properties that were previously seen as urban problems, improving urban social well-being.

KEYWORDS: Urbanism. Organization. Surface. Policy. Right.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Direito Urbanístico, o Estatuto da Cidade e os instrumentos da Política Urbana. 2. O Direito De Superfície: Generalidades E Atualizações Jurídicas. 3. O Direito Real De Superfície Como Instrumento De Organização Urbanística Municipal. 3.1 A importância da organização urbanística municipal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 182 estabelece uma política de desenvolvimento urbano cujos objetivos são ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana, em aspectos individuais e coletivos, garantindo instrumentos para tal aplicabilidade, ficando a cargo do Poder Público Municipal a prática desta política.

O direito a propriedade, o pleno desenvolvimento local e a função social da cidade são princípios garantidos aos cidadãos e estão esculpidos nas linhas da Constituição Federal de 1988, através do processo de constitucionalização do Direito Urbanístico, com uma ênfase maior no capítulo II que trata sobre a política urbana, o que inclusive devido a sua importância, criou-se a Lei n.º 10.257 de 2001, conhecida com Estatuto da Cidade.

O Estatuto da Cidade se tornou o mais pleno instrumento legal de reforma urbana capaz de gerir o uso da propriedade urbana. Diante desse cenário, com uma robusta legislação, surgiu a necessidade de uma melhor organização urbanística, mas não apenas para melhorar o lado governamental na administração do Município, mais sim, o lado do particular.

Os instrumentos da política urbana, criados através do Estatuto da Cidade, viabilizam as diretrizes gerais que propulsionam o pleno desenvolvimento do processo de urbanização das cidades. De semelhante modo, esses instrumentos – que se subdividem em instrumentos urbanísticos gerais e específicos - possuem a função de efetivar essas diretrizes gerais e são úteis para todas as cidades brasileiras, atendendo também de forma específica circunstâncias particulares de algumas cidades.

Diante desse cenário, o direito de superfície elencado no rol de instrumentos jurídicos e políticos da Política Urbana através do artigo 4º da Lei n.º 10.257/2001, foi reinserido no ordenamento jurídico brasileiro limitado a propriedades urbanas. Com essa nova roupagem o Direito Real de Superfície atua para as cidades como um instrumento para melhor organizarem suas propriedades, permitindo aos particulares um melhor uso da

coisa. Neste sentido, indaga-se: Como o direito real de superfície contribui para a organização urbanística dos Municípios brasileiros?

Delineou-se como objetivo geral deste estudo analisar como o Direito Real de Superfície atua e contribui no aperfeiçoamento da organização urbanística municipal por meio da implementação da Política Urbana do Estatuto das Cidades. Possui, ainda, como objetivos específicos: conhecer a Política Urbana, seus instrumentos e o Estatuto da Cidade; Compreender o Direito Real de Superfície e Refletir sobre a contribuição do Direito Real de Superfície na organização urbanística municipal.

Para tal cumprir com os objetivos traçados, utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica, através da revisão de literatura, artigos e dados que se encaixem ao tema abordado, possui caráter descritivo e natureza qualitativa por meio da abordagem objetiva e sistemática. Com os resultados obtidos se realizou uma sincronia de dados e se buscou responder o problema levantado.

O presente estudo foi dividido em três itens principais que também se utilizou de subitens cujos títulos são: 1. O Direito Urbanístico, o Estatuto da Cidade e os instrumentos da Política Urbana. 2. O Direito Real de Superfície: Generalidades e Atualizações Jurídicas. 3. O Direito De Superfície como Instrumento de Organização Urbanística Municipal. 3.1 A importância da organização urbanística municipal.

No primeiro item se apresentará o Direito Urbanístico e suas múltiplas facetas, o Estatuto da Cidade e os instrumentos da Política Urbana em conjunto com estudos doutrinários que demonstre a importância da matéria e as suas legislações pertinentes, por meio de uma abordagem sistemática, objetiva e atualizada sobre o tema desta pesquisa e o problema levantado.

No segundo item se compreenderá o Direito Real de Superfície por meio da demonstração de suas generalidades e atualizações jurídicas. Para isso, neste item foi utilizada a revisão de literatura de estudos doutrinários e dados atualizados cujos aspectos foram previamente selecionados em cotejo com o Direito Civil, Constitucional e a subsunção de tais dados com o Direito Urbanístico.

De semelhante modo, no terceiro item desta pesquisa se refletiu como o Direito Real de Superfície, um dos instrumentos da Política Urbana elencado no Estatuto da Cidade contribui para a organização urbanística municipal. Utilizou-se o subitem sobre a importância da organização urbanística municipal com dados e estudos doutrinários que colaborem com o tema.

Por fim, resta respondida a pergunta apresentada diante da fundamentação teórica que baseia os itens deste estudo confirmando que o Direito Real de Superfície contribui como instrumento da Política Urbana, advindo do Estatuto da Cidade – Lei n.º 10.257/2001 - para a organização urbanística municipal diante de sua devida importância para o desenvolvimento das cidades brasileiras.

1. O DIREITO URBANÍSTICO, O ESTATUTO DA CIDADE E OS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA.

O Direito Urbanístico surgiu através de uma inquietude por respostas jurídicas para os problemas urbanos que foram surgindo ao longo dos anos com desenvolvimento das relações humanas e o surgimento das cidades que se formaram. Esses anseios locais denominaram, conforme as palavras de Hely Lopes Meirelles (2014, p. 493) em um “ramo do direito público que é destinado ao estudo e a formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo”.

O objetivo desta ciência jurídica engloba “ajustar e organizar o meio ambiente urbano, regulando a atividade urbanística, ordenando todo o território urbano onde as pessoas vivem” (FRANCISCO; GOLDFINGER, p. 18, 2017). Logo, a concepção do conceito jurídico atualmente perpassa por diversas nuances, sendo complexo seu conceito final. Todavia, traduz Kiyoshi Harada (2021, p. 23) que:

Tendo em vista as disposições constitucionais e infraconstitucionais, concernentes à política de desenvolvimento urbano, podemos conceituar, sinteticamente, o Direito Urbanístico como ramo do direito público, que tem por objeto normas e atos que restringem o exercício do direito de propriedade, para assegurar o desenvolvimento ordenado da cidade, regulando os espaços habitáveis, buscando harmonizar o interesse do proprietário urbano com a preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, de sorte assegurar o bem-estar de seus habitantes (HARADA, 2021, p. 23).

Possui como objetivos o ajuste e a organização do meio ambiente urbano, regendo as relações urbanísticas onde há uma organização legal do território habitável para que todos vivam em conformidade com os princípios constitucionais vigentes. Em resumo, o objeto dessa ciência é toda e qualquer lei que discipline o planejamento urbano, criando até instrumentos capazes de organizar os espaços das cidades, a ocupação do solo urbano e a intervenção estatal urbanística.

José Afonso da Silva (2010, p. 45) relata princípios do Direito Urbanístico: Princípio de que o urbanismo é uma junção pública; Princípio da conformação da propriedade urbana;

Princípio da coesão dinâmica das normas urbanísticas; Princípio da afetação das mais valias ao custo da urbanificação e princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística.

O princípio de que o urbanismo é uma junção pública fornece ao Direito Urbanístico a característica de instrumento normativo pelo qual o Poder Público pode atuar no meio social e também no domínio privado, ao passo que pode ordenar a realidade do interesse coletivo em cotejo com o princípio da legalidade.

Já o princípio da conformação da propriedade urbana se traduz nas normas de ordenação urbanística, ao qual deve existir uma adequação da propriedade com o arcabouço jurídico sobre a organização urbanística. Por sua vez, o princípio da coesão dinâmica das normas urbanísticas possui sua eficácia também no conjunto de normas e procedimentos administrativos em conjunto.

O princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação narra que os “proprietários dos terrenos devem satisfazer os gastos da urbanificação, dentro dos limites do benefício dela decorrente para eles, como compensação pela melhoria das condições de edificabilidade que dela derivam para seus lotes” (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2017, p. 18).

Com o princípio da justa contribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística, o qual possui similaridade com o princípio administrativo da isonomia, assevera que na medida em que todos têm o direito ao bônus das melhorias também arcarão com os ônus do Direito Urbanístico, sendo os proprietários contemplados por tal princípio na medida de suas possibilidades.

A necessidade de intervenção jurídica aos problemas urbanos existentes também criou o Estatuto da Cidade – Lei n.º 10.257 de 2001 – cuja vigência trouxe a reforma urbana, tornando-se o instrumento mais completo de ordem pública e que respeite o interesse social no que tange a propriedade urbana. Com o Estatuto da Cidade surge a Política Urbana com o intuito de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

O Direito Urbanístico possui caráter multidisciplinar abrangendo diversos ramos do Direito. Todavia, os princípios do Estatuto da Cidade refletem o processo de constitucionalização do Direito Urbanístico, ao passo que demonstra a real importância da matéria diante do cenário de necessidades para promoção da função social da propriedade em aspecto individual e das funções da propriedade urbana em caráter coletivo com ênfase aos direitos e garantias individuais.

Esse avanço legislativo da temática permite concluir que pela primeira vez a uma Constituição Brasileira destina um capítulo para tratar sobre os objetivos da Política Urbana, os quais se traduzem em melhorar e organizar a vida em sociedade em seus diversos aspectos, influenciando diretamente no bem-estar social. Assim, os objetivos da Política Urbana são consequência do processo de constitucionalização do Direito Urbanístico, resumidos no princípio da função social da cidade e da propriedade urbana. Sobre os objetivos da Política Urbana, assevera Francisco e Goldfinger (2017, p. 21):

O desenvolvimento das funções sociais de uma cidade representa o implemento de diversas ações e execuções de programas relacionadas à indústria, à educação, ao ensino, ao transporte, à assistência médica etc., proporcionar e garantir o bem-estar do cidadão. Por sua vez, a função social da propriedade urbana, consiste na adequação da propriedade à uma ordem urbanística implementada pelo plano diretor. Há que se adequar o exercício do direito de propriedade, pois deixou-se de possuir um direito absoluto e intangível como épocas passadas, de modo que o direito de propriedade deve atender a sua função social (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2017, p. 21).

Para tal desenvolvimento, há diretrizes gerais que dão norte aos administradores e legisladores no Estatuto da Cidade, pois concretiza os objetivos gerais a Política Urbana. São cinco hipóteses de diretrizes “jurídicas, sociais, relativas ao solo urbano, governamentais e econômico-financeiras” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 32). Essas revelam os fins em que foi criada a Política Urbana e devem ser cumpridas diante da atividade do Poder Público.

As diretrizes governamentais se baseiam na atuação do Poder Público em iniciativa direta, ou seja, é no planejamento do desenvolvimento das cidades, na distribuição espacial da população e nas atividades econômicas municipais ou de sua influência. Corrige e evita as distorções de crescimento urbano, colaborando para diminuir ou até zerar os impactos ambientais negativo.

Também pode ser observada na oferta dos equipamentos urbanos e no sistema operacional de direitos da população em serviços públicos. Observa-se, ainda, nas atividades urbanas de complementação e desenvolvimento socioeconômico do município, na concessão dos limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica, visando também à cultura e as necessidades locais.

Já as diretrizes sociais visam o benefício direto da sociedade em participação no processo de urbanização através da garantia do direito a cidades sustentáveis, à moradia,

ao saneamento básico e ambiental, à infraestrutura urbana, transporte e serviços públicos ofertados sem quaisquer distinções, seja para a sociedade presente ou as futuras gerações.

Por sua vez, as diretrizes econômico-financeiras se pautam nos recursos e investimentos para fins de urbanização, podendo ser constado nesta descrição a adequação dos instrumentos da política economia, tributária e fiscal para financiamento dos gastos públicos com os objetivos do desenvolvimento urbano cuja obrigação é do Poder Público.

As diretrizes relativas ao solo urbano fazem referência aos instrumentos destinados ao processo de uso e ocupação do solo urbano, sendo divididas em controle e ordenação dessa aplicação. No tocante ao controle, visa-se usar instrumentos capazes de evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, uso excessivo ou inadequado que prejudique a infraestrutura urbana local e instalação de empreendimentos capazes de gerar algum dano ao pleno funcionamento e desenvolvimento da cidade. Também se inclui nesta categoria de diretrizes a regularização fundiária.

As diretrizes jurídicas são caracterizadas pela “simplificação da legislação do parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidade ocupacionais” (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2017, p. 26), abrangendo todas as leis e atos que estão no tocante a atuação em geral das normas jurídicas.

Com o devido cumprimento de políticas públicas capazes de ordenar o desenvolvimento das diretrizes gerais de atuação dos objetivos da Política Urbana, o cidadão pode perceber a atuação do Poder Público Municipal, na certeza de que haverá uma atenção especial a parte urbanística da cidade em que vive. Mas, para que haja a devida aplicação dessa Política, o próprio Estatuto da Cidade orientou o uso de instrumentos que possam alcançar os objetivos da Política Urbana. Estes se subdividem em gerais e específicos que podem ser conceituados como os que atendem a utilidade de todas as cidades e os que atendem de forma particular.

O Estatuto da Cidade possui como instrumentos a disposição para a aplicação da Política Urbana: os planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; planejamento municipal; institutos tributários e financeiros; institutos jurídicos e políticos; Estudo Prévio de Impacto Ambiental e o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança.

Diante disso, delineado as linhas gerais sobre a temática, passa-se a compreensão do uso de um desses instrumentos da Política Urbana está elencado no artigo 4º, V, “L” do

Estatuto da Cidade: o Direito de Superfície. Mecanismo jurídico que visa utilização dos imóveis em prol do bem coletivo com aspectos relevantes a proteção ambiental e intuito visionário da política urbana.

2. O DIREITO DE SUPERFÍCIE: GENERALIDADES E ATUALIZAÇÕES JURÍDICAS.

O Direito de Superfície, também conhecido como Direito Real de Superfície é um dos instrumentos de aplicação da Política Urbana trazida pelo Estatuto da Cidade com ênfase ao bem-estar coletivo e a garantia ao direito à propriedade, elementos básicos que constituem um dos direitos fundamentais da pessoa humana, disponíveis na Constituição Federal de 1988.

Há a confusão de entendimento deste tema, pois o Direito Real de Superfície ressurgiu no sistema de leis brasileiras através do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257 de 2001), o que anteriormente era confundido com a enfiteuse. Mas, com limitações apenas para os imóveis urbanos e, posteriormente, no Código Civil de 2002 havendo haja vista que as questões sobre propriedades rurais foram delimitadas no Código Civil vigente. Sobre isto assevera GONÇALVES (2019, p. 453):

Não se aplica à hipótese, com efeito, o princípio da especialidade, segundo o qual *Lex specialis derogat legi generali* quando disciplinar, de forma diversa, o mesmo assunto. Ocorre a revogação tácita quando a lei nova, de caráter amplo e geral, passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior, vindo a lei revogadora, neste caso, substituir inteiramente a antiga. Desse modo, se toda uma matéria é submetida à nova regulamentação, desaparece inteiramente a lei anterior que tratava do mesmo assunto. (GOLÇALVES, 2019, p. 453)

Portanto, sobre direito de superfície o Código Civil de 2002 é a única legislação que prever sobre esse instituto no âmbito das relações particulares. Todavia, é importante ressaltar que há uma diferença sobre as relações entre os particulares e o caráter público deste instituto. Segundo Francisco e Goldfinger (2017, p. 74) se faz necessário o conhecimento prévio do viés em que se estuda esse instituto:

O direito de superfície previsto no Código Civil possui um enfoque no âmbito privado, estabelecendo um mecanismo para pessoas físicas e empresas estabelecerem negócios jurídicos mais flexíveis e que permitam a melhor utilização da propriedade. Já o direito de superfície previsto no Estatuto da Cidade possui como objetivo primordial as políticas urbanas, buscando a utilização da propriedade em prol de um bem coletivo, da segurança e do bem-estar do

cidadão, além da busca de um equilíbrio ambiental. [...] Predomina o entendimento que ambas as legislações possuem a aplicação quanto às regras do direito de superfície (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2017, p. 74).

Assim, para fins de Política Urbana – objeto desse estudo – ambas as legislações estão vigentes, pois uma possui a finalidade diferente da outra. Nesse sentido a orientação aprovada pela I Jornada de Direito Civil em seu Enunciado 93 alega que “as normas previstas no Código Civil, regulando o direito de superfície, não revogam [...] as constantes no Estatuto da Cidade, por ser um instrumento de política urbana”. Finda essa necessária discussão, deve-se compreender o que venha a ser esse instituto.

O Direito Real de Superfície, de semelhante modo tratado tanto no Estatuto quanto no Código Civil vigente, é o ato de conceder a outrem o uso da propriedade para fins próprios como plantação e construção. Quando utilizado como instrumento de Política Urbana, o proprietário pode ceder por tempo determinado ou indeterminado sua propriedade para fins urbanísticos mediante anotação no Cartório de Registros de Imóveis, conforme dispõe o artigo 21 do Estatuto da Cidade:

Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

§ 1o O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

§ 2o A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.

§ 3o O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

§ 4o O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.

§ 5o Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.

Esse direito abrange também a utilização do solo, do subsolo e do espaço aéreo conforme permissão da legislação urbanística, haja vista o que dispõe no artigo 21, §1, do Estatuto da Cidade. Também é importante ressaltar que não há limitações quanto às concessões, podendo ser acertado entre as partes as concessões mistas que abrangem cumulativamente o plantar e construir. De semelhante modo, a legislação em comento permite que essa concessão de direito seja gratuita ou onerosa, nos termos do artigo 21, §2º do Estatuto da Cidade.

É gratuito o Direito Real de Superfície quando não estipulado a onerosidade, e esta é estipulada sobre as participações nos frutos da superfície. De acordo com a legislação urbanística, nos termos do artigo 21, §3º, cabe ao superficiário – aquele que está atuando ativamente no imóvel, mas não é o proprietário – pagamento dos encargos e tributos, e, na hipótese do não pagamento cabe ao concedente – aquele que concede a propriedade para o uso do superficiário – o pagamento destes.

Além disso, o Direito Real de Superfície pode ser transferido a terceiros, respeitado o direito a preferência. Também deixa de existir o referido instituto com o advento do termo de contrato registrado no Cartório de Imóveis ou por descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário. Assim, o simples fato de conceder a terra para fins urbanísticos ao superficiário, não permite que este use da forma como quiser a coisa, mas que esteja atrelado aquilo que foi pactuado entre as partes sob pena de extinção do direito de superfície, o que também será averbado no Cartório de Registro de Imóveis. Sobre algumas limitações deste uso, afirma Francisco e Goldfinger (2017, p. 76) que:

O Estatuto da Cidade não esclarece se o direito de superfície se refere apenas as construções e plantações a serem feitas, ou também a construções e plantações previamente existentes, denominadas pela doutrina de superfície por cisão. O Estatuto da Cidade admite a superfície por cisão, na medida em que a lei não limita a concessão de superfície, além do que pode-se, para a hipótese, admitir a superfície por cisão em razão do princípio da tipicidade elástica dos direitos reais [...]. Já a formação de uma subsuperfície, em razão da omissão legal, não é admitida. Ademais, a superfície não é propriedade para instituir outra superfície a partir dela (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2017, p. 76).

Diante desta celeuma jurídica, não pode as partes envolvidas no negócio jurídico da concessão do Direito Real de Superfície agir diante daquilo que a lei permite com a aplicação das leis civis e o respeito aquilo que a lei especifica traduz. Neste aspecto há

entendimentos jurisprudenciais sobre o Direito de Superfície que precisa ser citados, dentre eles a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede de apelação cível:

EMENTA: CONCESSÃO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE – INADIMPLEMENTO DO SUPERFICIÁRIO – BENFEITORIAS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO. O art. 23 do Estatuto da Cidade dispõe que o direito de uso superfície pode ser extinto pelo advento do termo e pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário. Extinta a concessão do direito de superfície, o proprietário passa a ter a propriedade plena do bem, independentemente de indenização, salvo se as partes não estipularem o contrário (Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJ-MG – Apelação Cível: AC XXXX-48.2014.8.13.0346, 14ª CAMARA CÍVEL. Relator Marco Aurelio Ferenzini).

Nesta perspectiva jurisprudencial se percebe que a concessão do Direito de Superfície respeita, nos limites legais, a vontade das partes que é legitimada com a inscrição no cartório da respectiva localização de inscrição do título do imóvel, para que se possa melhorar com o uso desse instrumento da política urbana a organização urbanística e distribuição da população.

A relação desse instrumento com o Direito Urbanístico demonstra que este pode compactuar com as possibilidades de melhoria da cidade diante do cenário dos avanços e do progresso que com os anos surgem nas cidades brasileiras. É importante salientar que, embora haja a concordância das vontades dos envolvidos se faz necessário que ambos compreendem que o Direito Real de Superfície é um mecanismo de melhoria do planejamento dando destinação útil ao imóvel. Afirma Kiyoshi Harada (2021, p. 52)

Para uma cidade, que cresceu sem planejamento ao longo do tempo, é preciso corrigir as distorções existentes de forma paulatina e por meios de mecanismos indiretos, sem afrontar os princípios basilares que dizem respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais os direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos (HARADA, 2021, p. 52).

Por esta razão, o Direito real de Superfície é um dos instrumentos jurídicos de concretização municipal da política urbana, sendo ainda respaldado com o Código Civil na atenuação e expansão dos limites da aplicação desse instituto jurídico. Em recurso provido, em sede de agravo de instrumento, há a pacificação de que este instrumento não compactua com os débitos atrelados ao uso do local, sendo sobre o direito de superfície de produzir ou construir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE. Liminar suspensa. Determinação para suspensão do processo, diante do deferimento do processamento da recuperação judicial da empresa agravada. Irresignação da recorrente. Elementos suficientes para cumprimento do mandado de reintegração de posse. O deferimento da recuperação judicial não é motivo para suspender o curso da ação. Autora que visa tão somente a retomada do imóvel, inexistindo cobrança dos débitos atrelados ao uso do local. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP – Agravo de instrumento nº.: 213363031.2017.8.26.0000, Julgado em 04 de setembro de 2017, Relator Afonso Bráz).

Todavia, pouco se tem conhecido acerca do uso desse Direito ou reconhecido como um negócio jurídico para promoção da Política Urbana nos Municípios, restringindo-se a questões de cunho particular. A natureza peculiar sobre esse instrumento jurídico demonstra seu caráter real de forma autônoma sendo possível sua utilização para fins de Administração Pública quanto para as questões particulares predominantes na jurisprudência nacional. Sobre isso, afirma Farias e Rosenvald (2022, p. 693):

Em virtude da omissão do Estatuto da Cidade e do Código Civil quanto à natureza jurídica do modelo, repercute-se na doutrina uma polêmica. Seria o direito real de superfície uma verdadeira propriedade ou um direito real em coisa alheia? A resposta é: ambos. O direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia (lote ou gleba), pois sua formação resulta de uma concessão do titular da propriedade para fins de futura edificação (sobre ou sob o solo) ou plantação, que, quando concretizada pelo superficiário (concessionário), converterá o direito inicialmente incorpóreo, em um bem materialmente autônomo à propriedade do solo do concedente (FARIAS; ROSENVALD, 2022, p. 693).

Assim, pode-se concluir que o Direito de Superfície possui natureza de direito real atingindo diretamente as partes envolvidas sob o aspecto da propriedade e, ao mesmo tempo, agindo na organização urbanística municipal e bem-estar coletivo.

3. O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE COMO INSTRUMENTO DE ORGANIZAÇÃO URBANÍSTICA MUNICIPAL.

Tecidos os comentários pertinentes sobre as linhas gerais do Direito de Superfície, passa-se a análise deste como instrumento da Política Urbana atuante na organização urbanística municipal, Logo, enquanto um mecanismo do sistema urbano através da

concessão do uso da coisa, este serve de aparato para melhor organização do espaço urbano municipal. GONÇALVES (2019, p. 454) afirma:

Pelo novo instituto, uma pessoa cujo terreno não seja apropriado para a construção que pretende erigir pode, por exemplo, permutar o uso do solo temporariamente, mantendo a propriedade deste, com outra pessoa que possua terreno que atenda as suas necessidades, cedendo, por outro lado, a esta, que nele tem interesse, o direito de superfície de seu imóvel. Assim, o proprietário de um terreno localizado na zona central, próprio para a edificação de um prédio de escritórios, mas que deseja investir na construção e montagem de uma indústria pode permutar o uso do solo de seu imóvel com o de um terreno localizado na periferia da cidade cujo proprietário tem interesse de construir um prédio de escritórios. (GONÇALVES, 2019, p. 454)

Diante disso, ambas as partes saem ganhando, pois os interesses particulares são alcançados. Não somente os particulares se beneficiam com essa forma de “permuta”, mas o Poder Público Municipal também ganha na organização urbanística da cidade, pois não há desconformidades de estrutura seja ela na valorização dos imóveis quanto na estética da cidade. Logo todos com o uso do direito de superfície saem ganhando.

Para melhor compreensão basta pensar que com o uso do Direito real de Superfície, muitos bairros serão mais valorizados e terão seu devido planejamento, pois cada espaço urbano terá sua finalidade econômica. Assim, os bairros que são usados para áreas comerciais manterão essa função, enquanto que os demais que não “exigem” essa denominação serão designados para outros segmentos, sem que haja perda patrimonial aos particulares além de solucionar o problema das propriedades que não tem cumprido com a função social imposta pela lei.

O texto constitucional é claro ao auferir as propriedades a sua função social, por meio do artigo 5º, inciso XXIII, que “a propriedade atenderá a função social”, conferindo aos imóveis e seus respectivos proprietários o olhar humanizado a criação da sociedade diante dos direitos fundamentais e sob a ótica dos Direitos Humanos, por meio dos interesses sociais.

Assim, a propriedade seja ela rural ou urbana precisa atender o princípio da função social da propriedade para que haja um aproveitamento racional e adequado dos recursos naturais disponíveis, bem como do meio ambiente a qual o lote faz parte diante do cenário do uso do direito de propriedade, que se traduz nos verbos usar, dispor, reaver e gozar da coisa. O artigo 1228 do Código Civil de 2002 afirma:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, 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.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Neste sentido, qualquer ação ou omissão aos interesses sociais e ambientais geram o abuso do direito à propriedade passando a violar o princípio da função social, o que acarreta aplicação de multas e até a perda da propriedade do imóvel. Com isso, a propriedade não é apenas um direito mas também se torna um dever de cumprir com a legislação vigente, não podendo o proprietário dispor de qualquer forma, devendo cumprir com as obrigações importadas pela Constituição em vigor.

Sobre tal ponto, a natureza dos direitos reais, do qual o Direito de Superfície faz parte, perpassa pelo importante viés da coletividade, demonstrando que a propriedade precisa atuar em conjunto e em caráter individual em cotejo com os direitos e garantias

fundamentais assegurado a todos os cidadãos conforme o artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988.

Afirma Farias e Rosenvald (2022, p. 30) que “o direito das coisas regula o poder do homem sobre certos bens suscetíveis de valor e os modos de sua utilização econômica [...] contornos modernamente definidos pelo princípio da função social”, o que significa dizer que o direito real passa a ser um ramo que cuida das funções econômicas sob a ótica constitucionalista do apreço ao coletivo. Neste sentido, assevera Figueiredo e Figueiredo (2022, p. 72) que:

De fato, é garantido o direito de propriedade. Significa isso dizer que a propriedade tem natureza de garantia, traduzindo um direito, fundamental. Ademais disso, esta propriedade atenderá a sua função social, sendo nítida a possibilidade de intervenção estatal para restringir a autonomia privada em situações nas quais o proprietário não a respeite. Tal se dá, por exemplo, por meio de normatizações de planos diretores, em grandes centros urbanos, os quais traduzem normas recheadas de regras que visam potencializar a função social dos imóveis e evitar o intuito meramente especulativo. A propriedade está funcionalizada em um interesse metaindividual, exógeno e social. O direito de propriedade não se justifica apenas para proteger, exclusivamente, o seu titular, mas também para realizar interesses de toda a sociedade. Em decorrência disso, o proprietário hoje sofrerá limitação jurídica de faculdades proprietárias, dantes absolutas (FIGUEIREDO; FIGUEIRIEDO, 2022, p. 72).

Logo, o princípio constitucional da função social impera nas relações particulares sobre a propriedade, sendo possível verificar a atuação direta do Poder Público diante da inobservância do mesmo, e, ainda, com fins assistenciais e preferenciais nos casos em que o interesse público se torna maior que o interesse individual do proprietário, o qual terá a justa indenização em casos de perda do bem imóvel e ainda colaborará com a organização urbanística da cidade a qual pertence.

O Direito de Superfície é a alternativa encontrada para que todos os imóveis possam cumprir com sua função social, além de embelezar mais a cidade através de sua organização urbanística. Assim, cumprindo com a função social o caráter individualista da propriedade é retirado passando a pensar em todo, dando a esta propriedade uma visão mais coerente e apropriada aos dias atuais, além é claro de ser uma medida de baixo custo.

Também não se pode deixar de citar que através do uso do Direito Real de Superfície como instrumento da Política Urbana, ganhou-se soluções para o problema agrário das

invasões de terras no cenário nacional, pois evitaria a permanência de imóveis desocupados, os quais geram problemas sociais como o uso de terrenos baldios para prática de crimes violentos, crises habitacionais locais por falta de planejamento municipal, danos ambientais inevitáveis com a expansão territorial dos novos bairros entre outros. Afirma Zemuner e Oliveira (2020, p. 58):

Sendo assim, o parcelamento do solo com o direito de superfície pode ser explorado de diferentes formas, desde empreendimentos habitacionais de alto padrão, estabelecendo-se contratos que se perpetuem a superfície e com transferência de áreas comuns por alienação de frações ideais, até empreendimentos de baixo custo, viabilizando o acesso a terra com direito de superfície limitado, mas com longa duração, ao passo que uma administradora faz a gestão e cobra pelas áreas estabelecidas como comuns (ZEMUNER; OLIVEIRA, 2020, p. 58).

É importante salientar que o uso deste mecanismo da Política Urbana também oferece a quem interessar a oportunidade de investimento imobiliários através do aproveitamento das terras urbanas, desenvolvendo o Município e permitindo que seja cumpridos os objetivos da Política Urbana. Assim, com uma melhora atuação do Poder Público Municipal os particulares não terão mais com que se preocupar em como vão dá a devida destinação de suas propriedades urbanas, permitindo a possibilidade para os interessados investirem em seu lugar.

3.1 A IMPORTÂNCIA DA ORGANIZAÇÃO URBANÍSTICA MUNICIPAL

Conforme já visto neste estudo, os Municípios são dotados de gestão administrativa, autonomia e organização própria conferida pela Constituição Federal de 1988. Todavia, além das linhas iniciais dos Municípios a Constituição ainda confere as cidades por meio dos seus artigos 182 e 183, a competência de gerir e regulamentar o uso da propriedade urbana em face aos direitos de interesse coletivo, meio ambiente e ordenamento organizado. Afirma Libório e Júnior (2017):

O processo de democratização no país, tendo como marco institucional e legal a Constituição Brasileira de 1988, propiciou a organização de uma ordem legal urbana configurando o direito urbanístico brasileiro. A ordem legal urbana confere um papel preponderante ao Município como ente federativo para atuar no campo legislativo, administrativo e econômico na promoção das políticas de desenvolvimento urbano, no planejamento e ordenamento de uso e ocupação de seu território (urbano e rural), e na promoção de políticas públicas que propiciem o pleno

desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade e do bem-estar de seus habitantes. Essa responsabilidade preponderante do Município não exclui de forma alguma as responsabilidades e competências da União e dos Estados para enfrentar os problemas urbanos (LIBÓRIO; JÚNIOR, 2017).

As cidades, diante disso, passa a serem competentes todas as prefeituras o disciplinamento e a fiscalização do uso e ocupação do solo urbano através da atuação nos processos de construção de imóveis, funcionamento dos estabelecimentos comerciais e atividades econômicas locais, instalação de indústrias e preservação de áreas da cidade em harmonia com a legislação urbanística municipal e o texto constitucional.

Isso significa que a organização urbanística municipal simboliza diversas nuances de atuação do Poder Público, impactando diretamente a população local diante das necessidades desta sociedade específica. Por isso, pensar na organização urbanística municipal tem sua importância, pois perpassa por diversas esferas refletindo na vida das pessoas. A cidade, conforme Gomes (2022, p. 25) possui características precisam ser pensadas na organização urbanística:

A crise das cidades é provocada pela organização do espaço urbano pelo processo global de planificação. A função da cidade é servir principalmente de lugar de encontro (ao invés de simplesmente lugar onde se realizam trocas mercantis), ela só realiza suas funções sociais quando se transforma no lócus do encontro das diversidades (GOMES, 2022, p. 25).

Com isso, a organização urbanística municipal é de suma importância para o desenvolvimento das cidades, pois por meio dela são realizadas as funções sociais dos Municípios em conformidade com o princípio constitucional da Política Urbana que repensa toda a estrutura social e legal das cidades e seus respectivos progressos, sejam eles em diversas áreas. Deve ser compreendida como uma atuação direta do Poder Público diante da necessidade do desenvolvimento e aplicação das funções sociais na cidade. Segundo Libório e Júnior (2017):

O desenvolvimento das funções sociais da cidade, por ser interesse de todos os habitantes da cidade, se enquadra na categoria dos interesses difusos, pois todos os habitantes são afetados pelas atividades e funções desempenhadas nas cidades: proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes e migrantes têm como contingência habitar e usar um mesmo espaço territorial. Logo, a relação que se estabelece entre os sujeitos é com a cidade, que é um

bem comum. O desenvolvimento das funções sociais da cidade através da política urbana significa a priorização de funções destinadas a combater e reduzir as desigualdades sociais e territoriais, a combater e eliminar a pobreza, a promover a justiça social, a satisfazer os direitos fundamentais das pessoas de terem condições de vida digna, como à moradia e um meio ambiente sadio. O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade deve ser entendido como um interesse difuso de proteger e promover o direito à cidade (LIBÓRIO; JÚNIOR, 2017).

Assim, para assegurar essa organização urbanística e sua ligação com o pleno desenvolvimento das funções sociais da sociedade, há legitimidade conferida em ação na esfera administrativa que permite a todos que residem como cidadãos nesse perímetro territorial e suas múltiplas facetas a interposição de ação civil pública para combater quaisquer possíveis violações, conforme o artigo 53 do Estatuto da Cidade culminado com o artigo 1º da Lei n.º 7.347/1985.

Por isso, pensar na organização urbanística municipal no Brasil é tentar solucionar o impasse sobre proteger os bens tutelados coletivamente pela Constituição Federal de 1988 que traz o olhar humanizado em face aos problemas urbanos que interferem abertamente na promoção do progresso urbano. Acima de tudo, é compreender que pensar no desenvolvimento urbano em conjunto com uma cidade organizada permite aos seus habitantes o devido respeito aos Direitos Humanos, decorrendo de vários sistemas que em se juntam em uma só linguagem.

Cria-se, assim, um olhar humanizado para o progresso urbano sob óticas influentes como as concepções básicas: demográfica, econômica e de subsistemas, ofertando as cidades organização e combatem as desigualdades vivenciadas em vários aspectos, sendo um mecanismo de concretização dos direitos e garantias fundamentais e também de cumprimento dos fundamentos da sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

Nos dias atuais, o Direito Real de Superfície pode ser usado para construção de prédios, plantações, criação de granjas, estacionamentos, e se ainda pensar em uma atuação pública pode ser utilizado e, conjuntos habitacionais, ofertando destino rentável aos imóveis urbanos cujos proprietários não possuem condições para tal construção, auxiliando no propósito dos interesses coletivos.

É notório que existem nos espaços urbanos propriedades subutilizadas ou até mesmo abandonadas. O imóvel que por restrições legais ou de mercado possuía a dificuldade de ter uma destinação, tem a possibilidade de através do uso deste instituto estabelecer um

equilíbrio tanto para o Poder Público Municipal quanto para o particular. Diante desse problema estrutural do crescimento desordenado das cidades, buscar por uma solução passa ser uma necessidade social.

Assim, ambas as partes ganham com o uso do Direito Real de Superfície, pois de um lado tem o particular que tem a imposição legal de cumprir com a função social de sua propriedade, e, em caso negativo fica passível de sanções, e do outro lado tem o Poder Público que precisa cumprir com o seu papel de garantidor da Política Urbana para a promoção do progresso nas cidades.

Logo, não apenas visa o imóvel parado como um problema, mas criando soluções se pode perceber que através do uso desse instituto menos custoso para os envolvidos, gera-se renda, emprego e permite que esses benefícios retornem ao cidadão através de serviços públicos, permitindo que a máquina estatal local consiga satisfazer os anseios da sociedade local que é diretamente atingida.

Além disso, esse é um dos institutos arrolados no rol de instrumentos da Política Urbana que mais se aproxima das condições econômicas atuais, tendo em vista que não há o custo para o superficiário de comprar o imóvel, mas pode desenvolver seu projeto mesmo que em imóvel alheio, utilizando a renda necessária para investimentos naquilo que se tem em mente.

A vantagem também se estende ao concedente, pois este não ficará mais sujeito às sanções tributárias, como, por exemplo, o IPTU progressivo pelo tempo tendo em vista que já houve a destinação urbana cabível ao imóvel. Cedendo a propriedade para que se realize um investimento ou, até, para que um agricultor expanda suas plantações, permite que as terras atendam a Política Urbana, atendendo aos princípios básicos do planejamento participativo e a função social da propriedade.

No primeiro item deste estudo, pode-se conhecer sobre o Direito Urbanístico e suas nuances diante da falta de divulgação de tal ramo do Direito, com pauta nos estudos doutrinários que abordam sobre a temática em conjunto com o Estatuto da Cidade e a Política Urbana, por meio de seus instrumentos de implementação desta política nos Municípios brasileiros.

Por sua vez, no segundo item, compreendeu-se o instituto jurídico civil do Direito de Superfície, sua natureza e temática específica em cotejo com o Direito Urbanístico, por meio da apresentação de estudos doutrinários, do uso de jurisprudências e possíveis respostas às questões jurídicas que pairam sobre esse instituto, utilizando-se de uma abordagem sistemática e progressiva.

No terceiro e último item, refletiu-se sobre o Direito Real de Superfície como instrumento da Política Urbana e demonstrou-se a sua contribuição no aperfeiçoamento da organização urbanística municipal por meio da consumação da Política Urbana do Estatuto das Cidades. Também, por meio de apresentação de estudos jurídicos, apresentou-se a importância da organização urbanística municipal para o desenvolvimento das funções sociais das cidades, sob as quais sem elas não se tem o respeito ao interesse coletivo que deve ser pensado de forma primordial aos interesses individuais, sejam eles em diversas esferas da sociedade.

Nesta perspectiva positiva do uso do instituto em comento, obteve-se como resultado desta pesquisa que o uso do Direito Real de Superfície beneficia todos os envolvidos, sejam eles os particulares a construir um contrato de concessão quanto ao Poder Público Municipal que pode ganhar com o investimento da destinação dos imóveis urbanos, sem prejuízo de gastos desnecessários. Ainda, contribui de forma eficaz, na organização urbanística das cidades brasileiras, criando e destinando imóveis que antes eram vistos como problemas urbanos, melhorando na estética, na área financeira e melhorando o bem-estar social urbano.

Portanto, diante do que até aqui foi exposto, podemos compreender que o direito real de superfície é um dos instrumentos da Política Urbana de menor custo, mas que soluciona grande parte dos problemas urbanos das cidades, através da destinação útil das propriedades que não possuem o devido atendimento da função social, permitindo que o cidadão possa encontrar uma resposta acessível e prática, contribuindo diretamente com a organização urbanística municipal cujos impactos se estendem a todos os setores da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Lei nº 10.257** de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos SANTOS. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Coleção sinopses para concursos: Direito Civil – Direitos Reais**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio Ianni. **Coleção sinopses para concursos: Direito Urbanístico conforme no CPC**. 2 ed. rev., ampli. e. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

GOMES, Ana Maria Isar dos Santos. **Direito urbanístico: uma análise crítica da produção doutrinária nacional**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva Educações, 2019.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Urbanístico: Estatuto da cidade, plano diretor estratégico, tombamento, concessão urbanística**. 2. ed. Londrina, PR: Thoth, 2021.

LIBÓRIO, Daniela Campos. JÚNIOR, Nelson Saule. **Princípios e instrumentos da política urbana**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/76/edicao-1/principios-e-instrumentos-de-politica-urbana>>

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJ-MG – Apelação Cível: AC XXXX-48.2014.8.13.0346, 14ª CAMARA CÍVEL. Relator Marco Aurelio Ferenzin.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP – Agravo de instrumento nº.: 213363031.2017.8.26.0000, Julgado em 04 de setembro de 2017, Relator Afonso Bráz.

ZEMUNER, Adiolar Franco; OLIVEIRA, Alessandro Marinelli. **Estudos em direito imobiliário e direito urbanístico**. Vol. III. Londrina, PR: Thoth, 2020.

ASPECTOS DE (I)LEGALIDADE SOBRE A ABORDAGEM POLICIAL

LUCAS TELLES ASSIS: Advogado, Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela Faculdade CERS. Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O artigo tem o objetivo de analisar o procedimento prática cotidiana conhecida como “abordagem policial”, bem como sua estreita relação com a pauta do racismo estrutural e institucional que assola o Brasil. Será analisada também a recente e considerável relevância que o tema ganhou a partir do julgamento em pauta no Supremo Tribunal Federal a respeito da influência que a abordagem policial pautada exclusivamente no perfilamento racial tem com a ilicitude das provas colhidas contra um indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Abordagem policial. Racismo estrutural e institucional. Perfilamento racial. Supremo Tribunal Federal. Processo penal. Ilicitude das provas.

ABSTRACT: The article aims to analyze the daily practice procedure known as the “police approach”, as well as its close relationship with the agenda of structural and institutional racism that plagues Brazil. It will also analyze the recent and considerable relevance that the theme has gained from the trial in question at the Federal Supreme Court regarding the influence that the police approach based exclusively on racial profiling has on the illegality of the evidence collected against an individual.

KEYWORDS: Police approach. Structural and institutional racism. Racial profiling. Federal Court of Justice. Criminal proceedings. Illegality of the evidence.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DESENVOLVIMENTO. 2.1 Previsão legal. 2.2 A polêmica da “Fundada suspeita”. 2.3 Casos concretos. 2.4 Como se comportar diante de uma abordagem manifestamente infundada? 2.5 Reconhecimento por foto. 2.6 Discriminação e Racismo. 2.7 Julgamento no Supremo Tribunal Federal a respeito do perfilamento racial. 3 CONCLUSÃO. 4 REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Levando em consideração o recente julgamento pelo Supremo tribunal federal que envolve a licitude (ou ausência desta) das provas no processo penal obtidas em abordagem policial realizada exclusivamente com base no perfilamento racial, este artigo abordará os respaldos jurídicos que viabilizam a identificação de uma abordagem legal ou abusiva, que muitas das vezes se materializa nas figuras da busca domiciliar e pessoal.

Como busca domiciliar, entende-se ser aquela que se realiza na casa de alguém, o conceito de casa está no art. 5º, XI da CRFB/88 como sendo o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Vale ressaltar que no conceito de casa podemos entender que se engloba aposento ocupado de habitação coletiva em pensões, hotéis, motéis etc.; estabelecimentos comerciais e industriais, fechados ao público; local onde se exerce atividade profissional, não aberto ao público; barco, trailer, cabine de trem, navio e barraca de acampamento; áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal.

Como busca pessoal entende-se ser a busca que é realizada diretamente no corpo de uma pessoa a fim de localizar arma proibida que esteja ocultada ou ainda coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; qualquer elemento de convicção.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Previsão legal

Partindo do princípio de que conhecendo a lei a pessoa pode identificar mais facilmente onde e quando está ocorrendo o abuso na abordagem policial, seguem os dispositivos que tratam do assunto.

- Art. 240 do Código de Processo Penal - Busca domiciliar ou pessoal.
- Art. 244 do Código de Processo Penal - Busca pessoal.
- Art. 249 do Código de Processo Penal – Busca pessoal em mulheres.
- Art. 180, 181 e 182 do Código de Processo Penal Militar – Busca pessoal
- Art. 181 e 182 do Código de Processo Penal Militar – Revista pessoal
- Art. 183 do Código de Processo Penal Militar - Busca em mulher
- Art. 23, III do Código de Trânsito Brasileiro - Fiscalização de trânsito.

2.2 A polêmica da “Fundada suspeita”

Diz o art. 240, §2º do CPP que será realizada a busca pessoal, sem um mandado judicial, diante daquilo que o legislador trouxe como a “fundada suspeita”. Contudo, em que consiste a fundada suspeita? Esse requisito é caracterizado no mundo do direito como um conceito jurídico indeterminado uma vez que não se pode definir exatamente o que configura a fundada suspeita ou não.

Desta forma, autores especialistas no assunto e os tribunais de justiça do Brasil são uníssomos em criticar a redação desse termo para assim tentar torná-lo menos subjetivo sob pena de que seja um perfeito instrumento para o arbítrio do Estado na figura do Policial.

O STF no julgamento do HC nº 81.305-4 em 2001 manifestou-se no sentido de “a fundada suspeita, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter configurado na alegação de que trajava, o paciente, ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias, ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder”.

A abordagem policial, como sendo uma manifestação do poder de polícia do Estado, configura-se como um ato administrativo e assim sendo, deve ser executado prestigiando os princípios que determina o art. 37 da CRFB/88 qual seja princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência bem como respeitar os requisitos essenciais de finalidade, competência, motivo, forma e objeto.

2.3 Casos concretos

- a) A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. (Repercussão Geral Tema 280)
- b) A mera existência de denúncia anônima e eventual fuga da polícia, por si só, não configuram fundadas razões para violação de domicílio por parte da polícia na hipótese de flagrante em crimes de natureza permanente. (RHC 89.853) Mesmo em relação a crimes permanentes, como o tráfico ilícito de drogas. (RE 1.662.601/RS)
- c) É ilegal a decisão judicial que autoriza busca e apreensão coletiva em residências, feita de forma genérica e indiscriminada. (HC 435.934 – STJ)
- d) O STF determinou a suspensão de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia do novo coronavírus, salvo em casos absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade

competente e comunicadas ao Ministério Público estadual, órgão responsável pelo controle externo da atividade policial. (ADPF 635)

- e) Mesmo se ausente coação direta e explícita sobre o acusado, as circunstâncias de ele já haver sido preso em flagrante pelo porte da arma de fogo em via pública e estar detido, sozinho - sem a oportunidade de ser assistido por defesa técnica e sem mínimo esclarecimento sobre seus direitos -, diante de dois policiais armados, poderiam macular a validade de eventual consentimento para a realização de busca domiciliar, em virtude da existência de um constrangimento ambiental/circunstancial. (STJ - 6ª Turma. HC 762.932-SP - Info 760).

2.4 Como se comportar diante de uma abordagem manifestamente infundada?

Por mais revoltante que possa parecer, o melhor a se fazer é tentar não se exaltar uma vez que um comportamento ríspido daquele que está sendo abordado pode configurar “resistência” (Crime do art. 329 do CP), “desobediência” (Crime do Art. 330 do CP) ou “desacato” (Crime do Art. 331 do CP).

E ainda, a vítima dessa abordagem abusiva deve atentar-se (se possível) em anotar ou memorizar os nomes dos policiais envolvidos, testemunhas, o número da placa da viatura e qualquer outra informação que julgar útil para uma futura responsabilização dos agentes envolvidos por crimes de abuso de autoridade (Lei 13.869/19), que pode ser iniciada através de uma comunicação dos fatos acontecidos feita diretamente no Ministério Público.

Por fim, o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) elaborou e divulgou uma cartilha que traz boas referências para identificar o que pode ser uma abordagem abusiva ou não. A cartilha traz, por exemplo, as autoridades que podem realizar essa abordagem, os direitos dos cidadãos quando diante de policiais e também os deveres.

2.5 Reconhecimento por foto

Ainda que não se enquadre no conceito de abordagem policial, o procedimento aqui apontado, também goza de contornos discriminatórios que flertam com então perfilamento racial e é utilizado com frequência na prática penal, sobretudo em delegacias e afins, apesar de ser bastante criticado por especialistas tendo em vista sua larga margem para erros.

O Prof. Aury Lopes Jr. afirma que o reconhecimento por foto seria uma variação ilícita do reconhecimento pessoal previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Tamanha é a margem para erros que recentemente repercutiram inúmeros casos de injustiças provocadas pela utilização deste procedimento, como no caso do músico Luiz Carlos da Costa Justino que foi preso acusado de ter cometido, em 2017, um roubo em Niterói na manhã do dia 5 de novembro. Luiz, na mesma hora do roubo de que foi acusado, estava tocando em uma padaria localizada a 10 km do local do fato. Um contrato de trabalho comprova o afirmado e confirma o absurdo. Mesmo estando longe do ocorrido, Luiz foi apontado como o responsável e preso por isso.

O absurdo fica ainda maior quando mesmo não tendo qualquer passagem pela polícia ou qualquer investigação prévia, o músico, negro, constava no 'Álbum de possíveis suspeitos' e nós temos que nos perguntar o porquê. O Juiz André Luiz Nicolitt ao expedir o alvará de soltura para Luiz fez esse questionamento. A Comissão de Direitos Humanos da OAB-RJ afirma que o episódio é traço do racismo institucional e estrutural que temos no Brasil.

Mostrando que o caso de Luiz, não é um caso isolado, esta semana, outro jovem, também negro, chamado Gustavo Nobre, foi preso acusado de cometer um roubo a mão armada, familiares e amigos afirmam que o único indício contra Gustavo é o reconhecimento pela vítima, através de uma foto vista em uma rede social.

Com a tecnologia ditando o ritmo da vida em sociedade, o reconhecimento pessoal que já vem sendo relativizado pelo reconhecimento por foto em sede policial, agora ganha novos contornos como aponta o caso de Gustavo Nobre.

Diante disso, devemos reforçar que o respeito ao devido processo legal é garantia de todo cidadão que não permite flexibilizações com viés de facilitar qualquer punição.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior tribunal de justiça onde a corte afirma que o reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; e ainda que o reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

Portanto, o reconhecimento por foto como substituto do reconhecimento pessoal deve ser sempre repudiado. No muito, se for utilizado, deve servir apenas como prévia do reconhecimento pessoal, nunca como seu substituto.

2.6 Discriminação e Racismo

As práticas jurídicas trazidas nesse artigo, observadas com facilidade no cotidiano, flertam com conceitos necessários de se pontuar que podem ser extraídos da Convenção Interamericana de Contra o Racismo e de livros doutrinários facilitando a compreensão da nocividade de práticas como a abordagem policial pautada no perfilamento racial e o reconhecimento fotográfico.

Discriminação racial direta é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica. Configura hipótese de discriminação de 1º Ordem, com reflexo no art. 1.1 da CADH.

Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Configura hipótese de discriminação de 2º ou 3º Ordem.

Discriminação de 1º, 2º e 3º Ordem:

a) 1º Ordem – Tratamento excludente em prejuízo de um membro de um grupo subjulgado

b) 2º Ordem – Identidade de trato para pessoas em situações diversas (ex: mulher que precisa amamentar durante concurso e assim precisa de tempo adicional pra fazer a prova) – Resolve-se pela acepção individual do princípio da igualdade.

c) 3º Ordem – Tratamento preferencial para membros do grupo subjulgado (ex: cota para pretos e pardos) - Resolve-se pela acepção estrutural do princípio da igualdade.

Em seguida é necessário destacar as definições de racismo em seu aspecto estrutural e institucional uma vez que estes não se confundem.

O racismo estrutural consiste na submissão histórica de grupos vulneráveis a constantes práticas de negação de acesso a direitos ou ainda a tratamentos discriminatórios inferiorizantes. Assim sendo, o racismo estrutural é na verdade

estruturante uma vez que funda as bases da sociedade ditando um padrão de comportamento para com os grupos vulneráveis.

Por outro lado, o racismo institucional reflete o modo de funcionamento das instituições, sejam públicas ou privadas, que é movido por um pré-conceito e estereótipos a respeito de determinados membros da sociedade implicando assim em uma desvantagem de acesso a direitos e benefícios para esses membros enquanto que de forma oposta implica em um acesso facilitado desses mesmos direitos e benefícios para outros membros da sociedade que não são alvos do racismo institucional.

2.7 Julgamento no Supremo Tribunal Federal a respeito do perfilamento racial

O julgamento ainda não está finalizado, o Min. Luiz Fux pediu vista e interrompeu a votação que até o presente momento aponta para a fixação da tese que proíbe a atuação discriminatória dos agente de segurança. Ressalta-se que o Min. Edson Fachin, relator do caso, afirma que para além da anulação das provas decorrentes de atuação policial discriminatória é possível também observar o racismo no caso concreto.

A ilicitude aqui provocada se aperfeiçoa quando as buscas pessoais são feitas com base em uma "atitude suspeita" que não encontra qualquer embasamento concreto na cabeça do agente de segurança. O embasamento que o motiva a agir é puramente o traço de raça, cor, descendência, nacionalidade ou etnicidade que pertence ao indivíduo abordado.

A justificativa da doutrina que defende esse tipo de abordagem é que em determinadas vezes a abordagem resulta na apreensão de armamento irregular ou ainda de drogas ilícitas na posse do indivíduo abordado. No entanto, é preciso destacar que a legalidade do procedimento deve ser averiguada no momento anterior, sendo pouco suficiente o encontro de material ilícito junto ao indivíduo para superar as ilegalidades cometidas.

3. CONCLUSÃO

Ao longo desse artigo foi questionada a suposta legalidade da abordagem policial, trazendo para tal suas características e peculiaridades. Entre elas, destaca-se o perfilamento racial como elemento central que fundamenta a escolha pelos agentes de segurança em aborda uma pessoa e não outras. O elemento raça aqui trazido é utilizado para classificar cidadãos entre os podem/devem ser abordados e os que estão acima de qualquer suspeita, configurando assim uma diferenciação odiosa que deve ser reprimida pelo ordenamento jurídico.

Em seguida, o artigo abordou aspectos mais pragmáticos do assunto alvo do artigo, trouxe a previsão legal da abordagem policial que encontra respaldo em diversos

diplomas legais tais como o código de processo penal, o código de processo penal militar e o código de trânsito brasileiro.

Outro ponto destacado é sobre a chamada “fundada suspeita”, expressão trazida expressamente no art. 240, §2º do Código de Processo Penal. A conclusão que se pode chegar após a análise deste dispositivo é de que a referida expressão é extremamente vaga configurando o que se entende por conceito jurídico indeterminado. Essa condição de indeterminação da margem para um mundo de arbitrariedade e é justamente isso que o presente artigo busca criticar.

A crítica aqui trazida vem acompanhada de um largo arcabouço doutrinário que recomenda uma nova redação menos subjetiva para este artigo. A jurisprudência do Superior tribunal de justiça também caminha nesse sentido e exige que a “fundada suspeita” não se baseie unicamente em elementos subjetivos, sob pena de configurar abuso de poder.

É preciso destacar que a abordagem policial é ato administrativo e como tal deve prezar pelos princípios constitucionais do art. 37 da CRFB/88 tendo em vista que são manifestação do poder de polícia do Estado e regulam o atuar da administração pública.

A jurisprudência dos tribunais superiores, Supremo tribunal federal e Superior tribunal de justiça, já emitiram diversos entendimentos que buscam trazer um viés menos subjetivo e indeterminado para as abordagens policiais, sejam elas domiciliares ou pessoais.

Por exemplo ficou decidido pelo STF que a denúncia anônima aliada a fuga do indivíduo que corre para dentro de sua casa ao ver uma viatura policial se aproximando é pouco suficiente para justificar a entrada no domicílio sem um mandado judicial. Ou ainda o STJ afirmou que a mesma diante do mandado de busca e apreensão domiciliar, é necessário que este mandado não seja genérico e/ou indiscriminado sob pena de ser abusivo e ilegal eivando de vício qualquer busca e encontro de evidência criminosa originada de sua utilização.

Seguindo por um viés mais prático do assunto, existe recomendação das instituições de controle para que o indivíduo alvo de uma abordagem policial ao suspeitar que aquela abordagem esteja sendo abusiva, tentar identificar os policiais com seus nomes ou pela numeração da viatura utilizada para que posteriormente possam ser responsabilizados com base na Lei de abuso de autoridade (Lei 13.869/19).

Apenas para fins de ampliação do debate, o artigo traz uma análise sobre o procedimento de reconhecimento trazido no art. 226 do CPP e suas variações ilegais que

são aplicadas no cotidiano das instituições de persecução penal, dentre as mais polêmicas o reconhecimento por foto.

A prática do reconhecimento fotográfico é alvo de críticas na doutrina jurídica, como por exemplo na figura do Prof. Aury Lopes Jr., e também da jurisprudência dos tribunais superiores por possuir grande margem para erros grosseiros. Recentemente alguns casos que se basearam nesta prática ganharam notoriedade justamente pela sua disparidade com a realidade dos fatos. É possível apontar o caso do músico Luiz Carlos que foi apontado autor de um roubo ocorrido no mesmo momento em que realizava uma apresentação musical em uma padaria localizada a 10 km do local do crime. O caso reforça os traços de racismo estrutural e institucional que assola o Brasil.

Diante disso, é preciso reforçar sempre que o devido processo legal é uma garantia mínima de todo e qualquer cidadão prevista expressamente no art. 5º, LIV da CRFB/88 e não apenas uma mera sugestão do constituinte.

A jurisprudência do Superior tribunal de justiça reforça que o procedimento escrito no art. 226 do CPP é regra mínima de exigência, não podendo ser substituído ou desprezado pelo aplicador do direito. De forma que o reconhecimento fotográfico como feito em sede policial é ilegal mesmo se ratificado em juízo, podendo ser no máximo aproveitado como etapa anterior do reconhecimento pessoal desde que seja seguido o procedimento do art. 226 do CPP.

Ambas as práticas debatidas neste artigo flertam com os conceitos de discriminação e racismo. Tanto a discriminação, que pode ser direta ou indireta, quanto o racismo em sua faceta estrutural ou institucional, implicam em uma maior dificuldade de que determinadas pessoas ou grupos vulneráveis acessem direitos e benefícios que sejam seus por direito. Ou ainda que essas mesmas pessoas ou grupos sejam alvo de uma maior cobrança de deveres e obrigações que extrapolam a legalidade dessa cobrança em um contexto de desproporcionalidade com outras pessoas e grupos alocados diante de um privilégio social.

Por esses e outros pontos que este artigo seria capaz de exaurir é que há doutrina defendendo a inconstitucionalidade dos atuais contornos dos procedimentos de abordagem policial uma vez que se baseiam em critérios odiosos de raça, condições socioeconômicas, orientação sexual, religião e afins. Uma tentativa de sedimentar a abordagem policial em um amparo constitucional e convencional seria a busca por uma menor subjetividade de sua aplicação tornar o procedimento mais objetivo, concreto. E o julgamento do Supremo tribunal federal é um grande passo para esse objetivo uma vez que visa conferir status de ilícita a prova colhida mediante abordagem policial que se fundamentou apenas no perfilamento racial. O julgamento ainda não está finalizado, mas já existe alguns votos nesse sentido.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Vade Mecum RT**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10ª edição. Revista dos tribunais, 2022.

DIREITO, Buscador Dizer o Direito. A mera alegação genérica de “atitude suspeita” é insuficiente para a licitude da busca pessoal. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em 04 de janeiro de 2023.

DIREITO, Buscador Dizer o Direito. O simples fato de o acusado ter antecedente por tráfico de drogas não autoriza a realização de busca domiciliar. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em 04 de janeiro de 2023.

DIREITO, Buscador Dizer o Direito. A violação de domicílio com base no comportamento suspeito do acusado, que empreendeu fuga ao ver a viatura policial, não autoriza a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em 04 de janeiro de 2023.

DIREITO, Buscador Dizer o Direito. É ilegal a decisão judicial que autoriza busca e apreensão coletiva em residências, feita de forma genérica e indiscriminada. Disponível em: www.buscadordizerodireito.com.br. Acesso em 04 de janeiro de 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.

NUNES, Kim. Abordagem policial: a busca pessoal e seus aspectos legais. **Jus.com.br**. Acesso em 25 de fevereiro de 2023.

PENAL, Tudo de Penal. Disponível em: <https://tudodepenal.com>. Acesso em 02 de junho de 2022.

PLANALTO, Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 07 de janeiro de 2023.

PLANALTO, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

PLANALTO, Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

PLANALTO, Constituição da república federativa do brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 de março de 2023.

PLANALTO, Decreto lei nº 678 de 06 de novembro de 1992. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 de março de 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. Saraiva, 9ª edição, 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2022, ed 30.

RODAS, Sérgio. Justiça do Rio absolve músico preso com base em reconhecimento por foto. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em 15 de março de 2023.

SANCHEZ, Diego Moscoso. A fundada suspeita como pressuposto de legalidade na abordagem policial. **Âmbito Jurídico**. Texto publicado em 01/10/2016.

SUPREMO, Tribunal Federal (STF). STF começa a julgar validade de prova obtida em busca pessoal baseada na cor da pele. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 25 de março de 2023.

RESPONSABILIDADE DAS “EMPRESAS VIRTUAIS” NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DAS COMPRAS NA INTERNET

LUIZ SÉRGIO PAZDZIORA FILHO:
Acadêmico de Direito pela Universidade
de Gurupi – UNIRG¹⁶⁸

FERNANDO FURLAN
(orientador)

RESUMO: Os sites de compras virtuais têm cada vez mais exposto os consumidores a uma maior vulnerabilidade a possíveis fraudes, bem como a riscos no que tange avaria de produtos. Dessa forma, este estudo analisa a aplicação da responsabilidade civil no comércio eletrônico, no que tange desde compras ao recebimento da mercadoria, através de um estudo bibliográfico e descritivo.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Comércio Virtual; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: Virtual shopping sites have increasingly exposed consumers to greater vulnerability to possible fraud, as well as to risks regarding product malfunction. Thus, this study analyzes the application of civil liability in electronic commerce, from purchases to receipt of goods, through a bibliographic and descriptive study.

Keywords: Consumer Law; Virtual Commerce; Civil responsibility.

1. INTRODUÇÃO

O mundo virtual traz comodidade e agilidade para que as pessoas possam ir às compras, fazendo com que os fornecedores alcancem uma cartela de clientes bastante vasta, sem precisar se deslocar ou ter um gasto com local físico, e os consumidores podem escolher os produtos em suas próprias residências.

O nascimento do e-commerce (Comércio Eletrônico) trouxe muitos benefícios para nossa sociedade, mas dentre os diversos benefícios trazidos pelo e-commerce, existem também algumas desvantagens que colocam os consumidores em posição vulnerável. Dentre tais facilidades, pôde-se destacar: facilidade de pesquisa de valores, comparativo de produtos, forma de pagamento, dentre outros.

¹⁶⁸ Email: luizspfilho@unirg.edu.br

Dessa forma, o presente trabalho busca estudar sobre as vulnerabilidades trazidas pela compra no ambiente virtual, bem como, as disposições da legislação Brasileira acerca da temática.

Com isso em mente, os negócios virtuais devem atender a alguns requisitos básicos de desempenho do comércio eletrônico para reter os e-consumidores e vender com sucesso, pois a concorrência nesse mercado é a distância do "clique".

O que se pode analisar sobre tal estudo é a seguinte problemática: Qual a segurança jurídica na compra de produtos pela internet? Dessa forma, a Lei de Defesa do Consumidor (CDC) tem como premissa proteger e resguardar os interesses dos consumidores que são considerados a menor parte da relação. É importante notar que isso advém das principais leis do ordenamento estadual, figurando no rol de seleção dos direitos fundamentais, conferindo aos consumidores um status privilegiado de proteção. Além disso, pode se materializar de qualquer forma, inclusive na forma como ocorrem as relações de consumo contemporâneas.

Portanto, através de um estudo bibliográfico e descritivo, a presente pesquisa analisará no que diz respeito ao regime de responsabilidade civil aplicável aos "comércios digitais". Na verdade, trata-se de uma investigação sobre as responsabilidades desses provedores de vendas que participam desse fluxo de consumo diante da vulnerabilidade do consumidor.

2.DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E A RELAÇÃO DE CONSUMO

A defesa do consumidor é um direito constitucional que é assegurado a todos os cidadãos brasileiros, essa proteção também se aplica aos consumidores que praticam transações virtuais, para identificá-los, é necessário analisar os artigos, dessa forma é necessário analisar os artigos 2º e 3º da Lei de Defesa do Consumidor (ARAÚJO et. Al., 2019)

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990)

Ao reconhecer o consumidor e o fornecedor, as duas partes essenciais da relação que conduz ao consumo devem ser analisadas de acordo com o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, tendo como foco principal os direitos básicos que o fornecedor deve respeitar. Assim dispõe *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas à liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,

coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.

O fornecedor deve ser sempre transparente sobre os produtos e serviços que oferece, respeitando todos os requisitos e direitos básicos elencados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. Consultado o CDC, nota-se que só há proteção nas disputas de consumo que tenham destinatário final para o produto ou serviço prestado pelo fornecedor, conforme especificado por Martins (2016 p.65):

Quanto à aplicação da legislação brasileira aos contratos eletrônicos, intui-se que a maior parte desses negócios é suscetível de aplicação do CDC, porque na maioria deles uma das partes seria um consumidor, ainda que nada impeça que empresas também os realizem. No entanto, é necessário ter presente que para a aplicação daquele Código é imprescindível haver a configuração de uma relação de consumo, bem como a diferenciação entre contratos de consumo, contratos empresariais e contratos civis.

Uma das principais vantagens do CDC é que ele permite aos consumidores ter informações claras e precisas sobre os produtos e serviços que estão adquirindo. Com isso, é possível escolher a melhor opção e evitar prejuízos financeiros ou até mesmo danos à saúde.

Além disso, o CDC estabelece regras claras para a publicidade, evitando que as empresas usem técnicas enganosas para atrair clientes. Com isso, as empresas são obrigadas a serem mais transparentes e a oferecerem informações verdadeiras sobre os produtos e serviços que vendem.

Outro ponto importante é a possibilidade do arrependimento, que permite ao consumidor desistir da compra em até sete dias após a entrega do produto ou assinatura do contrato. Isso garante mais segurança aos consumidores, que podem se arrepender da compra ou contratação de um serviço.

O CDC também protege os consumidores contra produtos e serviços com defeitos, estabelecendo regras para a garantia, troca e reparação dos produtos. Dessa forma, as empresas são obrigadas a oferecer produtos de qualidade e a se responsabilizarem pelos problemas que possam surgir.

A existência do CDC é fundamental para a proteção dos consumidores, pois ele cria um ambiente de confiança e segurança nas relações de consumo. Com ele, os consumidores têm mais poder de negociação e são protegidos contra práticas abusivas e desonestas por parte das empresas.

Além disso, o CDC também contribui para o fortalecimento da economia, uma vez que a proteção dos consumidores garante a manutenção da confiança e fidelidade dos clientes em relação às empresas. Isso incentiva a concorrência saudável, estimulando as empresas a oferecerem produtos e serviços de qualidade.

Em resumo, o CDC é extremamente importante para a proteção dos consumidores e para o desenvolvimento da economia do país. Ele garante uma relação de consumo mais justa e equilibrada, incentivando a transparência e a honestidade das empresas e protegendo os direitos dos consumidores.

3. EMPRESAS VIRTUAIS

Os avanços tecnológicos decorrentes do fenômeno da globalização são indiscutíveis, sendo o setor de relações de consumo o de maior relevância, em decorrência disso, têm vivenciado o ressurgimento de novos desafios, entre eles a disponibilização de informações na internet, o que levanta questionamentos sobre a veracidade das informações o conteúdo. (JÚNIOR; LOGHI, 2020)

O comércio eletrônico, ou venda online, foi originalmente associado ao surgimento da World Wide Web, mas ganhou maior destaque no Brasil na segunda metade da década de noventa. Desde então, a modalidade comercial de transporte marítimo experimentou um aumento dramático no seu espaço e volume de contratos, o que também levou a um aumento no número de negócios associados a esta atividade. (MARTINIGLEI, 2014.)

Segundo Cláudia Marques, é possível definir comércio eletrônico nos seguintes termos:

Podemos definir comércio eletrônico de uma maneira estrita, como sendo uma das modalidades de contratação não presencial ou a distância para a aquisição de produtos e serviços através do meio

eletrônico ou via eletrônica. De maneira ampla, podemos visualizar o comércio eletrônico como um novo método de fazer negócios através de sistemas e redes eletrônicas. Lato sensu, pois, o comércio eletrônico abrangeria qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aquelas baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação como a Internet, englobando todas as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação. (2004, p. 38-39)

Além disso, há uma progressão na forma como os consumidores compram, juntamente com a evolução da própria internet, como resultado da introdução de tecnologias móveis e redes sociais, que agora são conhecidas como e-commerce. Com a introdução dos smartphones e tablets no mercado, a internet passou a ser acessada por todos os ângulos, o que provocou uma alteração significativa nos hábitos dos brasileiros. (FELDMAN, 2016)

Dessa forma, as empresas virtuais têm ganhado cada vez mais espaço no mercado, principalmente no setor de comércio eletrônico (e-commerce) e marketplaces. Com o avanço tecnológico, as pessoas estão se adaptando às facilidades que esse modelo de negócio oferece, como a possibilidade de comprar produtos e serviços sem sair de casa, em qualquer horário e de qualquer lugar.

O e-commerce é uma modalidade de comércio que permite a venda de produtos e serviços pela internet, utilizando plataformas online, aplicativos ou redes sociais. Nesse modelo, as empresas podem oferecer uma ampla variedade de produtos, desde alimentos até eletrônicos, passando por roupas, artigos esportivos e serviços diversos.

Já os marketplaces são plataformas online que reúnem diversos vendedores em um único lugar, permitindo que os clientes encontrem diferentes produtos e serviços em um só lugar. Esses sites oferecem um ambiente seguro e confiável para as transações comerciais, além de possibilitarem a comparação de preços e condições de venda.

Silva e Santos (2012, on-line) discorre acerca da temática:

Essas lojas virtuais podem ser uma ramificação na Internet de uma rede de estabelecimentos comerciais, já consolidada no mercado tradicional, pertencendo a um icante de produtos (Sony, Fiat, e outros), a um prestador de serviços (PUC Virtual, TAM,), ou um varejista comerciante (Renner, Casas Bahia, e outros), e até mesmo a uma pessoa - empresário individual -, que vende produtos artesanais ou mesmo revende através de divulgação publicitária na Internet. Todos, sem exceção, são considerados como fornecedores, luz do

artigo 3º do CDC. Assim, o meio virtual ou eletrônico em que realizam sua atividade caráter empresarial não modifica a qualificação dos mesmos, sendo-lhes impostas todas as regras de responsabilidade, deveres e direitos previstos pela legislação consumerista.

Os avanços tecnológicos têm permitido que as empresas virtuais aprimorem seus processos de venda, como a integração com sistemas de pagamento online, a entrega de produtos por meio de drones e o uso de inteligência artificial para recomendação de produtos aos clientes. Essas tecnologias permitem que as empresas ofereçam uma experiência de compra cada vez mais personalizada e satisfatória para os consumidores.

Além disso, a facilidade de compra e a comodidade oferecida pelas empresas virtuais têm atraído cada vez mais pessoas, principalmente durante a pandemia, em que o isolamento social é uma necessidade. Com a possibilidade de comprar pela internet, as pessoas podem evitar aglomerações e filas em lojas físicas, além de terem acesso a produtos que talvez não encontrem em suas regiões.

No entanto, é preciso ressaltar que a segurança das transações comerciais é um fator importante a ser considerado. As empresas virtuais precisam garantir a proteção dos dados pessoais dos consumidores, além de oferecerem formas seguras de pagamento e entrega.

Em resumo, as empresas virtuais têm se mostrado uma alternativa cada vez mais atrativa para os consumidores, principalmente devido às facilidades oferecidas pelo e-commerce e marketplaces. Com os avanços tecnológicos, essas empresas têm se tornado mais eficientes e oferecido uma experiência de compra cada vez mais satisfatória. No entanto, é importante que as empresas garantam a segurança das transações e proteção dos dados dos clientes, a fim de evitar possíveis prejuízos e desconfiança por parte dos consumidores.

4.A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR NO COMÉRCIO VIRTUAL

Apesar da ampla interpretação da legislação vigente, da inexistência de norma regulamentadora específica devido ao aumento significativo das compras online, isso resulta em incerteza quanto à reparação dos danos sofridos pelo consumidor. Por se tratar de uma forma de negociação virtual, as partes envolvidas não interagem pessoalmente, o que facilita a existência de fraudes e torna a transação insegura. Além disso, a probabilidade de erros em relação ao produto oferecido aumenta significativamente devido à falta de contato físico.

Como resultado desse cenário, os consumidores têm vivenciado rotineiramente problemas como a não entrega do produto ou serviço adquirido, a entrega em outro endereço, o atraso na entrega, o recebimento de um produto ou serviço diferente ou produtos com defeito ou defeituosos. ou serviços. (DIAS, 2014)

A responsabilidade civil decorre da violação de uma obrigação. Assim, o dever decorre da vontade das partes ou da lei, devendo ser cumprido à revelia. O descumprimento da obrigação está centrado na responsabilidade, por desobedecer a uma regra contratual ou deixar de observar um preceito que rege a vida.(TARTUCE, 2018).

Outra questão frequente é a impossibilidade de identificar as partes envolvidas: o vendedor e o comprador de um produto ou serviço que utiliza um site para realizar a transação, o que leva a debates sobre a real responsabilidade desses sites por qualquer dano que causem aos seus Usuários.

Com o crescimento do comércio virtual, torna-se cada vez mais relevante discutir a responsabilidade civil dos fornecedores em caso de eventuais problemas na relação com o consumidor. Embora o comércio virtual ofereça comodidade e facilidade de acesso a produtos e serviços, é importante que os fornecedores assumam a responsabilidade pelos produtos e serviços oferecidos, a fim de garantir a segurança e a confiança dos consumidores.

A responsabilidade civil dos fornecedores no comércio virtual é regida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), que estabelece que o fornecedor é responsável pelos danos causados aos consumidores em decorrência de defeitos nos produtos e serviços oferecidos. O CDC se aplica a todas as relações de consumo, incluindo aquelas realizadas no ambiente virtual.

Entre as principais obrigações do fornecedor no comércio virtual está a de informar de forma clara e precisa sobre as características dos produtos e serviços oferecidos, bem como sobre os riscos que eles apresentam. O fornecedor também deve garantir a segurança dos produtos e serviços, bem como oferecer garantias e assistência técnica, se for o caso.

No caso de eventuais problemas com o produto ou serviço adquirido, o fornecedor deve oferecer reparação ao consumidor, seja por meio de troca, devolução do valor pago ou reparação dos danos causados. É importante que os fornecedores sejam ágeis e eficientes na resolução de eventuais conflitos, a fim de evitar prejuízos aos consumidores e prejuízos à própria imagem da empresa.

Além disso, é importante destacar que a responsabilidade dos fornecedores não se limita aos produtos e serviços oferecidos, mas também se estende às informações e

dados coletados dos consumidores durante a relação de consumo. Os fornecedores devem garantir a segurança e a privacidade dos dados dos consumidores, bem como informar de forma clara e precisa sobre a finalidade e o uso desses dados.

Em resumo, a responsabilidade civil dos fornecedores no comércio virtual é um tema importante e relevante para garantir a segurança e a confiança dos consumidores. O fornecedor deve assumir a responsabilidade pelos produtos e serviços oferecidos, bem como garantir a segurança e a privacidade dos dados dos consumidores. O cumprimento das obrigações estabelecidas pelo CDC é fundamental para garantir o bom funcionamento do comércio virtual e para fomentar a confiança dos consumidores nessa modalidade de comércio.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comércio eletrônico cresceu significativamente ao longo dos anos. Com a expansão da internet e das novas tecnologias, houve uma transformação do comércio eletrônico. Cada vez mais o consumidor utiliza a internet para pesquisar sites que vendem produtos e serviços, consultar preços e promoções, fazer comparações entre a loja online e o mercado tradicional. Curiosamente, os consumidores buscam comodidade e satisfação ao fazer compras sem sair de casa.

Com essa evolução em larga escala, o meio jurídico viu-se na posição de também avançar no mesmo ritmo, criou uma legislação específica para regulamentar os negócios que eram formalizados online, isso se chamava comércio eletrônico.

No que diz respeito à segurança e confiança no comércio online, isso tem sido comprovado através da crescente contratação de ferramentas digitais, como a assinatura digital e a certificação digital, cada vez mais assinadas pelas pessoas.

Esses contratos online já são considerados essenciais para o dia a dia das pessoas, pois lojas virtuais, que funcionam 365 dias por ano, 7 dias por semana, 24 horas por dia, em qualquer lugar do mundo.

No entanto, o fornecedor virtual não pode fazer do comércio eletrônico um meio de manipulação, promovendo direta e agressivamente produtos e serviços aos consumidores, no que diz respeito à sua informação, tecnologia, legalidade e capacidade econômica.

No atual quadro de princípios do direito do consumidor, fica evidente que princípios como boa-fé objetiva, vulnerabilidade do consumidor, informação, transparência e confiança são plenamente utilizados como diretrizes para o

comportamento das partes na relação virtual entre consumidor e empresa. Das obrigações legais, vinculam-se as obrigações objetivas de boa-fé que, se descumpridas, acarretam a quebra contratual - quebra positiva do contrato - e, em decorrência disso, o responsável fica sujeito à responsabilidade objetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Debora Lídia Pereira de, et al. A EFICÁCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO AMBIENTE VIRTUAL NO ESTADO DE GOIÁS. 2019.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, Brasília, DF: Senado Federal, 1990

DIAS, Priscila Sennes. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO COMÉRCIO VIRTUAL. 2014. (Trabalho de Conclusão de Pós-Graduação). ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498 10 (10).

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE BUSCA DE PRODUTOS NA INTERNET. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 37, p. 75-95, jul. 2020. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/36191/34523>>. Acesso em: 26 de fev. 2023. doi:<https://doi.org/10.12957/rfd.2020.36191>.

Feldman, Juliana de Sousa. Aspectos jurídicos do marketplace: uma análise da responsabilidade civil. 2016. Monografia de Especialização (Especialização em Direito das Relações de Consumo) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38-39.

MARTINS, Guilherme Magalhães Martins. Contratos eletrônicos de consumo – Atlas, 3a edição, São Paulo, 2016.

MARTINELLI, M. L. Notas sobre e-commerces: alguns elementos para sistematização da reflexão sobre o tema. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, ano 14, n.43, p.136-41, dez. 1993.

MEDEIROS, Wendell Nobre Silva de. Responsabilidade civil dos provedores de internet nas relações jurídicas de consumo. Orientador: Fabrício Germano Alves. 2022. 49f. Trabalho de

Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Departamento de Direito Público, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

SILVA, Michael César; DOS SANTOS, Wellington Fonseca. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2012, 15.30: 119-119.

O *JUS PUNIENDI* COMO MECANISMO PARA TUTELAR O MEIO AMBIENTE

JONATHAN ALVES DE OLIVEIRA: Técnico do Ministério Público de Pernambuco, mestre em desenvolvimento e meio ambiente pela UFPE, graduado em Direito pela UFPE, em Engenharia Ambiental pela UNINASSAU, com Pós-graduação em Direitos Humanos (Instituto CEI), Pós-graduação em Direito Público (Faculdade Legale), Pós-graduação em Ciência Criminais (CERS), Pós Graduação em Direito Administrativo (Universidade Anhanguera-Uniderp).

RESUMO: A atual busca desenfreada por melhorias estruturais e por acúmulo de riquezas tem levado o homem à concepção de mundo incapaz de aliar desenvolvimento e sustentabilidade. Por conseguinte, nessa conjuntura, se faz necessário a intervenção do Direito Penal com as criminalizações de ações antiecológicas. Assim, o Estado, através de seu poder de punir (*jus puniendi*) tem o dever de imputar sanções aos indivíduos que pratiquem condutas devidamente tipificadas e ofensivas aos recursos naturais. Nesse sentido, o caminho a ser seguido pelo operador do direito diante da questão ambiental, é tornar eficaz a aplicação das leis que regem tal temática, como é o caso da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98). O objetivo desse artigo é o de, justamente, fazer uma análise crítica a respeito do papel do Direito Ambiental dentro das legislações ambientais. Especificamente, o escopo foi também de examinar a eficácia na perspectiva jurídica da Lei de Crimes Ambientais, isto é, investigar quais princípios a lei dispôs em seu texto normativo e quais são capazes de auxiliar na tutela ambiental. Dessa forma, descobriu-se que antes do advento dessa lei, o Direito Ambiental passou por três fases: fase da exploração desregrada ou do *laissez-faire* ambiental, fase fragmentária e fase holística. Foi possível inferir que a legislação ambiental no que concerne à proteção ao Meio Ambiente é mais objetiva atualmente, em grande parte devido à vigência da Lei de Crimes Ambientais, pois, que através dela, as punições atuais passaram a ser mais uniformes e as infrações mais exemplificadas de forma mais clara, além da incidência de institutos inovadores como a responsabilização da pessoa jurídica.

1. INTRODUÇÃO

A atual busca desenfreada por melhorias estruturais e por acúmulo de riquezas tem levado o homem à concepção de mundo incapaz de aliar desenvolvimento e sustentabilidade. Por conseguinte, de modo crescente, têm emergido práticas que violam os direitos socioambientais e extrapolam os limites de recarga dos ecossistemas naturais.

Os direitos relativos a um ecossistema sadio, são enquadrados pela doutrina jurídica como direitos de terceira geração, ou também são conhecidos como direitos de solidariedade (MEIRELLES, 2004).

Nesse diapasão, o Direito Ambiental defende um meio ambiente equilibrado. Segundo o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, em seu *caput*, tem-se:

Todos 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.

Não obstante, o meio ambiente saudável e equilibrado ser um dos direitos fundamentais do homem, ele é, inúmeras vezes, desrespeitado devido à interferência de anseios econômicos desenfreados.

Conforme leciona Benedito Braga (2005), o recrudescimento das pressões antrópicas sobre o meio ambiente tem perigosamente alterado os fenômenos naturais do planeta Terra.

Por conseguinte, na conjuntura atual, se faz necessário a intervenção do Direito Penal com as criminalizações de ações antiecológicas, visto que a própria Constituição autorizou expressamente o uso deste ramo do Direito, quando no art. 225, VII, § 3º, *verbi gratia*, versou:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados.

Destarte, a Constituição brasileira, de modo cogente, dispôs que a tutela ao meio ambiente constitui-se em objeto jurídico-penal, esquivando eventual dubiedade quanto à desnecessidade de uma proteção penal do meio ambiente.

Assim, o Estado, através de seu poder de punir (*jus puniendi*) tem o dever de imputar sanções aos indivíduos que pratiquem condutas devidamente tipificadas e ofensivas aos recursos naturais. Nesse sentido, o caminho a ser seguido pelo operador do direito diante da questão ecológica, é tornar eficaz a aplicação das leis que regem tal temática, como é o caso da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98).

Nesse sentido, o próprio abolicionista penal Alessandro Baratta (2002) que, quando da construção da criminologia crítica, alertou para a subsidiariedade do Direito Penal, dando os limites de sua existência, assinalou que o Direito Penal, diante da escassez de possibilidades menos cruéis, constitui-se em mecanismo ainda legítimo:

A função natural do sistema penal é conservar e reproduzir a realidade social existente. Uma política de transformação desta realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e de garantias constitucionais, um projeto político alternativo e autônomo dos setores populares, não pode, todavia, considerar o direito penal como uma frente avançada, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal fica, em um tríplice sentido, reduzido a uma atitude de defesa. Defesa, antes de tudo, direito penal em face dos ataques realizados em nossos dias contra as garantias liberais asseguradas nas Constituições dos Estados de Direito. Defesa, em segundo lugar, em face do próprio Direito Penal, no que signifique contenção e redução de seu campo de intervenção tradicional e, sobretudo, de seus efeitos negativos e dos custos sociais que pesam, particularmente, sobre as camadas mais débeis e marginalizadas do proletariado, e que contribuem, desta forma, para dividi-lo e para debilitá-lo material e politicamente. **Defesa, finalmente, através do direito penal, na medida em que, no momento, pode ser ainda considerada como uma resposta legítima ante a falta de alternativas para resolver os problemas sociais, no marco de um modelo integrado (grifos nossos).**

Desse modo, tem-se que o Direito Penal embora, de fato, bastante impactante e, por vezes, gerador de feridas incicatrizáveis aos apenados, tem considerável peso na proposta da tutela ambiental, seja devido a falta de investimentos em outras soluções mais democráticas e efetivas, ou, talvez pela própria força que a sanção penal é capaz de causar.

Nessa esteira, com percuciência, Amado (2012) aduz que:

“[...] a tutela penal do meio ambiente realiza o Princípio da Intervenção Mínima, pois os recursos ambientais são bens de extrema relevância jurídica, pressupostos indispensáveis a uma existência humana digna, devendo ser tutelados também na esfera criminal.”

Desse modo, para muitos estudiosos e ambientalistas, o fervor na defesa do meio ambiente tem encontrado no Direito Penal um de seus mais significativos instrumentos. Haja vista que diversas são as situações em que as sanções administrativas ou civis não se mostram suficientes para a repressão dos delitos socioambientais. Nessa concepção, o estigma de apenas se responder um processo penal gera efeitos que as demais formas de repressão não alcançam. (FREITAS, 2005).

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

Ab initio, o termo “legislação”, no seu sentido mais rigoroso, refere-se ao conjunto de leis ou diplomas legais baixados pelo Poder Legislativo. Em sentido mais amplo, porém, o termo legislação pode ser entendido como a coleção de normas editadas pelo Estado que determina a conduta dos habitantes em um território, contendo todas as normas legais de um país sobre uma matéria específica (BENTHAM, 1975).

Consoante com os ensinamentos de PETERS & PIRES (2000), o Direito Ambiental consiste em um conjunto de princípios, institutos e normas sistematizadas, por meio de uma legislação, para disciplinar o comportamento humano, objetivando proteger o meio ambiente.

Por tanto, a legislação ambiental pode ser entendida como o conjunto de todas as normas editadas pelo poder público sobre o controle ambiental, dentre as quais, as normas de proteção e preservação dos bens ambientais, o combate e controle da poluição, as restrições de uso de recursos ambientais bem como a gestão desses recursos (OLIVEIRA, 2005).

Ainda que o Brasil possua uma das legislações ambientais mais completas do mundo, observa-se, na prática, uma impotência e uma conseqüente insuficiência da fiel aplicação e fiscalização dos dispositivos legais que tratam sobre a conservação e proteção do meio natural no país (FREITAS, 2008; MILARÉ 2001).

Nesse sentido, para se compreender a tutela jurídica do ambiente no Brasil, se faz importante uma análise histórica sobre a valoração ético-jurídica do ambiente no país.

Para efeitos didáticos, a evolução histórica do direito ambiental no Brasil pode ser dividida em três fases: fase da exploração desregrada ou do *laissez-faire* ambiental, fase fragmentária e fase holística (BENJAMIN, 1999).

2.1 Fase da exploração desregrada ou do *laissez-faire* (1500 – 1960)

A primeira fase consiste do momento do descobrimento até o início da segunda metade do século XX (BENJAMIN, 1999). De acordo com WAINSER (1993), a questão ambiental, no período colonial, imperial e da república velha, e desta até a década de 60 era praticamente inexistente juridicamente.

Esta fase foi marcada pela exploração sem limites de recursos naturais, durante a qual a proteção ambiental foi bastante negligenciada, com exceção de umas poucas normas pontuais que não tinham como principal objetivo resguardar o meio ambiente como tal (BOCCASIVUS-SIQUEIRA, 2002).

De fato, durante o tempo do Brasil colônia, havia uma preocupação governamental em conservar os recursos naturais, renováveis ou não renováveis, visando a sua exploração econômica. Como esses bens, em última análise, pertenciam à Coroa, havia grande interesse em fiscalizar e reger a sua utilização de maneira a garantir a participação da Coroa nos resultados de sua exploração (OLIVEIRA, 2005).

Durante a fase da exploração desregulada, as normas para a proteção do meio natural, quando não almejavam assegurar a manutenção de alguns recursos naturais preciosos, (como recursos madeireiros, por exemplo), previam resguardar a segurança alimentar e a saúde humana - elementos responsáveis pela maior parte das motivações legislativas sobre a natureza ao longo da história (BENJAMIN, 1999).

No início do período colonial, vigoravam no Brasil assim como em Portugal as Ordenações Afonsinas, sobre as quais, do ponto de vista da conservação, destaca-se a proibição de corte de árvores frutíferas (BORGES, 2009).

A partir de 1521 passaram a vigorar as Ordenações Manuelinas, que instituíram o regime das sesmarias. Durante esse período foram determinadas normas para a preservação de recursos naturais associados, sobre tudo, a um severo período de escassez de alimentos vivido no velho mundo (NAZO, 2001).

Em 1580 passaram a Vigorar as Ordenações Filipinas. Essas ordenações mantiveram as diretrizes de proteção das anteriores e as ampliaram especialmente no que diz respeito à proteção das águas e a regulação da pesca (BOCCASIVS-SIQUEIRA, 2002).

Vale destacar que pertence a este período um conjunto de leis visando à proteção e a recomposição das florestas nativas brasileiras, com destaque para as ciliares – com vistas ao abastecimento de água para a população (ANDRADA & SILVA, 1925, APUD KAGEYAMA & CASTRO, 1989).

No ano de 1635 foram criadas no Brasil as primeiras “Conservatórias”, visando à proteção do pau-brasil como propriedade real e em 1797, foi assinada a primeira Carta Régia sobre a conservação das florestas e madeiras, na sequência, em 1799 foi criado o Regimento de Cortes de Madeira (BOCCASIVS-SIQUEIRA, 2002).

Mesmo depois da Independência (1822), continuaram a vigorar as Ordenações Filipinas. A principal modificação foi a extinção do regime de sesmarias e a sua substituição por uma nova legislação que versava sobre a ocupação de terras, dando ênfase à posse e exploração como instrumentos de obtenção de propriedade (NAZO, 2001).

Esta nova legislação lançou o País em uma ocupação desordenada do território, onde a derrubada das matas e a queimada eram os principais instrumentos para, comprovada a posse e utilização, requerer-se o registro da propriedade. Dessa forma,

durante todo o Império (e o primeiro período republicano), as terras eram ocupadas e exploradas de forma predatória e abandonadas em troca de novas propriedades em territórios virgens, onde o ciclo se repetia. Não o bastante, nesse período, foram retiradas as proibições da concessão a particulares para os cortes de madeiras de lei, especialmente o pau-brasil, e a derrubada de quaisquer árvores em terras devolutas (OLIVEIRA 2015).

Nesse contexto, cabe destacar, no entanto, que durante o período do Brasil Império, a necessidade de água para a população carioca foi o fator decisivo para a desapropriação das terras das bacias hidrográficas dos rios que abasteciam a cidade, com o objetivo de recompor a vegetação original devastada pelo extrativismo e pelas plantações de café (KAGEYAMA & CASTRO, 1989).

Com a Proclamação da República, as leis imperiais ainda eram cumpridas até que os novos líderes brasileiros criassem as novas leis nacionais republicanas.

Até que em 1916 surge o Código Civil Brasileiro. A partir dessa data, começam a surgir os primeiros diplomas legais atinentes a fatores ambientais, os quais são destacados por BOCCASIU-SIQUEIRA, 2002:

O Decreto 16.300, de 31/12/1923, que relacionado sobre tudo à saúde pública, previa a possibilidade de se impedir que as fábricas e oficinas prejudicassem a saúde dos moradores e sua vizinhança, possibilitando o isolamento e o afastamento de indústrias nocivas ou incômodas à comunidade a que está inserida; O Decreto 23.793, de 23/01/1934, que criava o 1º Código Florestal Brasileiro; O Decreto 24.643, de 10/7/1934, que criava o Código de Águas, cujo seu maior objetivo era "controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas"; O Decreto-Lei 794, de 19/10/1938, que instituía o Código de Pesca; o Decreto-Lei 1.985, de 29/01/1940, que criava o Código de Minas, regulando toda e qualquer exploração dos recursos minerais ou fósseis no território brasileiro e o Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940 que instituiu o Código Penal, em vigor até os dias atuais.

2.2 Fase fragmentária (1960 – 1980)

Já na segunda fase do Direito ambiental no Brasil, ou na chamada *fase fragmentária*, o legislador – consciente da diversidade de recursos naturais, impôs controles legais às suas atividades exploratórias. Durante a fase fragmentária, o interesse do legislador se voltava aos recursos naturais como bens econômicos e não com elementos constitutivos do meio ambiente em si (BENJAMIN 1999).

A consideração da degradação do meio ambiente feita pelos instrumentos de ordenamento nesta fase se pautava pelo utilitarismo e pela fragmentação do meio ambiente, sobre o qual ainda se negava uma identidade jurídica própria (WAINSER, 1992).

São considerados os marcos legais desse período: o Código Florestal, de 1965; os Códigos de Caça, de Pesca e de Mineração, de 1967; a Lei da Responsabilidade por Danos Nucleares, de 1977; a Lei do Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição, de 1980; e a Lei de Agrotóxicos, de 1989 (BARROS et al., 2012).

Durante a fase fragmentária, foi criada a Sema (Secretaria Especial do Meio Ambiente), subordinada ao Ministério do Interior, por meio do Dec. Federal 73.030, de 30.10.1973, o que representou um precedente para uma estrutura administrativa mais especializada, que só apareceria bem mais adiante (FREITAS, 2008).

2.3 Fase holística (a partir de 1980)

No ano de 1981 aparece a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), marcando o início da fase holística sobre a proteção jurídica do ambiente, a partir da qual o ambiente começa a ser protegido de maneira integral, ou como um sistema ecológico, propriamente (a manutenção das partes a partir do todo) e com autonomia de valor (o meio ambiente, em si mesmo, passa a ser um bem jurídico) (BENJAMIN, 1999).

Só a partir da Lei Política da Política Nacional do Meio Ambiente, portanto, é que genuinamente tem início a proteção ambiental como tal no Brasil, indo o legislador além da tutela desassociada, que caracterizava o modelo fragmentário vigente anteriormente (WAINSER, 1992).

Diferentemente dos métodos adotados pelos seus antecessores legislativos, a lei 6.938/81, além de estabelecer os princípios, objetivos e instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, congregou ao ordenamento jurídico o Estudo de Impacto Ambiental, e instituiu um regime de responsabilidade civil para o dano ambiental, e conferiu ao Ministério Público, a legitimação para agir nessa matéria (BOCCASIUS-SIQUEIRA, 2002).

4.O DIREITO PENAL NAS LEGISLAÇÕES AMBIENTAIS

Prima facie, de modo metafórico, é imperioso trazer à baila a perspectiva hermenêutica do célebre Zaffaroni (1991) a respeito do Direito Penal. De acordo com o criminalista, esse ramo do Direito tem por função evitar que as águas do poder punitivo invadam o dique. Porém, ao mesmo tempo, precisa impedir que grande quantidade de água provoque o rompimento dele. Devendo assim, ser seletivo, filtrando apenas as águas sujas. Com apoio de um complexo sistema de comportas, impedindo que ela seja perfurada e caso aconteça que tenham outras para auxiliá-la. Ou seja, o Direito Penal é uma arma utilizável para combater o crime, mas o melhor é que com o tempo este direito deva ser

pouco acionado pelo fato de baixos níveis de criminalidade, como observado em países da Europa.

Na mesma esteira, Dias (2011) corrobora a ideia de Zaffaroni ao afirmar que o Direito penal com suas medidas repressivas e proibitivas autoriza o poder público (denominado pela doutrina como *jus puniendi*) a agir quando medidas administrativas de restrição e controle não causam mais efeito em certo fato, ação.

Nessa perspectiva de um Direito Penal subsidiário que deve ser arvorado apenas como *ultima ratio*, também urge mencionar que é condição precípua para a pacificação dos conflitos que esse ramo do ordenamento jurídico, assim como todos os outros, caminhe emparelhado com o Direito Constitucional. A constitucionalização das leis, inclusive das normas penais, além de respeitar a moderna tendência de aproximação dos ordenamentos jurídicos com a Carta Magna (Constitucionalismo), recrudescer a tão perquirida segurança jurídica:

pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 135).

Nesse sentido, compreendendo que o Direito Penal jamais pode se afastar dos dispositivos elencados na Constituição, é também necessário apreender que diferente não pode ser a relação com os princípios constitucionais. Desse modo, por meio da ótica do Estado Democrático e Humanista de Direito e através de um diálogo com a norma constitucional e infraconstitucional, Rocha (2012) aduz que é imprescindível sempre acrescentar um olhar social na análise do caso concreto:

O Direito Penal, tendo como base a tutela da proteção de bens jurídicos que a sociedade detém (a vida), não pode ser entendido como controle unilateral através do Estado, mas perpassa pela compreensão de que se trata de um bem maior de interesse coletivo (DIAS, 2011, p. 120).

De modo análogo a proteção à vida humana, Dias (2011) ensina que a tutela que o constituinte da Carta Magna de 1988 objetivou também alcançou diversos outros elementos do ecossistema. A “Constituição Cidadão” impôs medidas que garantissem a

qualidade da vida, à fauna e à flora, responsabilizando o poder público e toda a sociedade pelos danos causados.

Os artigos 225 e 170 da Constituição brasileira, de forma concomitante, preveem todos os direitos ao meio ambiente equilibrado e essencial à qualidade de vida. Destarte, ao observar que as ameaças ao meio ambiente estão cada vez mais recorrentes, faz-se necessário o uso do Direito Penal com suas intervenções nas condutas antiecológicas (ARAUJO, 2010).

Preceitua Antunes (2002) que as responsabilidades pelos danos causadas ao meio ambiente são tratadas, na maioria das vezes, tanto na esfera administrativa, quanto na cível e na penal. Milaré (2001), na mesma linha do abolicionista penal Zaffaroni, citado logo no começo desse tópico, pontua que tais responsabilidades devem ser analisadas sob a óptica do Direito Penal Ambiental apenas em casos extremos, em situações que atinjam níveis altos de reprovação social, colocando em risco a própria preservação da espécie humana.

Já, Mukai (2004), afirma que não se concebe proteção ambiental sem auxílio do Direito Penal. De acordo com o autor, no caso específico do Brasil, a responsabilidade penal está fundada no artigo 225 da Constituição Federal. Que prevê, no seu parágrafo terceiro, a sujeição dos infratores que incidam em condutas lesivas ao meio ambiente, a sanções penais, tanto as pessoas físicas e jurídicas (DIAS, 2011).

Para Costa (1996) nos ordenamentos jurídicos ocidentais, seguidores da Teoria do Crime com a análise tripartida, a responsabilidade penal está ligada ao princípio da tipicidade, segundo este não há crime sem culpa nem dolo.

Através de um resgate histórico sobre o Direito Penal, é perceptível que o Brasil passou a ter legislação punitiva que fizesse referência ao meio ambiente, já com o primeiro Código Penal Brasileiro, editado em 1830. Mas no código penal de 1940, é que estavam presentes mais referências ao meio ambiente e também nas contravenções de 1941 (ARAÚJO, 2010).

O legislador, atento aos pedidos da sociedade, editou leis que buscavam tutelar o meio ambiente, tais como: a) Lei nº. 4.771/1996 – Código Florestal; b) Lei nº. 5.197/1967 – Código de Caça; c) Lei nº. 6.453/1977 – Atividades nucleares; d) Lei nº. 6.766/1979 – parcelamento do solo urbano; e) Lei nº. 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente; f) Lei nº. 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública; g) Lei nº. 7.643/1987 – proibição da pesca de cetáceos nas águas jurisdicionais brasileiras; h) Lei nº. 7.679/1988 – proibição da pesca de

espécies em períodos de reprodução; i) Lei nº. 7.802/1989 – agrotóxicos; j) Lei nº. 7.805/1989 – mineração; h) Lei nº. 11.105/2005 – biossegurança (MILARÉ, 2001, p. 972-973).

Em especial, no caso do Brasil, a legislação penal era muito dispersa. Então era necessária uma legislação que viesse a unir os pontos. Elaborou-se assim, a Lei 9.605/98, chamada Lei de Crimes Ambientais. Graças a esta lei, passou-se a tipificar como crimes, muitas infrações penais contra o meio ambiente, que antes eram consideradas contravenções penais ou até mesmo condutas atípicas (ARAÚJO, 2010).

5.A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (LEI 9.605/1998), PARADIGMA DO DIREITO PENAL AMBIENTAL NO BRASIL

Amado (2012) atesta que a tutela penal do meio ambiente tem seu cerne na Lei de Crimes Ambientais, pois que essa revogou grande parte de todos os dispositivos elencados no Código de Processo Penal sobre a matéria ambiental, além de também ter revogado a maioria das legislações extravagantes que dispunham sobre a temática penal-ambiental.

O princípio publicado no texto da Constituição Federal, que no seu art. 225, *caput*, diz: “O meio ambiente é um bem fundamental à existência humana e, como tal, deve ser assegurado e protegido para uso de todos”, destaca a importância da existência de um ambiente saudável como uma extensão ao direito à vida, a uma necessidade natural a existência harmônica entre os seres humanos (BRASIL, 1998). Este reconhecimento impõe ao Poder Público e a sociedade como um todo, a responsabilidade pela proteção/conservação do meio ambiente em todas as mais variadas diretrizes, nas mais diferentes classes sociais.

Com o intuito de proteger o meio ambiente de condutas nocivas às quais maculem o bem-estar coletivo, está disciplinada na **Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 - Lei de Crimes Ambientais** – a determinação de sanções penais e administrativas derivadas e atividades lesivas ao meio ambiente, caracterizando-se uma transgressão o descumprimento da supracitada Lei. Dessa forma, torna-se um crime ambiental todo e qualquer dano ou prejuízo causado aos elementos que compõem o *habitat* natural (TEDARDI, 2009).

Antes da Lei de Crimes Ambientais entrar em vigor, todos os tipos penais e contravençionais referentes a condutas lesivas ao meio ambiente encontravam-se dispersos na legislação, dentre elas: a Lei 4.771/65 do Código Florestal Brasileiro; a Lei 5.197/67 referente à Caça; a Lei 6.766/79 sobre Parcelamento do Solo Urbano, entre outras,

segundo Jaguaribe (2016). Sendo assim, havia contradições como no entendimento efetivo das leis.

De acordo com o pensamento de Freitas (1998), a elaboração de infrações ambientais em vários diplomas não apenas dificultava o conhecimento de seu conteúdo por parte dos cidadãos, mas também uma aplicação mais efetiva da lei e, conseqüentemente, uma “grande parte das infrações praticadas não eram sequer apuradas. Nenhuma sanção era aplicada, o que levava a uma total impunidade” (FREIRAS, 1998).

Cavalcante (2005), em sua análise, faz uma breve explicação da mudança histórica da legislação ambiental no Brasil, ressaltando que:

Os primeiros passos na história do Direito Ambiental no Brasil foram dados verdadeiramente na década de 1970, quando surgiram as iniciativas pioneiras dentro e fora dos Tribunais, em decorrência principalmente da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, na Suécia, no período de 5 a 16 de junho de 1972 (CAVALCANTE, 2005).

De acordo com a Lei N.º 9.605/98, os crimes ambientais são classificados em cinco tipos diferentes: **Contra a fauna** (arts. 29 a 37); Flora (arts. 38 a 53); Poluição (arts. 54 a 61); Ordenamento Urbano e Patrimônio Cultural (arts. 62 a 65) e a Administração Ambiental (arts. 66 a 69-A).

A Fauna, segundo Sivinskas (1998), “É o conjunto de animais próprios de um país ou região que vivem em determinada época”. A Lei 9605/98 cuidou de definir quais são os espécimes da fauna silvestre no § 3º do artigo 29, onde diz:

São espécimes de fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras (BRASIL, 1998).

Já a Flora, segundo Silva (2004) é:

[...] um coletivo que se refere ao conjunto das espécies vegetais do país ou de determinada localidade. A flora brasileira compõe-se, assim, de todas as formas de vegetação úteis à terra que revestem, o que inclui as florestas, cerrados, catingas, brejos e mesmo as forrageiras que cobrem os nossos campos naturais (SILVA, 2004).

Nos crimes em referência aos artigos, nota-se uma preocupação do legislador com as condutas dirigidas aos desmatamentos das florestas e outros biomas, o que abrange igualmente as áreas de preservação permanente, as Unidades de Conservação e a Mata Atlântica, segundo Jaguaribe (2016).

No que se refere à Poluição, destaca-se o art. 54, o qual tipifica a seguinte conduta: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora” (BRASIL, 1998).

Para Silva (2004) esse tipo de crime ambiental “É o modo mais pernicioso de degradação do meio ambiente natural. Atinge mais diretamente o ar, a água e o solo, mas também prejudica a flora e a fauna” (SILVA, 2004).

Dos crimes Contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, percebe-se uma preocupação do legislado com a conduta estabelecida no art. 65, onde criminaliza o ato da grafiteagem, prática vista cotidianamente nos grandes conglomerados urbanos do mundo e do Brasil, que se traduz em considerável incremento da poluição visual e estética (BRASIL, 1998).

Por fim, no que tange aos crimes contra a Administração Ambiental, nota-se que o legislador denotou preocupação às condutas praticadas pelos servidores públicos dos órgãos de licenciamento e fiscalização (arts. 66 a 68), e ainda, àqueles que dificultem a ação fiscalizadora do Poder Público (art. 69) (BRASIL, 1998).

6.EFICÁCIA DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS NO PLANO JURÍDICO

Nota-se que a legislação ambiental no que concerne à proteção ao Meio Ambiente é mais objetiva atualmente, apresentando indiscutíveis avanços às vistas do passado. As punições atuais são uniformes e as infrações são exemplificadas de forma mais clara. Diferentemente do que ocorria anteriormente, a lei agora define a responsabilidade das pessoas jurídicas, permitindo que as grandes empresas sejam responsabilizadas criminalmente pelos danos que seus empreendimentos possam causar ao ambiente, segundo Freitas (1998).

Como exemplo da relevância dessa Lei para o Direito Penal Ambiental, Amado (2012) aponta que foi através dessa legislação que, finalmente, foi possível a regulamentação do artigo 225, §3º, da Constituição Federal que trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A Lei 9.605/1998, assim dispõe:

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, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Assim, mesmo a contrário senso dos países de *civil law*, o Brasil adotou a corrente doutrinária da responsabilização criminal das pessoas jurídicas pelo cometimento de delitos ambientais.

De modo consoante, os tribunais superiores também vêm consolidando esse entendimento desde 2005:

CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO. I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é

a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. **VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado."** IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal. XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres. XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória. XVI. Recurso desprovido.

(STJ - REsp: 610114 RN 2003/0210087-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 17/11/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.12.2005 p. 463)

Diante de um crime ambiental, a ação civil pública pautada pela Lei 7.347/85 é o instrumento jurídico que protege o meio ambiente. O objetivo da ação é a reparação do dano onde ocorreu a degradação ambiental. As diferentes esferas podem promover essa

ação, como por exemplo: o Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estado, Município, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações com finalidade de proteger ao meio ambiente (BRASIL, 1998).

Afora as agressões que ultrapassam os limites estabelecidos por lei, também são considerados crimes ambientais as condutas que ignoram normas ambientais, mesmo que não sejam causados danos ao meio ambiente. São os casos dos empreendimentos sem a licença ambiental expedida corretamente, algo que é bastante presente nos estados brasileiros. Nestes casos, há a desobediência a uma exigência da legislação ambiental e, por isso, ela é passível de punição por multa e/ou detenção dos responsáveis (FIORILLO, 2001).

A Lei 9.605/1998 recrudescer a reprovação à prática de ações sem a devida licença ambiental:

Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, **sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes**, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente **(grifos nossos)**.

Uma série de outros dispositivos também tratam dos crimes relacionados à exiguidade ou vício no licenciamento ambiental:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, **sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente**, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa **(grifos nossos)**.

Ainda nesse sentido, tem-se os seguintes dispositivos, devidamente destacados:

Art. 33. Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas:

I - quem causa degradação em viveiros, açudes ou estações de aquicultura de domínio público;

II - quem explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, **sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente;**

Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, **sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:**

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais **sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:**

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa **(grifos nossos)**.

Nesse aspecto, a Lei de crimes ambientais tem sido eficaz em sua teleologia pois que diversos precedentes têm formado jurisprudência no sentido de repudiar o funcionamento e instalação de empreendimentos irregulares.

O entendimento dos Tribunais é de que constitui infração ambiental, que independe da verificação de culpa, dada a natureza objetiva da responsabilidade ambiental, a realização de obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais efetiva ou potencialmente poluidores, sem licença ou autorização do órgão ambiental competente."

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. PARCELAMENTO DO SOLO. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. AUTUAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. REJEIÇÃO. HIGIDEZ DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. DESPROVIMENTO. 1. O prazo decadencial para constituição definitiva do crédito deve ser contado da data da expedição do Auto de Infração Ambiental que impõe a penalidade de natureza pecuniária que se questiona. 2. Verificando-se dos autos a ocorrência dos fatos ensejadores da autuação por parcelamento do solo sem prévio licenciamento ambiental e a higidez do

procedimento de autuação, não há que se falar em declaração de nulidade do ato administrativo. 3. Preliminar rejeitada. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-DF - APC: 20110111194435, Relator: SEBASTIÃO COELHO, Data de Julgamento: 27/05/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 11/06/2015 . Pág.: 188)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL E ALVARÁ DE PREVENÇÃO E PROTEÇÃO CONTRA INCÊNDIO. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES. O Alvará de Prevenção e Proteção Contra Incêndio foi obtido apenas em 11/07/2014, após o deferimento da liminar na origem. A licença ambiental anterior está vencida há mais de um ano. Neste interregno, as atividades não foram interrompidas, descabendo o argumento de demora na apreciação do pedido administrativo. Não possuindo o estabelecimento licença ambiental em razão do exercício de atividade potencialmente poluidora, em desrespeito à legislação local, é possível a suspensão de suas operações enquanto não regularizada a situação administrativamente. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70060598588, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 17/09/2014)

(TJ-RS - AI: 70060598588 RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Data de Julgamento: 17/09/2014, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/09/2014)

7.CONCLUSÃO

De fato, são impactantes as punições que o Direito Penal traz à sociedade quando arvorado pelo Estado. A privação da liberdade, o pagamento de uma multa ou mesmo o fato de apenas responder a um processo penal são consequências capazes de interferir de maneira longa, por vezes cruel e de efeitos que se protraem no tempo.

Não obstante da ciência desses graves efeitos tão discutidos pela criminologia crítica, principalmente, relacionados à seletividade penal, percebe-se que na seara ambiental a mão punitiva do Estado também se fez presente, seja devido a falta de investimentos em outras soluções mais democráticas e efetivas, ou, talvez pela própria força que a sanção penal é capaz de causar.

Dessa forma, através de uma construção paulatina o Direito penal encontrou-se com as legislações ambientais. Essa evolução histórica do direito ambiental no Brasil, para uma melhor didática, é dividida em 3 fases: fase da exploração desregrada ou do *laissez-faire* ambiental, fase fragmentária e fase holística.

Após um maior amadurecimento do Direito Penal Ambiental, a tutela penal do meio ambiente chegou ao seu ápice com a Lei de Crimes Ambientais, pois que essa revogou grande parte de todos os dispositivos elencados no Código de Processo Penal sobre a matéria ambiental, além de também ter revogado a maioria das legislações extravagantes que dispunham sobre a temática penal-ambiental.

A Lei de Crimes Ambientais também se destaca no que concerne à proteção ao Meio Ambiente pelo fato de ser mais objetiva que as demais legislações extravagantes, apresentando indiscutíveis avanços às vistas do passado. As punições atuais elencadas nessa lei são uniformes e as infrações são exemplificadas de forma mais clara.

Como exemplos de que, no âmbito jurídico, essa lei traz inovações benéficas tem-se que, diferentemente do que ocorria anteriormente, a Lei de Crimes Ambientais define a responsabilidade das pessoas jurídicas, permitindo que as grandes empresas sejam responsabilizadas criminalmente pelos danos que seus empreendimentos possam causar ao ambiente.

Por fim, uma última demonstração da eficácia da Lei de Crimes Ambientais, ao menos no plano dogmático, reside na tentativa da lei de coibir as condutas que ignoram normas ambientais, mesmo que não sejam causados danos ao meio ambiente. São os casos dos empreendimentos sem a licença ambiental expedida corretamente, algo que é bastante presente nos estados brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental**. 3.ed. São Paulo: Método, 2012.

ANTUNES, P. de Bessa. **Direito Ambiental**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 1126 p.

ARAÚJO, I. V. **Considerações acerca do Direito Penal Ambiental**. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2010. Disponível em: <

http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-acerca-do-direito-penal-ambiental,29251.html#_ftnref1>. Acesso e.: 29 jun. 2016.

BARROS, Dalmo Arantes *et al.* **Breve análise dos instrumentos da política de gestão ambiental brasileira.** *Política & Sociedade*, v. 11, n. 22, p. 155-180, 2012.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.** São Paulo : Abril Cultural, 1974. 321p (Os pensadores; V.34)

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Introdução ao Direito Ambiental brasileiro.** *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 48-82, abr./jun. 1999. <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34690>

BOCCASIU-SIQUEIRA, André. **O Direito Ambiental na Legislação Brasileira—Um contributo para o resgate da História.** *Rev. eletrônica Mestr. Educ. Ambient*, v. 9, 2002.

BORGES, Luís Antônio Coimbra; REZENDE, José Luiz Pereira de; PEREIRA, José Aldo Alves. **Evolução da legislação ambiental no Brasil.** *Revista em Agronegócios e Meio Ambiente*, v. 2, n. 3, p. 447-466, 2009.

BRAGA, Benedito *et al.* **Introdução à Engenharia Ambiental.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 4.339/2002. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Lei 5.197/67. Brasília: Senado Federal, 1967.

BRASIL. Lei 6.938/81. Brasília: Senado Federal, 1981.

BRASIL. Lei 9.279/96. Brasília: Senado Federal, 1996.

BRASIL. Lei 9.605/98. Brasília: Senado Federal, 1998.

CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. **Introdução ao direito ambiental penal.** São Paulo: Manole, 2005.

COSTA JÚNIOR, P. J. **Direito Penal Ecológico.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

DIAS, A. S. **Direito Penal Ambiental e a proteção constitucional do bem jurídico ambiental: análise da competência do Estado a partir da Constituição de 1988.**

Planeta Amazônia: Rev. Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas, Macapá, n. 3, p. 109-122, 2011. Disponível em: <

<https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/download/439/DiasN3.pdf>>.

Acesso em 12 jun. 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Do crime de poluição**. IN: FREITAS, Vladimir Passos de (Org). Direito ambiental em evolução. Curitiba: Juruá, 1998.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. Revista CEJ, v. 4, n. 10, p. 114-118, 2008

JAGUARIBE, Clara M. M. **Responsabilidade Criminal Ambiental - Lei 9.605/98**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados / Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/17/desenvolvimento_sustentavel_29.pdf> Acesso em: 8 jul 2016.

KAGEYAMA, P. Y.; CASTRO, C.F.A. **Sucessão secundária, estrutura genética e plantação de espécies arbóreas nativas**. IPEF. Piracicaba, 41 / 42:83-93, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 2004

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MILARÉ, É. **Direito do Meio Ambiente**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MUKAI, T. **Direito Ambiental Sistematizado**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NAZO, Georgette N.; MUKAI, Toshio. **O direito ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente**. Revista de Direito Administrativo, v. 223, p. 75-104, 2001.

OLIVEIRA, A. I. A. **Introdução à Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

PETERS Edson Luiz & PIRES, Paulo de Tarso de Lara. **Manual de Direito Ambiental: Doutrina, Legislação Atualizada, Vocabulário Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2000

ROCHA, R. A. **Os princípios constitucionais penais sob a óptica do Estado constitucional e humanista de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3384, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22740>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n.9605/98**. São Paulo: Saraiva, 1998.

TEDARDI, M. S. **Proteção ao Meio Ambiente: considerações acerca dos aspectos penais**. Revista F@pciência, Apucarana-PR, ISSN 1984-2333, v.5, n. 6, p. 37 – 54, 2009.

TELES, N. M. **Direito Penal**. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WAINER, Ann Helen. **Legislação ambiental brasileira : evolução histórica do direito ambiental**. Revista forense, v. 88, n. 318, p. 19-26, abr./jun. 1992 | Revista de informação legislativa, v. 30, n. 118, p. 191-206, abr./jun. 1993.
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176003>

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do direito penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. 281 p.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 890 p.

(IM)PENHORABILIDADE DOS DIREITOS AQUISITIVOS SOBRE IMÓVEL OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO.

JÚLIO LUIZ DE MEDEIROS ALVES LIMA KUHLMANN:
Advogado inscrito na seccional da OAB/DF sob o nº 38.926.
Pós-graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA)

Resumo: O presente artigo busca analisar viabilidade jurídica de penhora de direitos aquisitivos do devedor fiduciante sobre imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia, à luz da Lei 8.009/1990 e da teoria do patrimônio mínimo.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Direito Constitucional. Impenhorabilidade. Bem de família. Direitos aquisitivos sobre imóvel. Teoria do patrimônio mínimo. Lei 8.009/1990. Lei 9.514/1997.

Sumário: 1. Delimitação e contextualização do tema; 2. Teoria do patrimônio mínimo e direito à moradia; 3. Penhora e impenhorabilidade; 4. Da impenhorabilidade do bem de família da Lei 8.009/1990; 5. Da constrição dos direitos aquisitivos e sua interpretação conforme à Constituição Federal (CPC, art. 835, XII); 6. Conclusões; 7 Referências.

1. Delimitação e contextualização do tema

Objetiva-se, com o presente artigo, analisar a viabilidade jurídica de penhora sobre os direitos aquisitivos do devedor fiduciante sobre imóvel objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia, à luz da Lei 8.009/1990 e da teoria do patrimônio mínimo.

Não se desconhece que o Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 835, inciso XII, possibilita a penhora sobre direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia.

Com efeito, a alienação fiduciária imputa ao credor fiduciário a propriedade resolúvel e a posse indireta do imóvel, tornando o adquirente devedor fiduciante um mero depositário e possuidor direto.

Na dicção da Lei 9.514/1997, a alienação fiduciária consiste no contrato pelo qual "o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel" (Lei 9.514/1997, art. 22, caput). Como consectário deste negócio, há o "desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel" (Lei

9.514/1997, art. 23, parágrafo único). Assim sendo, o negócio em tela resolve-se pelo adimplemento integral da dívida garantida.

Como se vê, até o pagamento integral do débito, o devedor fiduciante tem apenas direitos aquisitivos sobre o bem imóvel, e não sua propriedade, motivo por que se discute se tais direitos podem, ou não, ser penhorados se advierem do único bem imóvel do devedor e sua família (Lei 9.514/1997, art. 25).

Nessa linha de raciocínio, tratando-se de direitos aquisitivos sobre o único imóvel da pessoa, é possível franquear a proteção da impenhorabilidade como se bem de família fosse?

Essa é a questão que este artigo busca responder.

2. Teoria do patrimônio mínimo e direito à moradia

Sabe-se que a Constituição Federal (CF) tem por fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, II e II), objetivando construir uma sociedade livre, justa e solidária, com o fim de erradicar a pobreza e a marginalização, assim como se busca a redução das desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º)

Por sua vez, os direitos fundamentais incidem não só nas relações jurídicas entre Estado e indivíduo, mas também nas relações entre particulares. Em outras palavras, há a eficácia horizontal de tais direitos, a evidenciar “a vinculação de outros particulares aos direitos fundamentais”¹⁶⁹.

Observa-se, então, que a eficácia horizontal caracteriza-se “por defender a ideia de que os direitos fundamentais estariam aptos a vincular imediatamente os agentes particulares, independentemente de intermediação legislativa”¹⁷⁰. Sendo assim, a eficácia horizontal dos direitos e objetivos fundamentais insculpidos na CF a todos vinculam, de tal sorte que constitui um dever fundamental de todos, Estado e indivíduos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º).

Sobre o tema, e suas implicações no direito civil, Daniel Sarmento e Cláudio Souza abordam que:

169 **NERY JUNIOR**, Nelson. **ABBOUD**, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro* - Ed. 2017. Editor: Revista dos Tribunais. **CAPÍTULO 1. O CONSTITUCIONALISMO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS** <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497448/anchor/a-123497448>> . Acesso em 27/03/2023

170 **TAVARES**, André Ramos *Curso de direito constitucional* / André Ramos Tavares. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.p. 385

As consequências deste novo “olhar” constitucional sobre o Direito Civil envolvem o reconhecimento da chamada “eficácia horizontal” direta dos direitos fundamentais. A nova ótica se traduz, ainda, nas tendências à **personalização** e à **despatrimonialização** deste ramo do ordenamento. Em outras palavras, trata-se de reconhecer, a partir dos princípios constitucionais, **a prioridade dos valores existenciais sobre os valores meramente patrimoniais no âmbito jurídico-privado**¹⁷¹.

É nesse estado da arte que se insere a teoria do patrimônio mínimo. Em obra doutrinária, Luiz Edson Fachin sublinha a diferença entre patrimônio e propriedade, de modo a pautar a análise do direito privado na pessoa concreta, com o abandono de uma perspectiva patrimonialista então vigorante no direito civil brasileiro¹⁷².

Com base nessa distinção, o autor desenvolve a teoria do patrimônio mínimo, isto é, aquele estabelecido conforme os “parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores”¹⁷³.

Nota-se, portanto, que a teoria do patrimônio mínimo busca dar funcionalidade à solidariedade social, obrigando o aplicador da norma a se preocupar com a dignidade da pessoa¹⁷⁴.

Nesse panorama, Teresa Negreiros ensina que os bens econômicos cumprem uma função social, qual seja, a promoção da dignidade da pessoa humana, de modo que algumas coisas são indeclináveis para a conservação do padrão mínimo de dignidade de quem as necessita¹⁷⁵.

171 SARMENTO, Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte : Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017. p. 27

172 FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44

173 Op. Cit. P.1

174 Op. Cit. P. 50

175 **NEGREIROS**, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. Teoria dos contratos: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 503

A propósito do tema, a Constituição Federal (CF), em seu art. 170, *caput*, positiva que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, terá por escopo “assegurar a todos **existência digna**”, consoante os ditames da “**justiça social**”. Na mesma direção, o Estado brasileiro tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, tendo por finalidade “impedir que o ser humano seja utilizado como objeto”¹⁷⁶.

Daí afirmar Peter Häberle que a dignidade da pessoa humana é a “sustentação de um Estado e Poder Público comprometidos e limitados em sua atuação, tratando a dignidade humana como premissa antropológico-cultural”¹⁷⁷.

Nesse contexto, o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade, na medida em que morada é o lugar onde se habita, de sorte que poderá ser, ou não, de propriedade do morador¹⁷⁸. Esse direito à moradia deve ser exercido em consonância com sua função social, vale dizer, com o propósito de promoção da dignidade humana e do direito à morada como emanção do patrimônio mínimo a ser franqueado a toda e qualquer pessoa que esteja no território brasileiro.

Em suma, o direito à moradia, expressamente previsto na CF, art. 6º, *caput*, está intimamente ligado ao direito de propriedade, igualmente positivado na CF, art. 5º, *caput*, embora com ele não se confunda, integrando o mínimo existencial do indivíduo, ou seja, o plexo de direitos e garantias da pessoa humana para lhe assegurar uma sobrevivência digna.

De igual modo, o direito à moradia tem previsão em tratados internacionais, especificamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) datada de 1948, no seu art. 25:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, alimentação, vestuário,

176 **NERY JUNIOR**, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional Brasileiro - Ed. 2017. Editor: Revista dos Tribunais. CAPÍTULO 1. O CONSTITUCIONALISMO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497448/anchor/a-123497448> . Acesso em 27/03/2023

177 *Apud.* **NERY JUNIOR**, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional Brasileiro - Ed. 2017. Editor: Revista dos Tribunais. CAPÍTULO 1. O CONSTITUCIONALISMO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497448/anchor/a-123497448> . Acesso em 27/03/2023

178 **MEDINA**, José Miguel. Constituição Federal Comentada - Ed. 2022 Editor: Revista dos Tribunais Constituição Federal comentada. Título II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo II. Dos Direitos Sociais. Art. 6º. Página RL-1.4. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/93667770/v7/page/RL-1.4> Acesso em 27/03/2023

habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Na seara dos direitos humanos, segundo o Comentário nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o direito à moradia abrange, dentre outras, as liberdades de (i) proteção contra remoção forçada, destruição arbitrária e demolição da casa, (ii) não interferência à privacidade e (iii) de escolha da própria residência¹⁷⁹.

Demais disso, o referido comentário inclui entre as garantias do direito à moradia a (i) segurança da posse, (ii) restituição da moradia, (iii) acesso igualitário e não discriminatório e, ainda, (iv) a participação, em níveis internacional e comunitário, na tomada de decisões referentes à moradia¹⁸⁰.

Finalmente, o direito à moradia abrange a proteção contra remoção forçada, elemento importante à efetivação do direito à habitação adequada¹⁸¹.

Observa-se, por conseguinte, que o direito à moradia tem natureza autônoma e ligação direta com a teoria do patrimônio mínimo, razão pela qual sua análise deve ser sempre à vista de sua função social, materializada nos termos do comentário geral acima referido, isto é, com o fim de franquear às pessoas o direito à moradia adequada.

3. Penhora e impenhorabilidade.

De início, sabe-se que o CPC, em seu art. 789, traz à baila a responsabilidade patrimonial do executado, de sorte que o “devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei” (CPC, art. 789, *caput*).

Renato Montans de Sá ensina que a execução é processo que objetiva à satisfação do crédito exequendo, de modo que, em nosso sistema, a execução mais comum é a denominada por sub-rogação, isto é, aquela em que “o Estado invade a esfera patrimonial do executado para que ele possa proceder à apreensão dos bens e à conversão

¹⁷⁹**BRASIL.** Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República Direito à moradia adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.p. 13

¹⁸⁰ Op. Cit. P. 14

¹⁸¹ Op. Cit. P. 15

em renda para o credor (que pode ser obtida com o produto da venda por alienação, a adjudicação, entre outros)".182

Em continuação, Renato Montans de Sá esclarece que se mostra imprescindível a existência de "patrimônio suficiente do executado, de modo a responder pela obrigação. E mais, que esse patrimônio seja suscetível de constrição"183. Por isso, a responsabilidade patrimonial consiste na "sujeição do patrimônio do responsável (executado ou terceiro) para com o processo (CPC/2015, art. 789; CC, art. 391), independentemente de esses bens estarem ou não em poder do devedor (CPC/2015, art. 790, III)".184

Em arremate, Renato Montans de Sá conclui que o ordenamento jurídico brasileiro "não admite exceção: o atual estágio em que se encontra o sistema processual brasileiro não autoriza, como se fazia no período romano, o esquiteamento, a morte ou escravidão do devedor".185

Nessa toada, Humberto Theodoro Júnior diz que "a responsabilidade patrimonial consiste apenas na possibilidade de algum ou de todos os bens de uma pessoa serem submetidos à expropriação executiva, pouco importando seja ela devedora, garante ou estranha ao negócio jurídico substancial".186

Entre os instrumentos para a satisfação do crédito no contexto de um processo executivo, destaca-se a penhora. Com efeito, a penhora consiste no ato executivo que define, judicialmente, o bem sobre o qual recairão os atos executivos, isto é, a penhora particulariza aquilo que, até então, era abstratamente visto como responsabilidade executiva patrimonial. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior,

182 In **ASSIS**, Araken. **BRUSCHI**, Gilberto Gomes. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença - Ed. 2022. Editor:Thomson Reuters Brasil PARTE IV - RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL 29. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO EXECUTADO E OS ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA EXECUÇÃO Página RB-29.1. Por **RENATO MONTANS DE SÁ**.
<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/263327545/v2/page/RB-29.1> Acesso em 27/03/2023

183 In **ASSIS**, Araken. **BRUSCHI**, Gilberto Gomes. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença - Ed. 2022. Editor:Thomson Reuters Brasil PARTE IV - RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL 29. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO EXECUTADO E OS ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA EXECUÇÃO Página RB-29.1. Por **RENATO MONTANS DE SÁ**.
<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/263327545/v2/page/RB-29.1> Acesso em 27/03/2023

184 Ibidem.

185 Ibidem.

186 **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. III / or. 50. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 405

A penhora, ato típico e fundamental da execução por quantia certa, tem como objetivo imediato destacar um ou alguns bens do devedor para sobre eles fazer concentrar e atuar a responsabilidade patrimonial. A partir da penhora, portanto, começa-se o procedimento expropriatório por meio do qual o órgão judicial obterá os recursos necessários ao pagamento forçado do crédito do exequente¹⁸⁷

Logo, a penhora é o ato processual por meio do qual são separados bens do devedor, que serão utilizados, se for o caso, para a satisfação do crédito executado em juízo.

Nesse cenário, a penhora possui efeitos materiais e efeitos processuais. Em relação aos materiais, têm-se (a) a transferência da posse do bem do executado para o depositário, salvo quando o próprio executado é nomeado depositário do bem; e (b) a ineficácia, perante o exequente, dos atos de alienação ou oneração do bem penhorado (fraude à execução). Por sua vez, quanto aos efeitos processuais da penhora, têm-se (a) garantia do juízo, pois viabiliza o prosseguimento da execução; (b) individualização do bem sobre o qual recairá a execução; e, por fim, a constituição de direito de preferência ao exequente em caso de pluralidade de penhoras em execuções diferentes¹⁸⁸.

Nota-se, pois, que o ordenamento jurídico tem por regra a penhora, a qual, como visto, impõe graves efeitos.

Assim sendo, a regra é que o devedor responda pela execução da obrigação com todos os seus bens, presentes e futuros, ressalvados, entretanto, aqueles que a Lei torna imunes à atividade executiva, assim denominados de bens impenhoráveis¹⁸⁹.

Segundo Alexandre Freitas Câmara, há três regimes de impenhorabilidade no direito processual civil brasileiro, quais sejam, o (a) da impenhorabilidade absoluta, o (b)

187 **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. III / or. 50. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 482

188 **CAVALCANTE**, Márcio André Lopes. Penhora vs Efeitos Materiais vs Efeitos Processuais. <https://www.buscadordizerodireito.com.br/dodpedia/detalhes/865dfbde8a344b44095495f3591f7407?palavra-chave=%28penhora%29+%28efeitos+materiais%29+%28efeitos+processuais%29> Acesso em 27/03/2023 No mesmo sentido, cf. **THEODORO JÚNIOR**, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. III / or. 50. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 562 a 565.

189 **CÂMARA**, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.p. 302

da impenhorabilidade relativa e o (c) regime especial da impenhorabilidade do imóvel residencial¹⁹⁰.

Em primeiro lugar, “bem absolutamente impenhorável àquele que não pode ser penhorado em hipótese alguma (art. 833), ressalvada apenas a execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive a contraída para sua aquisição (art. 833, § 1o)”¹⁹¹. Em segundo lugar, “bens relativamente impenhoráveis aqueles que poderão ou não ser penhorados conforme a capacidade patrimonial do executado. É que o art. 834 indica bens que só podem ser penhorados se o executado não tiver outros capazes de garantir a satisfação do crédito exequendo”¹⁹². Por fim, o “[r]egime de impenhorabilidade distinto dos dois anteriores é o estabelecido pela Lei no 8.009/1990 para o imóvel destinado a uso residencial”¹⁹³

4. Da impenhorabilidade do bem de família da Lei 8.009/1990

Inicialmente, cumpre esclarecer que não se trata aqui da denominação “bem de família” empregada para designar o instituto previsto no Código Civil (CC), arts. 1.711 a 1.722 do CC.

O objeto deste artigo reside no instituto previsto na Lei 8.009/1990.

Com efeito, diz o art. 1º da Lei 8.009/1990 que o “imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é **impenhorável** e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam.”

Observa-se, com isso, que a impenhorabilidade em tela exige que a propriedade seja do casal ou da entidade familiar, na medida em que se fala em imóvel residencial próprio. Em outras palavras, os termos da Lei poderiam levar à conclusão de que apenas os imóveis de propriedade da entidade familiar gozariam de impenhorabilidade, e não aqueles utilizados para moradia.

Em análise mais acurada sobre o tema, Rita de Cássia Corrêa Vasconcelos diz que a proteção legal tem por objetivo proteger também o imóvel utilizado para moradia, isto é, “não só a propriedade é protegida pela impenhorabilidade legal; também a posse é abrangida pelo benefício. (...) A expressão 'imóvel residencial próprio', vale dizer,

190 Op. Cit. P. 302

191 Op. Cit.p. 302

192 Op. Cit. P. 305

193 Op. Cit. P. 305.

compreende também o imóvel que está sendo adquirido, desde que incontroverso e devidamente registrado o compromisso de compra e venda”.¹⁹⁴

Alexandre Freitas Câmara, com sua perspicácia, diz que:

Não é preciso, para que o imóvel seja tido por impenhorável, que nele efetivamente resida o executado. **Basta que seja o imóvel que assegura a moradia.** Basta pensar no caso de o executado ser proprietário de um imóvel em uma cidade e o alugar para, com o valor recebido a título de aluguel, pagar ele próprio o aluguel de outro imóvel, em outra cidade, onde reside. Fica claro que o imóvel que lhe pertence – e onde não reside – é o que lhe assegura a moradia, já que com seus rendimentos é que custeia o aluguel do lugar em que mora. Neste caso, o imóvel que lhe pertence (onde não reside, mas que lhe assegura moradia) será considerado impenhorável, nos termos da Lei no 8.009/1990¹⁹⁵.

Vê-se, pois, que a melhor interpretação é aquela que dá uma interpretação mais elástica ao termo “imóvel residencial próprio”, de modo a abranger os conceitos de moradia e posse, institutos que têm relação direta com o negócio jurídico de alienação fiduciária de coisa imóvel.

Dito de outro modo, sua proteção pode ser estendida para o direito à moradia e à posse oriundos de compromisso de compra e venda ou de financiamento de imóvel para fins de moradia, porquanto a impenhorabilidade deve ser funcionalmente interpretada, de modo a proteger o patrimônio mínimo da pessoa humana.

5. Da constrição dos direitos aquisitivos e sua interpretação conforme à Constituição Federal (CPC, art. 835, XII)

A controvérsia consiste em definir se os direitos aquisitivos do devedor fiduciante sobre imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia estão albergados pela impenhorabilidade da Lei 8.009/1990.

Sem dúvida, o CPC/2015, art. 835, XII, possibilita a constrição de direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em

¹⁹⁴ **VASCONCELOS**, Rita de Cássia Corrêa. A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 48

¹⁹⁵ **CÂMARA**, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.p. 305

garantia. Trata-se de inovação empreendida pelo legislador de 2015, visto que o CPC/1973, em seu art. 655 do CPC/1973, não fazia expressa referência aos direitos aquisitivos em tela.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou sua jurisprudência no sentido de que se afigura impossível a penhora do bem alienado fiduciariamente em execução promovida por terceiros contra o devedor fiduciante, haja vista que o patrimônio pertence ao credor fiduciário. Entretanto, permitia a constrição dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária.

A propósito do tema, “[o] STJ firmou o entendimento de que o bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constrictos” (STJ, REsp 1.646.249/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/4/2018, DJe 24/5/2018).

Todavia, a situação ganha contornos diferentes quando há a possibilidade concreta de se violar a proteção ao bem de família legal, especificamente quando o bem imóvel, objeto de alienação fiduciária em garantia, é o único imóvel da entidade familiar.

Com efeito, se o imóvel alienado fiduciariamente é o único bem do devedor, destinado à sua residência, a proteção da impenhorabilidade deve incidir, pois a CF, ao erigir o direito à moradia à categoria de direito fundamental, objetivou tutelar a garantia do patrimônio mínimo necessário à subsistência da família (CF, arts. 1º, III, e 3º, I e III).

Em suma, à vista da CF, assegurar o patrimônio mínimo da parte devedora implica sua proteção como ser humano, ultrapassando as fronteiras dos direitos de personalidade para buscar, nos direitos patrimoniais, a proteção funcionalizada da pessoa humana.

A interpretação proposta, então, consiste em outorgar a proteção do bem de família quando a *res immobiles* se destina à moradia da entidade familiar, razão pela qual a exegese do CPC, art. 835, XII, torna possível a penhora dos direitos aquisitivos de imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia, desde que não seja bem de família. Em arremate, a hipótese em foco não se encontra entre as exceções previstas nos incisos do art. 3º da Lei 8.009/1990, as quais devem ser interpretadas restritivamente.

No mesmo sentido é o entendimento recente do STJ sobre a questão, segundo o qual “[o]s direitos que o devedor fiduciante possui sobre o contrato de alienação fiduciária de imóvel em garantia estão afetados à aquisição da propriedade plena do bem. E, **se este bem for o único imóvel utilizado pelo devedor fiduciante ou por sua família, para moradia permanente, tais direitos estarão igualmente afetados à aquisição de bem de família**, razão pela qual, enquanto vigente essa condição, sobre eles deve incidir

a garantia da impenhorabilidade à que alude o art. 1º da Lei 8.009/90, ressalvada a hipótese do inciso II do art. 3º da mesma lei".(STJ, REsp 1629861/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 08/08/2019 – destacou-se).

Em resumo, o imóvel alienado fiduciariamente à instituição financeira, embora não faça parte do patrimônio do devedor, gozará da proteção dada ao bem de família pelo art. 1º da Lei 8.009/1990, que se refere ao "imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar". Isso porque a interpretação finalística do instituto abrange igualmente imóvel em aquisição. Em outras palavras, apesar de o imóvel ainda não estar quitado, por ser objeto de alienação fiduciária, ele está tutelado pelo instituto do bem de família (impenhorabilidade), quando preenchidos os pressupostos da Lei 8.009/1990.

6. Conclusões

Viu-se que a dignidade da pessoa humana é princípio estruturante da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), informando a interpretação de todo o ordenamento jurídico, de modo que os institutos devem ser analisados funcionalmente.

Nessa linha de raciocínio, abordou-se a teoria do patrimônio mínimo e o paradigma da essencialidade dos bens jurídicos, todos direcionados para a promoção do ser humano em sua dimensão existencial.

Com isso, buscou-se uma interpretação finalística da impenhorabilidade do bem de família, a qual objetiva a proteção do lar da entidade familiar, em franca ligação com o direito fundamental à moradia e ao princípio estruturante da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, caracteriza-se o bem de família aquele que serve, efetivamente, à morada familiar.

Em síntese, cuidando-se do único imóvel utilizado pelo devedor fiduciante e por sua família, para moradia permanente, os direitos aquisitivos estarão protegidos, por consectário, com a impenhorabilidade da Lei 8.009/1990, quando no contexto de processo executivo movido por terceiro. Vale dizer: a alienação fiduciária não infirma a garantia se for o único imóvel do devedor, utilizado para sua moradia e/ou de sua família, aplicando-se a impenhorabilidade sobre os direitos aquisitivos.

7 Referências

ASSIS, Araken. **BRUSCHI**, Gilberto Gomes. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença - Ed. 2022. Editor: Thomson Reuters Brasil PARTE IV - RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL 29. **A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO EXECUTADO E OS ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA EXECUÇÃO** Página RB-29.1. Por **RENATO MONTANS**

DE

SÁ.

<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/263327545/v2/pag e/RB-29.1>> Acesso em 27/03/2023

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), REsp 1629861/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2019.

_____, STJ, REsp 1.646.249/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/4/2018, DJe 24/5/2018

_____, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República Direito à moradia adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.p. 13

_____, Constituição Federal de 1988.

_____, Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

_____, Lei 9.514/1997, de 20 de novembro de 1997

_____, Código Civil (LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

_____, Código de Processo Civil (LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015)

_____, Código de Processo Civil de 1973 (LEI N o 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Penhora vs Efeitos Materiais vs Efeitos Processuais. <https://www.buscadordizerodireito.com.br/dodpedia/detalhes/865dfbde8a344b44095495f3591f7407?palavra-chave=%28penhora%29+%28efeitos+materiais%29+%28efeitos+processuais%29+&criterio-pesquisa=e> Acesso em 27/03/2023

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MEDINA, José Miguel. Constituição Federal Comentada - Ed. 2022 Editor: Revista dos Tribunais Constituição Federal comentada. Título II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo II. Dos Direitos Sociais. Art. 6º. Página RL-1.4. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/93667770/v7/page/RL-1.4> Acesso em 27/03/2023

NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. Teoria dos contratos: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

NERY JUNIOR, Nelson. **ABBOUD**, Georges. Direito Constitucional Brasileiro - Ed. 2017. Editor: Revista dos Tribunais. CAPÍTULO 1. O CONSTITUCIONALISMO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v1/document/123497448/anchor/a-123497448>> . Acesso em 27/03/2023

SARMENTO, Daniel; **SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte : Fórum, 2ª edição, 3ª reimpressão, 2017.

TAVARES, André Ramos Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. III / or. 50. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANÁLISE DA VINCULAÇÃO DA LEI 12.317/10 (REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA) AOS ASSISTENTES SOCIAIS OCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS

PEDRO CESAR VIEIRA CAMILLO:

Procurador Legislativo Municipal. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Ananaguera. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

RESUMO: A finalidade do presente trabalho é avaliar, na esfera pública, eventual vinculação da Lei 12.317/10 aos ocupantes de cargo público, referida norma prevê que a duração da carga horária de trabalho dos assistentes sociais seria de 30 (trinta) horas semanais, ao passo que grande parcela dos municípios adota carga horária de 40 (quarenta) horas ao funcionalismo público como um todo. Atualmente, o Conselho de Assistência Social do Paraná emprega campanha de persuasão aos Municípios, de modo que perpassam notícia de que a não adequação normativa consistiria em conduta ilegal. Desse modo, ponderar-se-á se a campanha suasória é dotada de credibilidade jurídica.

Palavras-chave: redução carga horária – assistente social – Lei 12.317/10 – vinculação aos servidores públicos.

ABSTRACT: The purpose of this work is to evaluate, in the public sphere, possible binding of Law 12.317/10 to public office holders, said norm provides that the duration of the workload of social workers would be 30 (thirty) hours per week, while a large portion of the municipalities adopts a workload of 40 (forty) hours for the civil service as a whole. Currently, the Social Assistance Council of Paraná employs a persuasion campaign to the Municipalities, so that the news permeates that the normative non-compliance would consist of illegal conduct. In this way, it will be considered whether the sweaty campaign is endowed with legal credibility.

Keywords: workload reduction – social worker – Law 12.317/10 – link to public servants.

1. INTRODUÇÃO

Os Conselhos Regionais¹⁹⁶ e Nacional¹⁹⁷ de Assistência Social têm defendido, sem redução remuneratória, a implementação da carga horária de trinta horas os

¹⁹⁶ <https://cresspr.org.br/2023/03/08/cress-pr-e-a-implementacao-da-carga-horaria-de-30-horas-semanais-para-todas-os-assistentes-sociais-uma-luta-permanente/#:~:text=Para%20mudar%20esta%20realidade%20e,o%20direito%20%C3%A0s%2030%20horas>

¹⁹⁷ <http://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cod/1747>.

assistentes sociais em todo o país, especialmente quanto aos ocupantes de cargo público com vínculo estatutário, argumentam que a previsão normativa da Lei 12.317/10 seria obrigatória para quaisquer entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Para que se tenha compreensão da campanha empreendida pelo Conselho Regional de Assistência Social do Paraná:

Desde 2010, com a promulgação da Lei 12317/10 que altera a Lei de Regulamentação Profissional dos Assistentes Sociais (Lei 8.662/1993), a carga horária de trabalho da (do) Assistente Social no Brasil é de 30 horas semanais. Mesmo assim, **alguns municípios brasileiros e paranaenses ainda não asseguram a implementação da carga horária para a/o assistente social.** Ou seja: algumas e alguns profissionais ainda trabalham **acima do que é estabelecido por Lei**. Para mudar esta realidade e melhorar a vida das (dos) Assistentes Sociais, o CRESS-PR (Conselho Regional de Serviço Social do Paraná) trabalha permanentemente para garantir o direito às 30 horas.

Na luta pelas 30 horas semanais, que são direito das (dos) Assistentes Sociais, o CRESS-PR realizou **tanto ações administrativas quanto ações políticas ao longo dos anos, como, por exemplo, reuniões com gestores municipais e com secretários de Estado** para a implementação da Lei, articulação com o Sindicato das (dos) Assistentes Sociais (SINDASP) e **Sindicatos por ramo de atuação, monitoramento de editais irregulares, notificação por ofício aos gestores municipais e principais empregadores de Assistente sociais para a imediata implementação da lei e estudos** (técnicos e jurídicos) sobre o quê, de fato, dificulta a efetiva implementação das 30 horas.

De acordo com registros do CRESS-PR, ao longo dos 13 anos de regulamentação da norma, o Conselho Regional de Serviço Social do Paraná conseguiu a implementação da Lei em vários municípios do Paraná.

“Cada ação contou com a expressiva participação das/os assistentes sociais. Sabemos dos desafios e continuamos atuando no sentido de assegurar esse direito a cada assistente social do Estado”, ponderou Vanessa Rocha coordenadora técnica com CRESS PR.

Nessa linha, ao enredo de norma cogente, empregam “constrangimento” aos Poderes Legislativo e Executivo para que se alinhem à respectiva Lei. Desse modo, buscar-se verificar se há mesmo imposição de adoção da carga horária de trinta horas aos Assistentes Sociais ou se, na realidade, angariam nítido privilégio em relação aos demais servidores públicos. Se não for o caso de adoção obrigatória, o mesmo direito que pleiteiam deveria ser concedido a qualquer servidor público (motorista, auxiliar de serviços gerais, gari, faxineiro, *et cetera*).

2. COMPREENSÃO DE AGENTES PÚBLICOS E DELIMITAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS

A nomenclatura agentes públicos (gênero) comporta diversas espécies, de maneira que a expressão tem sentido amplo e expressa aqueles que exercem função pública como representantes do Estado a qualquer título, de forma remunerada ou não, transitória ou permanente, política ou jurídica. Ainda, são imprescindíveis do ponto de vista de que o Estado se manifesta por meio de pessoas físicas em seu nome (CARVALHO FILHO, 2019, p. 861)198.

É possível afirmar que os agentes públicos se classificam em agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público (DI PIETRO, 2020, p. 1.234)199.

Dentre os servidores públicos, com base na função exercida, podem ser civis, militares, estatutários, trabalhistas e temporários.

Os servidores ocupantes de cargos públicos são aqueles regidos por vínculo estatutário, cuida-se de regime próprio das pessoas de direito público (Administração Pública Direta) e respectivos órgãos públicos (OLIVEIRA, 2021, p. 1.251)200.

Destarte, o regime jurídico atinente aos servidores públicos assistentes sociais (estatutários) será sopesado frente à previsão normativa da Lei 12.317/10.

3. ANÁLISE ORIGEM LEI 12.317/10 QUE PROMOVEU REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA

198 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

199 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanelaa. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

200 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

Considerada norma de conteúdo reduzido (não extensa), assim dispõe²⁰¹:

Art. 1º A Lei no 8.662, de 7 de junho de 1993, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 5º-A:

“Art. 5º-A. A duração do trabalho do Assistente Social é de 30 (trinta) horas semanais.”

Art. 2º. Aos profissionais com **contrato de trabalho** em vigor na data de publicação desta Lei é garantida a adequação da jornada de trabalho, vedada a redução do salário.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Uma das primeiras constatações diz respeito à menção expressa no §2º do termo “contrato de trabalho”, que remete à noção de regime privado regido pelas Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda, interessante notar que a Lei 12.317/10 não se origina (iniciativa legislativa) do Presidente da República, mas do próprio legislativo, o Projeto de Lei n. 1.890/2007²⁰² é de autoria do Deputado Federal Mauro Nazif, ou seja, iniciou-se na Câmara dos Deputados.

Ademais, a Lei 12.317/10 alterou a Lei 8.662/93, esta dispõe sobre a profissão de assistente social e dá outras providências, logo, cuida-se de conteúdo atinente ao exercício de profissão.

A competência para dispor a respeito de “organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões” é privativa da União, conforme previsto no art. 22, inciso XVI, da Constituição da República²⁰³.

201 BRASIL. **LEI 12.317, DE 26 DE AGOSTO DE 2010.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12317.htm>. Acesso em 27 de março de 2023.

202 BRASIL. PROJETO DE LEI N. 1890/07. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=364809>>. Acesso em 27 de março de 2023.

203 BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

A princípio, há compatibilidade das normas com a competência legislativa da União para legislar no assunto, ocorre que falta aprofundar quanto à potencial vinculação em relação ao funcionalismo público.

4. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO E LEI 12.317/10

A Constituição da República Federativa do Brasil, no que tange à iniciativa legislativa, elenca no art. 61:

§ 1º São de iniciativa privativa do **Presidente da República** as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração **direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;**

[...]

c) **servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico,** provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

Com base no modelo de repartição de competências, o chefe do poder executivo possui competência para dispor do **regime jurídico dos servidores públicos**, igualmente em relação ao aumento da sua remuneração.

Cabe lembrar que a Constituição da República disciplina que os subsídios e vencimentos dos ocupantes de cargo público são, como regra, **irredutíveis** (Princípio da Irredutibilidade de Vencimentos), conforme art. 37, inciso XV.

Logo, se a redução da carga horária do servidor público deve ocorrer sem a redução de vencimentos, inevitavelmente, ocorre aumento de remuneração, tendo em vista que o servidor público receberá o mesmo valor por uma carga horária semanal de trabalho menor.

Amparado no Princípio da Simetria, convém também destacar que a organização da iniciativa legislativa tratada (aumento da remuneração e regime jurídico dos servidores) representa modelo de reprodução obrigatório pelo Estados, Distrito Federal e Municípios,

o qual não pode até mesmo sem burlado por emenda à Constituição **Estadual** (CAVALCANTE)²⁰⁴:

O STF entende que, se houver uma emenda constitucional tratando sobre algum dos assuntos listados no art. 61, § 1º da CF/88, essa emenda deverá ter sido proposta pelo chefe do Poder Executivo (no caso, o Governador do Estado). Assim, é incabível que os parlamentares proponham uma emenda constitucional dispendo sobre o regime jurídico dos servidores públicos, por exemplo (art. 61, § 1º, II, "c"). Se isso fosse permitido, seria uma forma de burlar a regra do art. 61, § 1º da CF/88.

Em suma, "matéria restrita à iniciativa do Poder Executivo não pode ser regulada por emenda constitucional de origem parlamentar".

STF. Plenário. ADI 2.966, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 06/04/2005.

Obs.: isso também vale para as matérias que sejam de iniciativa do Poder Judiciário.

[...]

O poder constituinte estadual não é originário. É poder constituído, cercado por limites mais rígidos do que o poder constituinte federal. A regra da simetria é um exemplo dessa limitação. Por essa razão, as Assembleias Legislativas se submetem a limites mais rigorosos quando pretendem emendar as Constituições Estaduais.

Assim, se os Deputados Estaduais apresentam emenda à Constituição Estadual tratando sobre os assuntos do art. 61, § 1º, da CF/88 eles estão, em última análise, violando a própria regra da Constituição Federal.

204 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Os Deputados Estaduais poderão apresentar uma proposta de emenda constitucional tratando sobre algum dos assuntos mencionados no art. 61, § 1º da CF/88 (aplicáveis por simetria para a Constituição Estadual)?**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://buscador dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/43b9787b8a0cd00a8115c14b2b7c3a27>>. Acesso em: 29/03/2023

Em tese, apenas emenda à Constituição da República teria potencial de excepcionar a regra traçada, a exemplo do visado pela Emenda Constitucional n. 124/22205, mas que não abrange os Assistentes Sociais.

No que tange à jurisprudência, de maneira acertada, o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. ASSISTENTE SOCIAL. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO. LEI 12.317/2010. INAPLICABILIDADE. REGRAS APLICADAS EXCLUSIVAMENTE AOS EMPREGADOS REGIDOS PELA CLT. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE MATO GROSSO PROVIDO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno interposto contra decisão monocrática publicada em 15/09/2016, que, por sua vez, dera provimento ao Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do novo CPC. II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato omissivo do Secretário de Saúde do Estado de Mato Grosso, que deixou de reduzir a jornada de trabalho da impetrante a 30 (trinta) horas semanais, sem a redução de seus vencimentos, conforme determina a Lei 12.317/2010. III. Consoante pacífica jurisprudência desta Corte, a norma inserta no art. 5º-A da Lei 8.662/93, incluído pela Lei 12.317/2010, que versa sobre a redução da jornada de trabalho de 40 (quarenta) para 30 (trinta) horas semanais, aplicada à carreira de Assistente Social, vincula apenas os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, e não pelos demais regimes jurídicos estatutários. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.571.655/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/09/2016; AgInt nos EDcl no REsp 1.466.316/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/09/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 637.721/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/11/2015; AgRg no REsp 1.480.208/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/11/2015; RMS 35.196/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2011. IV. Agravo interno improvido. (STJ - AgInt no REsp: 1620796 MT 2016/0216726-8, Relator: Ministra

205BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 124, DE 14 DE JULHO DE 2022. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc124.htm#art1. Acesso em 29 de março de 2023.

ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 07/02/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2017)

De idêntica maneira, o Supremo Tribunal Federal:

2. De outro lado, consigno que este Supremo Tribunal, forte na natureza infraconstitucional da matéria, tem reiteradamente negado provimento a apelos extremos nos quais também se discutia, à semelhança do caso em apreço, a redução da jornada de trabalho semanal, forte na circunstância de que os Estados, para além de serem dotados de autonomia administrativa, possuem competência legislativa para legislar sobre o regime jurídico dos servidores públicos, daí não havendo se caracterizado a apontada violação do inciso XVI do art. 22 /CF.

Nesse sentido, diversos precedentes (ARE 1.029.158 AgR, ministro Edson Fachin; ARE 1.115.986, ministro Ricardo Lewandowski; ARE 1.159.141, ministra Rosa Weber; ARE 1.199.023 AgR segundo, ministro Alexandre de Moraes; RE 1.200.497, ministro Ricardo Lewandowski; ARE 1.203.720, ministro Alexandre de Moraes; ARE 1.412.876, ministra Rosa Weber; entre outros):

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo.

2. Direito Administrativo. 3. Duração semanal do trabalho de assistente social. Lei 12.317/2010. Aplicabilidade a servidor público. 4. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 1.034.734 AgR, ministro Gilmar Mendes; Segunda Turma)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 11.04.2018. ADMINISTRATIVO. ASSISTENTE SOCIAL. REDUÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO. PRETENDIDA APLICAÇÃO À SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO ART. 22, XVI, DA CF. LEIS 12.317/2010 E 8.662/93. MATÉRIA CONSTITUCIONAL NÃO APRECIADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DISCUSSÃO INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

[...]

Vê-se, portanto, que os entes federados possuem autonomia política e administrativa para instituir o regime jurídico para os seus servidores, inclusive no que se refere à jornada de trabalho.

[...]

Todavia, a mencionada legislação aplica-se apenas aos profissionais cujo vínculo laboral é formado através de contrato de trabalho, submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, conforme já se manifestou o c. STJ [...]

In casu, depreende-se dos autos que a autora é servidora pública municipal, ocupante do cargo de assistente social no Município de Três Pontas/MG, com jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais, cujo vínculo entre a servidora e a Administração Pública é de natureza estatutária (ordens 10 e 16/21), regido, portanto, pelo Estatuto do Servidor Público do Município de Três Pontas - Lei Municipal nº 1.635/1994.

Nesse diapasão, considerando que a jornada de trabalho de 30 (trinta) horas semanais para a carreira de assistente social, prevista no art. 5º-A da Lei n. 8.662/93, incluído na Lei n. 12.317/10, se aplica, exclusivamente, aos profissionais submetidos ao regime da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), o que não é o caso da autora, cujo regime jurídico é o estatutário, com previsão no Estatuto do Servidor Público do

Município de Três Pontas- Lei Municipal nº 1.635/1994 -, da jornada de 40 (quarenta) horas semanais, afigura-se inviável a redução da carga horária e, por conseguinte, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido.

(STF - RE: 1409319 MG, Relator: NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 01/02/2023, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 15/02/2023 PUBLIC 16/02/2023)

Outrossim, pertinente mencionar o Princípio da Isonomia ao caso, não se vislumbra mínimo suporte a ensejar o beneplácito (redução da carga horária) apenas aos Assistentes Sociais e não abranger outras categorias de servidores públicos. Mais ainda, potencialmente implica violação à proibição de distinção entre profissões (art. 7º, inciso XXXII, Constituição da República).

4. CONCLUSÃO

Assim sendo, a Lei 12.317/10 é fruto de iniciativa parlamentar no Congresso Nacional, de modo que não atende à iniciativa legislativa adequada para fins de vinculação aos servidores estatutários federais, isto é, não vincula nem mesmo os servidores públicos federais no cargo de Assistente Social.

Muito menos tem potencial de reger os servidores públicos municipais e estaduais, considerado que a Lei Federal decorreu de competência privativa da União para dispor a respeito do exercício das profissões (art. 22, XVI, Constituição da República), por mais um motivo volta-se exclusivamente ao regime privado.

Para fins de possibilitar referido pleito, necessitaria que o chefe de poder de cada ente federativo iniciasse a tramitação legislativa e houvesse aprovação do poder legislativo respectivo, dada a alteração de regime jurídico e aumento de remuneração em função da redução da carga horária sem diminuição remuneratória (art. 61, §1º, Constituição da República).

Assim sendo, o privilégio específico direcionado a categoria determinada sem que haja suporte justificante, resulta em nítida violação ao princípio da isonomia, igual fundamento assistiria a qualquer categoria de servidor.

Por fim, a campanha empregada pelos Conselhos Profissionais representa verdadeira “trucada” jurídica (no sentido de bradar algo que não possui) ao afirmar direito garantido inexistente.