



**Editora
Uniesp**



DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO EM PAUTA

SUSANA VIEIRA DE ARAÚJO MARINHO
TULIO AUGUSTO ANDRADE OLIVEIRA
(ORGANIZADORES)

ISBN: 978-65-5825-164-4

DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO EM PAUTA

**Susana Vieira de Araújo Marinho
Tulio Augusto Andrade Oliveira
(Organizadores)**

Centro Universitário - UNIESP

Cabedelo - PB
2023



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIESP

Reitora

Érika Marques de Almeida Lima

Pró-Reitora Acadêmica

Iany Cavalcanti da Silva Barros

Editor-chefe

Cícero de Sousa Lacerda

Editores assistentes

Ana Kalline Soares Castor
Josemary Marcionila F. R. de C. Rocha

Editora-técnica

Elaine Cristina de Brito Moreira

Corpo Editorial

Ana Margareth Sarmiento - Estética
Anneliese Heyden Cabral de Lira - Arquitetura
Arlindo Monteiro de Carvalho Júnior - Medicina
Aristides Medeiros Leite - Medicina
Carlos Fernando de Mello Júnior - Medicina
Daniel Vitor da Silveira da Costa - Publicidade e Propaganda
Érika Lira de Oliveira - Odontologia
Ivanildo Félix da Silva Júnior - Pedagogia
Patrícia Tavares de Lima - Enfermagem
Marcel Silva Luz - Direito
Juliana da Nóbrega Carreiro - Farmácia
Larissa Nascimento dos Santos - Design de Interiores
Luciano de Santana Medeiros - Administração
Marcelo Fernandes de Sousa - Computação
Thyago Henriques de Oliveira Madruga Freire - Ciências Contábeis
Márcio de Lima Coutinho - Psicologia
Paula Fernanda Barbosa de Araújo - Medicina Veterinária
Giuseppe Cavalcanti de Vasconcelos - Engenharia
Rodrigo Wanderley de Sousa Cruz - Educação Física
Sandra Suely de Lima Costa Martins - Fisioterapia
Zianne Farias Barros Barbosa - Nutrição

Copyright©2023 - Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

Diagramação e Capa:
Tulio Augusto Andrade Oliveira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado

M337d **Direito penal contemporâneo em pauta [recurso eletrônico] / Organizado por, Susana Vieira de Araújo Marinho, Tulio Augusto Andrade Oliveira. – Cabedelo, PB: Editora UNIESP, 2023.**

130 p.; il. : color.

Tipo de Suporte: E-book

ISBN: 978-65-5825-164-4

1. Direito Penal - Brasil. 2. Violência - Mulher. 3. Mulher - Violência - Covid-19. 4. Pornografia - Vingança, Legislação. I. Título. II. Marinho, Susana Vieira de Araújo. III. Oliveira, Tulio Augusto Andrade.

Editora UNIESP

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,
Bloco Central - 2 andar - COOPERE
Morada Nova - Cabedelo - Paraíba
CEP: 58109-303

SUMÁRIO

O CRESCIMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL PÓS PANDEMIA COVID-19.....	5
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EMOCIONALMENTE FERIDA.....	16
PORNOGRAFIA DE VINGANÇA (<i>REVENGE PORN</i>): QUAIS AVANÇOS NA LEGISLAÇÃO PENAL PARA ENFRENTAMENTO DESTE CRIME NO BRASIL.....	29
LEI 13.104/15 E A PROTEÇÃO DAS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA.....	45
APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA (<i>PLEA BARGAINING</i>) NO BRASIL.....	68
AS CONTRADIÇÕES DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	78
SAÍDA TEMPORÁRIA E HEDIONDEZ: CONTRAESTÍMULO OU INCENTIVO À CRIMINALIDADE?.....	93
DESVIRTUAMENTO DA LEI PENAL NOS CASOS DE PRISÃO PREVENTIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	113

O CRESCIMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL PÓS PANDEMIA COVID-19

Ana Karolina Albino Felipe¹
Daniella de Gois Alves²
Susana Vieira de Araújo Marinho³
Tulio Augusto Andrade Oliveira⁴

RESUMO

O presente capítulo tem como objetivo analisar o aumento da violência contra as mulheres no cenário do Brasil pós pandemia de Covid-19. A busca de dados se deu no Anuário Brasileiro de Segurança Pública e no Atlas da violência, produzido pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), nos anos de 2020 e 2021. Verifica-se que durante a pandemia os casos de feminicídio tiveram aumento significativo, impulsionados pelo isolamento social, a intensa coabitação das mulheres com seus agressores e todas as restrições impostas pelo momento pandêmico. Entretanto, com o retorno das atividades presenciais e do convívio social, no ano de 2021, percebe-se a queda de crimes letais contra a mulher, mas não da diminuição da violência, que ganhou novas tipificações, novas penas e crescimento dos dados relacionados aos índices pré-pandemia. A pesquisa científica realizada neste trabalho foi do tipo qualitativa dedutiva utilizando como método a pesquisa bibliográfica exploratória. Por meio deste, chegou-se à conclusão de que há muito por evoluir em termos de políticas integradas que transformem uma cultura de violência instaurada contra as mulheres dentro da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Violência doméstica. Violência Feminina. feminicídio. Pandemia. COVID-19.

ABSTRACT

This chapter aims to analyze the increase in violence against women in the scenario of Brazil after the Covid-19 pandemic. The search for data took place in the Brazilian Yearbook of Public Security and in the Atlas of violence, produced by the IPEA (Institute of Applied Economic Research), in the years 2020 and 2021. During the pandemic, femicide cases increased significantly, driven by social isolation, the intense cohabitation of women with their aggressors and all restrictions imposed by the pandemic moment. However, with the return of face-to-face activities and social interaction, in 2021, we notice the fall in lethal crimes against women, but not the decrease in violence, which gained new typifications, new penalties and growth of data related to pre-pandemic indices. The scientific research carried out in this study was qualitative deductive using exploratory bibliographic research as a method. Through this, it was concluded that there is much to evolve in terms of integrated policies that transform a culture of violence instituted against women within Brazilian society.

¹ Uniesp. E-mail: karolinafelipeadv@gmail.com

² Uniesp. E-mail: daniella_goes@hotmail.com

³ Uniesp. E-mail: susanavda@gmail.com

⁴ Uniesp. E-mail: tulioaugusto@hotmail.com

Keywords: Domestic violence. Female violence. feminicide. Pandemic. COVID-19.

1. INTRODUÇÃO

A despeito da diminuição dos casos de Covid -19 e o consequente relaxamento do isolamento social provocado por ele, um novo cenário desenhou-se nos dados da violência contra a mulher, verifica-se que: em que pese o crime de feminicídio ter diminuído, outros crimes contra as mulheres, aumentaram, no período pós – confinamento (2021). O Brasil ainda se apresenta como um dos países mais contaminados e atingidos pela COVID-19 (MONTEIRO; YOSHIMOTO; RIBEIRO, 2020), o que tem influenciado diretamente na dinâmica social e na conjectura da violência no país.

O fim do isolamento social ocasionou o traçado de discreto decréscimo no número de mulheres vitimizadas em relação ao início da Pandemia da Covid – 19. Essa diminuição se confirmou através de pesquisa realizada pelo Observatório da Mulher contra a Violência (OMV), que afirmou que o isolamento social trouxe à tona, de forma potencializada, o agravamento de muitos indicadores relacionados com a violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2020), sendo uma verdadeira “pandemia dentro da pandemia, mas que ao seu término, revelou um novo traçado para estes cálculos, ainda que de maneira discreta.” (OLIVIERI, 2021)

Nesse sentido, muito se discutiu e culpabilizou-se o aumento do tempo em companhia dos agressores como o motivo pelo qual o crime de feminicídio tinha se elevado, afinal, a vítima era compelida a permanecer na companhia do agressor 24 horas por dia, durante toda a semana, principalmente se estivessem em momento de *lockdown*. Além do fato das mulheres terem sido muito mais atingidas financeiramente durante a pandemia, o número de mulheres que ficaram desempregadas é consideravelmente maior do que o de homens, e sabemos que esse é um dos fatores que pesam na decisão das mulheres de permanecer no lar com um agressor, além do mais, ainda podemos citar a dificuldade em fazer denúncias no início das agressões que cominam em assassinato.

Vivenciamos um período eleitoral no país do carnaval, e o atual Governo berra aos quatro ventos sobre a diminuição na taxa de feminicídio no Brasil, como se tivesse se dado por uma política de combate à violência contra a mulher, mas será que podemos afirmar positivamente que esse dado é uma vitória? Aplaudir e comemorar?

Diante do exposto, o presente estudo visa realizar uma análise acerca das mudanças ocorridas na violência contra a mulher na pós – pandemia da Covid -19, buscando, de forma crítica ligar os impactos da Covid- 19 à conjuntura dos crimes contra

a mulher, e, ao final, apresentar soluções para esta problemática.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

De acordo com os dados coletados para o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022 relativos à violência letal e sexual de meninas e mulheres no Brasil, que têm como fonte os boletins de ocorrência das Polícias Civis das 27 Unidades da Federação, estes indicam um leve recuo nos registros de feminicídio no ano de 2021, ao mesmo tempo que apontam que praticamente todos os indicadores relativos à violência contra mulheres apresentaram crescimento no último ano: houve um aumento de 3,3% na taxa de registros de ameaça, e crescimento 0,6% na taxa de lesões corporais dolosas em contexto de violência doméstica entre 2020 e 2021. Os registros de crimes de assédio sexual e importunação sexual cresceram 6,6% e 17,8%, respectivamente.

Os números de registros de crimes contra meninas e mulheres aqui apresentados visibilizam o quadro de violência vivenciado por elas durante a pandemia. Apenas entre março de 2020, mês que marca o início da pandemia de covid-19 no país, e dezembro de 2021, último mês com dados disponíveis, foram 2.451 feminicídios e 100.398 casos de estupro e estupro de vulnerável de vítimas do gênero feminino. Em suma, os dados indicam que uma mulher é vítima de feminicídio a cada 7 horas, o que significa dizer que, ao menos 3 mulheres morrem por dia no Brasil por serem mulheres. Portanto, o quadro aqui exposto serve de alerta à sociedade brasileira de que a violência, em suas diferentes formas, segue como um dos principais obstáculos ao empoderamento feminino e a igualdade de gênero tão importante na evolução de uma sociedade mais justa, fraterna e digna.

2.1 A VIOLÊNCIA NO PERÍODO PANDÊMICO

A violência contra a mulher não é algo recente que surgiu durante a pandemia. Na verdade, trata-se de problema muito antigo, não só no Brasil, mas no mundo inteiro. Segundo dados divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2019, quase 20% das mulheres sofreram algum tipo de violência por alguém que participava do seu vínculo afetivo (MOTOSINHOS; ARAÚJO, 2020).

Somado a isso, no Brasil, em 2018, verificou-se que mais de quinhentas mulheres foram violentadas por hora, sendo em 76% dos casos agredidas por alguma pessoa conhecida, dentre as quais citamos o companheiro, ex-companheiro ou vizinho (MOTOSINHOS; ARAÚJO, 2020).

A violência doméstica consiste em qualquer tipo de agressão física, abuso

psicológico, patrimonial e/ou emocional que algum membro da família sofre dentro do ambiente familiar, cujo objetivo do agressor é manter o controle sobre o membro (PREFEITURA MUNICIPAL DE PASSO FUNDO).

Diante do exposto, a definição é ampla, não se limitando às mulheres, no entanto, elas são as mais predispostas a sofrer este tipo de violência. Isto ocorre porque os homens possuem mais probabilidade de serem vítimas de pessoas estranhas, enquanto as mulheres costumam ser vítimas de membros pertencentes ao seu lar, como é o caso dos companheiros (DAY ET AL, 2003).

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apresentou dados do ano de 2017 em que foram registrados quase duzentos mil casos de violência doméstica contra a mulher envolvendo lesão corporal, o que perfaz uma denúncia a cada três minutos (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020). A maioria dos casos de violência doméstica são praticados pelos parceiros íntimos das mulheres, havendo um padrão repetitivo de companheiros que visam obter ou manter a dominação sobre sua parceira, culminando em um ato de violência que, em sua maioria, é a agressão física. Não se pode olvidar que em sua forma mais grave, este tipo de violência pode causar a morte (DAY ET AL, 2003).

A violência doméstica pode ocorrer das mais diversas formas, tais como: (i) agressões físicas (tapas, chutes, estrangulamento, queimaduras etc.); (ii) abuso psicológico (menosprezo, intimidações e humilhação); (iii) coerção sexual (obrigar a vítima a ter relações sexuais); (iv) isolamento forçado da mulher etc. (DAY ET AL, 2003).

Acredita-se que os sujeitos que praticam este tipo de violência possuem fatores pessoais característicos, dentre os quais são citados como principais: (i) o simples fato de ser homem, (ii) ter presenciado este tipo de violência quando criança; (iii) ter sofrido abuso infantil; (iv) pai ausente na infância; e (v) uso de bebidas alcoólicas ou drogas (DAY ET AL, 2003).

Dentre os fatores apresentados como mais propícios de desencadear este tipo de violência estão (i) os riscos proveniente da relação, como conflito conjugal e necessidade de controle do homem da riqueza ou tomada de decisões; (ii) fatores relacionados à comunidade, dentro os quais estão a pobreza, desemprego, ter proximidade com delinquentes; e, por fim, (iii) fatores sociais, tais como a sociedade ainda carregar as marcas do patriarcado e dominação do homem sobre a mulher, o conceito de masculinidade que constantemente vem relacionado a temperamento de dominação e agressividade (DAY ET AL, 2003).

Sendo assim, é incontroverso que a violência contra as mulheres é, sobretudo, uma consequência do passado histórico, de uma cultura que era essencialmente

patriarcal. Neste contexto, a mulher continua sendo colocada em condição de submissão e subjugação ao homem, de modo que muitos atos de violência contra a mulher decorrem da incompreensão da atual posição feminina na sociedade, de cidadã portadora dos mesmos direitos que os homens.

Infelizmente, é uma realidade que apenas será modificada a longo prazo, com muito esforço, dedicação e luta das mulheres, e, principalmente, com o apoio do governo com políticas públicas educativas, bem como edição e prática de medidas de proteção das vítimas e de efetiva punição dos agressores.

2.1.1 O agravamento na violência contra as mulheres no período pandêmico

Segundo os estudiosos na temática, o confinamento domiciliar tem ensejado a multiplicação dos casos de violência doméstica contra a mulher. Com isso, diariamente, mulheres das mais diversas raças, culturas e classes socioeconômicas têm sido vítimas deste tipo de violência (OLIVIERI, 2021).

Estudos revelam que pessoas pertencentes às comunidades negras e grupos marginalizados são mais suscetíveis a sofrer este tipo de crime, uma vez que a instabilidade econômica, insegurança, e a falta de apoio social aumentam o risco de violência doméstica (OLIVIERI, 2021).

A violência doméstica tem sido alvo de muito debate nos últimos meses, mormente porque com a hodierna situação socioeconômica decorrente da pandemia ela tende a aumentar consideravelmente. Nesse meio, a crise financeira somada a convivência em tempo integral dos membros familiares, tem potencializado as chances de conflitos entre eles.

Judith Butler (2015) aponta a condição precária de vida, na qual os sujeitos possuem uma vida financeira extremamente limitada, como um dos cenários mais propensos para o desencadeamento de todo tipo de violência. Isto ocorre porque, se trata de grupo social desprovido de apoio social e econômico, não possuindo, com frequência, a proteção do próprio Estado, ficando mais expostos às violações, violência e até à morte (MONTEIRO; YOSHIMOTO; RIBEIRO, 2020).

No que tange a violência doméstica contra às mulheres, os autores ressaltam a influência do patriarcado ainda está muito presente, de forma que homens sentem que possuem o poder de dominar a mulheres, o que fazem eles buscarem exercer sua capacidade de mando mesmo que seja com o auxílio da violência (SAFFIOTI, 2001).

Na pandemia, muitas mulheres foram demitidas de seus postos ou tiveram que acumular o trabalho em *home office* com o trabalho doméstico, o que, além de

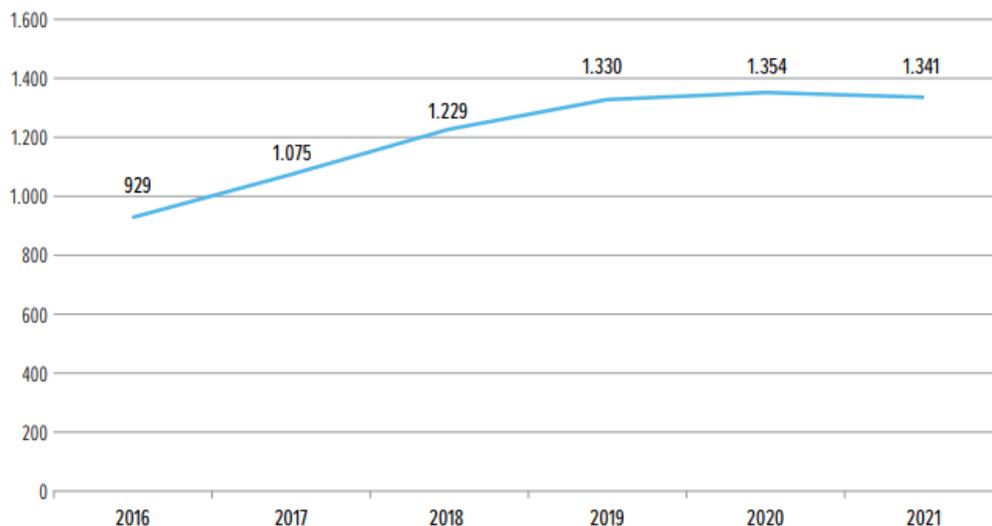
sobrecarregálas, forçou uma coexistência forçada com seus familiares e/ou companheiros, causando o agravamento das tensões e, conseqüentemente, o aumento das chances de violência doméstica (MONTEIRO; YOSHIMOTO; RIBEIRO, 2020).

Ademais, durante a pandemia, se tornou muito mais difícil escapar de situações de violência, não só porque os serviços e movimentação estão limitados durante a quarentena, mas também porque a convivência ininterrupta pode impedir que a vítima busque proteção.

A dependência financeira ou diminuição de renda também é um dos motivos pelos quais a vítima não se sente capaz de sair da situação de violência. O fato de não ter como se sustentar sem o auxílio do seu companheiro, faz com que a mulher se submeta a situação de violência doméstica.

2.2 VIOLÊNCIA NO PERÍODO PÓS-PANDÊMICO

Número de vítimas de Femicídio, por ano
Brasil - 2016-2021



Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Observatório de Análise Criminal / NAT / MPAC; Coordenadoria de Informações Estatísticas e Análises Criminais - COINE/RN; Instituto de Segurança Pública/RJ (ISP); Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Estupros e estupros de vulnerável

Dados coletados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública

■ Estupros e estupros de vulneráveis



g1 Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Instituto de Segurança Pública/RJ (ISP); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

- Denúncias de lesão corporal dolosa – Aumento de 0,6% - de 119,4 para 231,7
- Ameaça – Aumento de 3,3% - de 530,7 para 548
- Estupro – Aumento de 3,7% - de 46,7 para 48,4
- Assédio sexual – Aumento de 6,6% - de 2,2 para 2,3
- Importunação sexual – Aumento de 17,8% - de 7,6 para 9
- Medidas protetivas concedidas – Aumento de 13,6% - de 299 para 399,5

Esses dados nos mostram que o machismo não dá descanso às mulheres, que a violência só muda de ângulo, que o agressor não se cansa dentro de casa nem na rua. Não há lugar seguro para as mulheres nesse país.

3 METODOLOGIA

O presente artigo se apresenta como um método de revisão bibliográfica exploratória, apropriada para desenvolver e discutir o tema da violência contra as mulheres no cenário pós pandemia, com base na análise comparativa de dados nas maiores referências nacionais de dados estatísticos sobre a ocorrência de crimes no Brasil, sendo eles o anuário brasileiro de segurança pública do ano de 2021 e o atlas da violência no Brasil. Após a construção do arquivo bibliográfico, foi feita uma leitura exploratória buscando contextualizar historicamente o cenário da violência sofrida pelas mulheres ao longo dos anos no país.

4 RESULTADO E DISCUSSÃO

Como resultado, verificou-se através da análise qualitativa das publicações incluídas nesta revisão considerou as áreas de conhecimento e o número de artigos elencados por ano de publicação. Em seguida, procedeu-se à análise qualitativa e exploratória dos dados mediante uma leitura inicial destes materiais, objetivando classificar tais artigos quanto ao tema estudado ou tipo de estudo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia do coronavírus tornou-se uma emergência em diversos campos, especialmente nas áreas da saúde pública, da psicologia e do Direito e como tal, apesar dos números atuais da violência terem sofrido um decréscimo em relação ao ano de 2021, há uma demanda e cobrança por parte da sociedade por uma punição mais eficaz em relação a os crimes contra a mulher cometidos desde o início da pandemia até a presente data e nesse interim, fez mister frisar nesse artigo, a necessidade de uma preocupação com o bem-estar integral das mulheres, a partir da propositura de ações que venham a coibir tais práticas. Diante dessa situação problema, o estudo que ora se delineou e mediante os resultados apresentados na análise dos dados, reportou à precisão de ações que venham a coibir e/ou minimizar os sofrimentos psicológicos que as vítimas de tais abusos ainda venham a sofrer.

Em razão do rápido contágio da Covid-19, entre os anos de 2020 e 2021, o que exigiu a tomada de medidas por parte dos governos com o intuito de coibir o avanço da pandemia, dentre outras medidas, o lockdown, que seria o fechamento de estabelecimentos e o consequente isolamento social, o que acentuou ainda mais os casos de violência no seio familiar de mulheres e crianças vitimizadas e consequentemente provocando o aumento da situação-problema acima referida, visto que os motivos da agressão sofridas são os mais variados, pois a determinação do distanciamento social se tornaria fator condicionante para a vitimização das mulheres, aumentando consideravelmente um aumento do quantitativo dos casos desse tipo de abuso e os motivos para a agressão seriam os mais diversos, o fato do convívio em tempo integral, os problemas de ordem econômica e social, ensejando uma sequência de violências que em muitos casos, culminariam com a morte das parceiras dos agressores.

Apesar no período 'pós-pandêmico' (atribuímos aqui esta denominação pelo fato do decréscimo dos casos e dos óbitos em decorrência da Covid-19, ainda nos encontramos na pandemia, porém a fase aguda da doença teria sido controlada em

decorrência da vacinação em massa e de outras medidas de saúde pública levadas a cabo pelos governos). Ressalte-se ainda que apesar da violência ocorrida mesmo anterior ao período do isolamento social a violência contra a mulher se constituía em fenômeno recorrente, tendo em vista que a sua vulnerabilidade econômica e social funda-se em um sentimento patriarcal e machista, deixando essas mulheres impotentes e mesmo em decréscimo, a violência contra mulheres no contexto atual (2021-2022) funda-se no sentimento de dominação e força de homens sobre as mulheres as sequelas físicas e psicológicas oriundas do confinamento na pandemia torna-se motivo de vergonha e que gera uma profunda desigualdade entre os gêneros e do machismo ainda evidente em todos os contextos do meio social. Com base nessa assertiva, sendo evidente que se trata de um problema social profundamente arraigado em nossa sociedade e cuja mudança de cenário requer esforço e compromisso social por parte dos membros da sociedade para promover a minimização dos efeitos causados pela violência de gênero, especialmente contra as mulheres.

REFERÊNCIAS

Atlas da violência 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br>. Acesso em 20/09/2022.

BARBOSA, Jeanine Pacheco Moreira; LIMA, Rita de Cássia Duarte; MARTINS, Gabriela de Brito; LANNA, Solange Drumond; ANDRADE, Maria Angélica Carvalho. **Interseccionalidade e outros olhares sobre a violência contra mulheres em tempos de pandemia pela Covid-19.** Universidade Federal do Espírito Santo. 2020. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/328/version/335>. Acesso em: 20/08/2022.

BELLINI, M. Z. **Violência contra a mulher e feminicídio no Brasil - impacto do isolamento social pela COVID-19.** Brazilian Journal of Health Review, v. 3, n. 3, 2020. Disponível em: <http://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/9998/8381>. Acesso em: 18/09/2022.

BIANQUINI. Heloísa. Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr24/direito-pos-graduacao-combate-violencia-domestica-tempos-pandemia>. Acesso em: 18/09/2022.

BRASIL. Boletim-Senado. Mulheres e seus Temas Emergentes. **Violência doméstica em tempos de COVID-19**, abr. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/violencia-domestica-em-tempos-decovid-19>. Acesso em: 18/09/2022.

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 2015.

DAY, Vivian Peres; TELLES, Lisieux Elaine de Borba; ZORATTO, Pedro Henrique; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; MACHADO, Denise Arlete; SILVEIRA, Marisa Braz; DEBIAGGI, Moema; REIS, Maria da Graça; CARDOSO, Göettert; BLANK, Paulo. **Violência doméstica e suas diferentes manifestações.** Rev. psiquiatr. Rio Gd. Sul, vol.25, suppl.1, Porto Alegre, Apr, 2003.

DURAN, Camila Villard. **Governança econômica global e desigualdade de gênero: uma agenda para a pesquisa jurídica brasileira no pós-crise da COVID-19.** Nopei. 2020.

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19.** 2020.

Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>>. Acesso em: 18/08/2022.

GALETTI, C. C. H. **Falta de pão e violência doméstica em tempos de coronavírus.** Revista Espaço Acadêmico, Marigá, Ano XVIII, 2020. Disponível em: <<https://espacoacademico.wordpress.com/2020/04/03/falta-de-pao-e-violenciado-mestica-em-tempos-de-coronavirus/>>. Acesso em: 20/03/2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Crescem os números de violência doméstica no Brasil durante o período de quarentena.** 2020. Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/noticias/7234/Crescem+os+n%C3%BAmeros+de+viol%C3%AAn+cia+dom%C3%A9stica+no+Brasil+durante+o+per%C3%ADodo+de+quarentena.>>. Acesso em: 20/03/2021.

LAGARDE, Marcela. **Del femicidio al feminicidio. Desde el jardín de Freud.** Bogotá: n. 6, p. 216-225, 2006.

MARANHÃO, R. A. **A violência doméstica durante a quarentena da COVID-19: entre romances, feminicídios e prevenção.** Brazilian Journal of health Review, v. 3, n. 2, 2020. Disponível em:

<<http://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/8879/7601>>. Acesso em: 18/08/2022.

MONTEIRO, Solange Aparecida de Souza; YOSHIMOTO, Eduardo; RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. **A produção acadêmica sobre a questão da violência contra a mulher na emergência da pandemia da COVID-19 em decorrência do isolamento social.** Doxa: Rev. Bras. Psico. e Educ., Araraquara, v. 22, n. 1, p. 152-170, jan./jun., 2020.

MOTOSINHOS, Isabella; ARAÚJO, Isabela. **Por que a violência contra a mulher cresce durante a pandemia da COVID-19? Justificando.** 2020.

NUNES, N. R. A.; SOUSA, P. C. S. **Para ficar em casa é preciso ter casa: desafios para as mulheres em situação de rua em tempos de pandemia.** Revista Augustus, Rio de Janeiro, v. 25, n. 51, 2020. Disponível em: <<https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/revistaaugustus/article/view/545/292>>. Acesso em:

20/09/2022.

OLIVARES, Pilar. **Mulheres sofrem em silêncio com violência doméstica durante a pandemia no Brasil**. Uol Economia. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2021/03/05/mulheres-sofrem-em-silencio-comviolencia-domestica-durante-a-pandemia-no-brasil.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 20/03/2021.

OLIVIERI, Juliana. **Violência doméstica: uma pandemia dentro da pandemia**. Portal PubMed. 2021.

OKABAYASHI, N. Y. T.; TASSARA, I. G.; CASACA, M. C. G.; FALCÃO, A. A.;

PICCINI, Ana; ARAÚJO, Thiago. **Violência Doméstica no Brasil: desafios do isolamento**. Politize! 2020. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicialviolencia-mulher/o-que-e-a-violencia-domestica-e-o-feminicidio>>. Acesso em: 18/08/2022.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **O que é a violência doméstica? E o Feminicídio?** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/o-que-e-a-violenciadomestica-e-o-feminicidio>>. Acesso em: 18/09/2022.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PASSO FUNDO. **Cartilha Contra a Violência**. Disponível em: <<http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/cartilhaviolencia.pdf>>. Acesso em: 18/09/2022.

SAFFIOTI, Heleieth. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. Cadernos Pagu, n. 16, p. 115-136, 2001.

SANTOS, Gabriela de Brito Martins; LIMA, Rita de Cássia Duarte; BARBOSA, Jeanine Pacheco Moreira; SILVA, Mayara Ciciliotti da Silva; ANDRADE, Maria Angélica Carvalho. **Trabalho e saúde em tempos de pandemia pela Covid-19: cuidado de si e direito à autoproteção das mulheres**. Scielo Preprints. 2020.

SILVA, F. J. F. **Perfil dos demitidos durante a crise de 2008 no Brasil. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais: Transformações na População Brasileira: Complexidades, Incertezas e Perspectivas**, 2012, Águas de Lindóia. Anais [...]. Águas de Lindóia: ABEP, 2012

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum: para todas, todes e todos**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1. Ed. 2018.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EMOCIONALMENTE FERIDA

Raquel Ferreira da Silva¹

Susana Vieira de Araújo Marinho²

Túlio Augusto de Andrade Oliveira³

Zélia Kalina Torres de Freitas Leite⁴

RESUMO

A violência contra a mulher inicia-se cedo, ainda primeira infância, onde aqueles que deveriam amar, cuidar e educar, acabam por cometer tal delito, que pode ser de caráter físico, psicológico ou sexual. Ela se apresenta de diversas maneiras. Diante do exposto, este entendimento pode ser evidenciado na Convenção de Belém do Pará (1994) a qual reporta e a conceitua enquanto “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (Art. 1º). Além das violações aos direitos das mulheres e a sua integridade física e psicológica, a violência impacta também no desenvolvimento sócio-histórico na sociedade contemporânea. O artigo ora proposto vem expor a problematização que o estudo do tema suscita e prever as formas de enfrentamento e criminalização desta conduta desonrosa a qual se não culminar com a morte da mulher vitimizada, causando profundas marcas físicas e psicológicas na vítima. Em termos metodológicos, trata-se de um trabalho realizado mediante revisão da literatura, de caráter descritivo e que se âncora na análise da legislação, de artigos científico e em fontes/meios eletrônicos e em bases de dados, tais como a Lei Maria da Penha, a Constituição Federativa de 1988 e outras fontes. Como resultado, espera-se que este estudo seja encaminhado para a observação e o combate contra “múltiplas formas de violência contra as mulheres é uma importante demanda no que diz respeito a condições mais dignas e justas para as mulheres.”

Palavras-Chave: Mulher. Violência. Vulnerabilidade Social. Lei Maria da Penha. Enfrentamento.

ABSTRACT

Violence against women begins early, even in early childhood, where those who should love, care and educate, end up committing such a crime, which can be physical, psychological or sexual. She presents herself in different ways. In view the of above, this

¹ Uniesp. E-mail.com: raquel.iesp@gmail.com

² Uniesp. E-mail: susanavdam@gmail.com

³ Uniesp. E-mail: tulioaugusto@hotmail.com

⁴ Uniesp E-mail: zeliakalina@hotmail.com

understanding can be evidenced in the Convention of Belém do Pará (1994) which reports and conceptualizes it as “any action or conduct, based on gender, that causes death, damage or physical, sexual or psychological suffering to women, both in the public and private spheres” (Art. 1º). In addition to violations of women’s rights and their physical and psychological integrity, violence also impacts socio-historical development in contemporary society. The article proposed here exposes the problematizations that the study of the subject raises and predicts the ways we will face and criminalizations of this dishonorable conduct which if it does not culminate in the death of the victimized woman, causing deep physical and psychological marks on the victim. In methodological terms, it is a work carried out through a literature review, of a descriptive nature and that is anchored in the analysis of legislation, scientific articles and in electronic sources/means and in databases, such as the Maria da Penha Law, the Federative Constitution of 1988 and other sources. As a result, it is expected that this study will be directed to the observation and the fight against “multiple forms of violence against women in an important demand with regard to more dignified and just conditions for women”.

Keywords: Woman. Violence. Social Vulnerability. Maria da Penha Law. Confrontation.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher vem a se constituir em uma das principais formas de violação dos seus direitos humanos, atingindo-as em seus direitos à vida, à saúde e agravos à integridade física, tendo a sua origem na desigualdade de gênero. Ela se manifesta de diversos modos e pode ser concebida, conforme se observa na Convenção de Belém do Pará (1994) e pode ser definida como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (Art. 1º). Além das violações aos direitos das mulheres e a sua integridade física e psicológica, a violência impacta também no desenvolvimento social e econômico de um país. O trabalho que se tem em mira realizar, tem como ponto de partida a questão que segue: a violência contra a mulher decorre da sua invisibilidade e pelo fato da mesma se encontrar atrelada a papéis sociais, culturais e históricos, caracterizando as sociedades patriarcais?

Objetiva a priori, analisar o pressuposto de que as mulheres vitimizadas, ou grande parte das violências por ela sofridas tem as suas práticas cometidas no âmbito privado e que geralmente são praticadas por seus companheiros (esposos, namorados)

como consequência da 'submissão' e diminuição do papel imposto às mulheres no âmbito social, o que as tornam vítimas de seus algozes. Neste panorama, verifica-se que estas agressões são realizadas no âmbito privado e são de natureza psicológica, física ou sexual.

A violência contra a mulher pode ser concebida enquanto fenômeno extremamente complexo, de múltiplas determinações que atinge mulheres em todas as partes do mundo sem distinção de cor, raça, idade, classe social ou religião (LUCENA et al., 2017). Tal violência traz consequências gravíssimas para a saúde física e mental da mulher, o que repercute em todos os aspectos da sua vida, afetando seu desempenho profissional, aprendizagem e suas relações sociais (CARTILHA SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, 2009).

Nesta direção, Neto et al. (2015) afirma que a violência doméstica é um grave problema social e cultural a ser enfrentado por milhares de famílias no país e dada a sua abrangência, esse fenômeno é reconhecido como um problema de saúde pública. Partindo desse pressuposto, esse estudo tem como objetivo identificar e analisar, com base em indexadores online, doutrinários, estatísticos advindos de estudos nacionais sobre a violência contra a mulher e na área da saúde feminina, publicados no período de 2013 a 2017.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A literatura reporta que a violência contra a mulher se constitui em fenômeno universal, praticada preeminentemente por parceiros ou pessoas próximas das mulheres vitimizadas (BANDEIRA, 2014). Destaque-se dados apresentados pela Organização Mundial de Saúde (OMS), o qual apontou que a violência contra a mulher perpetrada por parceiro íntimo apresentou uma prevalência de 30% no ano de 2013.

No Brasil, de acordo com dados do Mapa da Violência 2015, a expressão da violência contra a mulher (VCM), entre os anos de 1980 e 2013, apresentou um ritmo crescente, tanto em número quanto em taxas. Diante de índices alarmantes e crescentes, foram criados mecanismos de enfrentamento a violência provocada contra a mulher, a exemplo da Lei nº 11.340/2006 também conhecida como Lei Maria da Penha, criada com intuito de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006). Essa Lei visa o enfrentamento à violência doméstica e familiar e em consequência tenta a redução dos altos índices de morte de mulheres no país,

determinando ainda, a implantação de serviços de atendimento em diversas áreas, bem como necessidade e importância da criação de uma Rede de Atendimento à Mulher Vítima de Violência física e emocional com articulação públicas, entre elas a Política Nacional de Saúde.

Tendo em vista de que a mulher vítima de violência recorre aos hospitais para receber atendimento, percebe-se que os serviços de saúde são a porta de entrada para o cuidado. Para Merhy (2002) apud Moreira et. al. (2014) “[...] o cuidado em saúde supõe um encontro entre o profissional de saúde e o usuário que se caracterize como uma relação intercessora, capaz de articular essas diferentes visões [...]” (p.817). Os autores enfatizam a necessidade do atendimento multiprofissional na qual permitirá que a vítima será acompanhada de forma integral em todas as suas dimensões.

Faz-se comentar que em meados de 2004, o Ministério da Saúde lançou uma Política Nacional de Humanização a qual aborda a humanização como “uma política transversal, supõe necessariamente que sejam ultrapassadas as fronteiras, muitas vezes rígidas, dos diferentes núcleos de saber/poder que se ocupam da produção da saúde” (POLÍTICA NACIONAL DE HUMANIZAÇÃO, 2004, p.07). Com o atendimento humanizado multiprofissional à mulher vítima de violência, Moreira et. al. (2014) deixam claro que os profissionais devem priorizar as “práticas que se traduzam em modos não violentos de relação, constituindo-se então como um contraponto às violações vividas pelas famílias cotidianamente” (p.818).

Diante do contexto apresentado, observa-se que a Violência Contra a Mulher - VCM é um problema social, multifacetado, político, econômico e de saúde, que se constitui como um fenômeno eternamente crescente e complexo o que requer mais posicionamentos políticos, legislações impostas e efetivamente cumpridas e realização de estudos e intervenções em todas as áreas, inclusive na área da Saúde.

A Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006 se constitui apenas um dos instrumentos mais atuante no momento e importantes para o enfrentamento da violência doméstica e familiar o qual procura definir e coibir as formas de violência contra as mulheres (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral). Onde os legisladores, devem utiliza-se de suas funções para legislar ainda mais sobre tal assunto, prevendo assim, a criação de serviços especializados, a exemplo da Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, compostos por instituições de segurança pública, justiça, saúde, e da assistência social.

A Lei nº 11.340/2006 incidiu em uma das conquistas iniciais fundamentais para assegurar os direitos da mulher vitimizada, violentada e discriminada pelo fator de ser mulher. Pois, em fevereiro de 2012, por decisão do STF, estabelecido que qualquer

indivíduo poderia registrar formalmente uma denúncia de violência contra a mulher, e não apenas as pessoas que sofreram tais abusos, ampliando assim, os mecanismos de medidas protetivas de urgência.

Convém destacar que a questão social foi durante muito tempo, um dos agravantes para a violência contra a mulher, mais especificamente, a violência doméstica nas más condições de moradia, crise ocasionadas por políticas inadequadas que só fazem aumentar o número de desabrigados, tornando a população mais vulnerável, levando as alguns se envolverem nos crimes como roubos, pequenos furtos e tráfico de drogas.

Atualmente, com a chegada da pandemia do Covid-19 e seu decorrer do tempo, ficou-se muito mais nítido que a violência contra a mulher só aumentou. Vindo à tona um problema social doméstico antigo, onde as vítimas por medo, angustia e constrangimento existente no lar (a casa é uma fortaleza do agressor, ali não há testemunhas, não há possibilidade de fuga... Apenas comportamentos conscientemente hostil e intencional que causa dano física, jurídico, econômico, social, moral ou sexual. O agressor, atua contra a liberdade e o direito da pessoa, em relação íntima de afeto, seja por laços naturais (biológicos), por afinidade ou por vontade expressa, e por fatores como: bebidas alcoólicas ou uso de drogas; ciúmes; desemprego ou problemas financeiros; e problemas familiares.

Desta forma, “a violência doméstica é uma questão de saúde pública, que afeta negativamente a integridade física e emocional da vítima, seu sendo de negatividade, seu senso de segurança por círculos viciosos de frequentes idas aos serviços de saúde e o conseqüente com os gastos neste âmbito”, A família é uma extensão do lar que deveria conter uma ampla passividade, segurança e repúdio contra a agressão. No entanto, a vítima lá encontra opressão, submissão e dominação do gênero masculino sobre o feminino, devendo o Estado, diante de políticas públicas (educação para igualdade de gêneros, ensinando o respeito), visarem coibir e criarem estratégias futuras de penalidades mais gravosas para uma almejada extinção deste tipo de violência que só cresce no Brasil.

2.1 O Assédio para com as mulheres vulneráveis e em decorrente de gênero/orientação

O assédio é uma violência que pode ocorrer no ambiente de trabalho, em que a mulher se sente muitas vezes intimidada, devido a este tipo de prática ser exercida principalmente por pessoas que ocupam posições hierárquicas superiores as mesmas.

No que tange à violência de gênero e orientação sexual, verifica-se que mulheres que possuem uma relação homoafetiva e bissexuais podem sofrer vários tipos de violência e/ou abusos em função de sua orientação sexual, desde agressões físicas, verbais e psicológicas, até estupro corretivos os quais intentam transformar a orientação sexual da mulher). Mulheres transexuais também sofrem preconceitos e agressões de todas as formas, e ainda lidam com violências dentro de instituições, como as que ocorrem no ambiente de trabalho e nos serviços de saúde.

Saliente-se ainda tráfico, que objetiva não só a exploração sexual de mulheres como o trabalho ou serviços forçados, a escravidão, a servidão, a remoção de órgãos ou o casamento servil, envolve uma ampla rede de atores e ocorre tanto em nível local quanto global e consiste em violação dos direitos humanos das mulheres são apontadas como formas de agressão associada à temática de gênero.

2.2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Nos dias atuais, a violência de gênero é a principal causa de violência contra a mulher, no qual se destaca uma a subjugação da mulher vitimizada em detrimento ao homem opressor, em que os comportamentos e escolhas são limitadas para a figura feminina.

Ao se referir à violência, entende-se que se trata de um fenômeno complexo, que existem diversas perspectivas. No entanto, destaca-se o assédio contra a mulher, como uma conduta abusiva que por uma sucessão de acontecimentos, afeta, sobretudo, a esfera psíquica e física da vítima.

A violência contra as mulheres é um ato costumeiro na sociedade patriarcal, desde a Idade Média, nos quais as mesmas eram representadas como meras extensões do corpo masculino, sendo, portanto, legadas à condição de inferioridade.

A figura feminina era reprimida por sua condição de 'ser feminino', e restrita de diversos direitos por ser caracterizada como incapaz, inexistindo a proteção legal às mesmas na época. Em 1985, foi criada a primeira Delegacia de Atendimento Especializada à Mulher (DEAM), no Estado de São Paulo, com objetivo de promover amparo às mulheres. Após a Constituição Federal de 1988, ocorreu ampliação mais abrangente nos direitos das mulheres, e somente no ano de 2006 foi sancionada a Lei Maria da Penha para prevenção e punição da violência doméstica, tendo ainda como complemento, a criação da Lei 14.022/2020, por meio da PL 1.291/2020 da relatora Rose de Freitas, após a ascensão da pandemia provocada pelo Coronavírus-19 e aumento relevante dos casos de violência doméstica.

Sabe-se que, dentre muitos casos, a grande maioria das mulheres permanecem caladas, ao lado do seu algoz por falta de recursos financeiros, psicológico, constrangimento situacional, medo, bem como para a proteção dos filhos, e sistematicamente, ocorre o feminicídio por desconsiderar as atitudes do seu parceiro e, ela mesma subestimando a dignidade da vítima enquanto mulher.

Costa e Aquino (2011) dispõem que “a violência contra a mulher é um problema de relevância social, pois se refere não só às questões de criminalidade, como principalmente destaca-se como verdadeira afronta aos direitos das mulheres”. Neste interim, refletindo um vasto problema social, criminal e de saúde pública, interpreta-se que a violência, ao longo de muitos anos atinge principalmente as mulheres, no qual ocorre de forma oculta, minuciosa e subentendida, estando presente em gestos, palavras, assim como no silêncio, de maneira que desrespeita princípios e direitos da figura feminina.

É possível considerar que, a violência doméstica contra vítimas do sexo feminino, muitas vezes parece pouco comovente, pelo fato de ser vista como algo natural para quem adquire encorajamento para praticar algum tipo de agressão.

Considera-se, que independente da investida que seja interpretada como desrespeitosa e feita sem a permissão da mulher, seja esta prestada em qualquer circunstância, é inaceitável e configura violência. Diante disso, conclui-se, que inexistente momento específico para resultar violência contra a mulher.

2.3 Conceito e Espécies de Violência

A violência é típica do ser humano. É uma espécie de coação, consistente no emprego de força física ou arma de fogo para a obtenção de um resultado, contrário à livre vontade do sujeito passivo. A violência comporta modalidades diversas nos diferentes ramos do direito, na esfera penal é grande o número de crimes que se caracterizam pelo emprego da violência, o feminicídio é um crime que costuma utilizar variadas formas de violação até evoluir para as vias de fato.

Ao longo de toda a história ela se tem feito presente. Ela sempre se originou de necessidades e interesses contrários geradores de um clima de disputa, de medição de forças. Todos percebem, porém, que jamais esta coisa do homem atingiu limites tão desumanos quanto agora e marcadamente nas cidades grandes (BRASIL, 2006).

Ao se buscar na literatura “o conceito mais amplo de violência, é possível entender que esta está diretamente ligada as formas física, psicológica ou intelectual com o intuito de obrigar outro indivíduo a realizar algo contra seu querer, está atrelada

ao constranger, incomodar, privar de liberdade, ao impedimento do outro de manifestar sua vontade, tendo como consequência viver fortemente ameaçado, espancado, humilhado, ferido ou mesmo resultando em morte (MODENA, 2016)”.

Em suma, significa usar a agressividade de forma intencional e excessiva para ameaçar, coagir, dominar outra pessoa negando-lhe e violando um dos direitos básicos dos seres humanos que é a integridade física e psicológica. Essas violações acontecem das mais variadas formas e atinge a mulheres, crianças e idosos independente de nível social, credo ou raça.

A violência em todas as suas formas de manifestação acarreta danos não somente no que se refere às condições físicas das pessoas vitimadas, causa prejuízos no desenvolvimento e no equilíbrio moral, social/afetivo e psíquico levando a quadros depressivos ou até mesmo a morte.

Caracteriza-se de maneira efetiva ou mediante ameaça ou intimidação, pelo uso proposital da força física ou poder, podendo ser contra um determinado grupo, no qual proceda ou tenha viabilidade de proceder dano psicológico ou corpóreo, insuficiência de desenvolvimento, ou até mesmo resultar a morte.

Acerca da violência doméstica, observa-se que a Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, dispõe que a violência doméstica contra a mulher, se caracteriza a qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Machado e Gonçalves (2003) destacam em seu livro “Violência e vítimas de crime”, o seguinte trecho:

Considera-se violência doméstica “qualquer ato, conduta ou omissão que sirva para infligir, reiteradamente e com intensidade, sofrimentos físicos, sexuais, mentais ou econômicos, de modo direto ou indireto (por meio de ameaças, enganos, coação ou qualquer outro meio) a qualquer pessoa que habite no mesmo agregado doméstico privado (pessoas – crianças, jovens, mulheres adultas, homens adultos ou idosos – a viver em alojamento comum) ou que, não habitando no mesmo agregado doméstico privado que o agente da violência, seja cônjuge ou companheiro marital ou ex-cônjuge ou ex-companheiro marital. (MACHADO; GONÇALVES, 2003, p.26).

Consoante reza o artigo 7º da Lei 11.340/2006, entende-se que “a violência doméstica apresenta diferentes formas, sendo estas tipificadas como violência física, psicológica, sexual, moral e patrimonial. ”, conforme explicitado na Figura 1:

Figura 1: Fases da Violência Doméstica
Fonte: Dados das Pesquisadoras, 2022.

Neste interim, entende-se que as mulheres vítimas de agressões domésticas, sofrem principalmente a violência física e psicológica, na qual na maioria das vezes, as mesmas manifestam reações pela agressão sofrida com vergonha e sofrimento. Assim, aborda-se, no presente artigo, a definição e as características sobre as principais violências que as mulheres enfrentam.

No caso da violência física, observa-se como qualquer comportamento que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, de modo que o agressor fere a vítima, com o uso da força física, podendo provocar lesões internas e externas. Esta forma de violência, pode ser manifestada de diversas formas, seja como tapas, queimaduras, estrangulamentos e até mesmo como danos à integridade decorrentes de negligência, identificados como omissão de cuidados e de proteção em situações de perigo.

Tomando outro rumo, verifica-se neste recorte teórico que a violência psicológica é caracterizada como qualquer conduta que cause danos emocionais e psíquicos à mulher, de modo que prejudique o desenvolvimento da vítima e pode ser realizada mediante ameaças, desvalorização, exploração, bem como por insultos constantes.

3 METODOLOGIA

O presente estudo é oriundo de uma revisão da literatura, de natureza descritiva do tipo análise qualitativa e quantitativa estruturado mediante revisita de publicações constantes nas referências a respeito da temática investigada. Para Mendes, Silveira e Galvão (2008), este tipo de pesquisa “permite a inclusão de múltiplos estudos para melhor compreensão sobre a temática escolhida, assim, combina tanto dados qualitativos, quanto os quantitativos, que serão sintetizados e analisados de forma descritiva.”

Os descritores postos utilizados nessas bases de dados foram “violência contra a mulher; Lei Maria da Penha; Vulnerabilidade Social e Enfrentamento”. Os outros critérios de inclusão utilizados foram: 1) artigos disponíveis na íntegra publicados na língua portuguesa; 2) artigos publicados no período de 2008 a 2022; e 3) artigos que apresentasse em seus resumos as palavras-chave investigadas.

A pesquisa realizou-se através em duas fases, a saber: Na primeira etapa foram utilizados os filtros presentes nas bases de dados consultadas: data de publicação; idioma de publicação; documentos; e país de filiação. Os artigos selecionados nessa etapa foram recuperados e submetidos a uma nova seleção. Na segunda etapa, foram excluídos os artigos duplicados entre as bases dados consultados. Nesta fase da pesquisa, os documentos foram reavaliados e submetidos a uma nova seleção. Na segunda etapa, foram excluídos os artigos duplicados entre as bases dados consultados.

4 RESULTADO E DISCUSSÃO

Como resultado, verificou-se através da análise quantitativa das publicações incluídas nesta revisão considerou a área de conhecimento e o número de artigos elencados por ano de publicação em seguida, procedeu-se o procedimento de análise qualitativa dos dados mediante uma leitura inicial destes resumos, objetivando classificar tais artigos quanto ao tema estudado ou tipo de estudo.

A análise quanti-qualitativa das publicações incluídas nesta revisão levou em consideração a área de conhecimento da qual o artigo estava relacionado e a quantidade de artigos por ano de publicação. O procedimento de análise qualitativa dos dados realizada com uma leitura inicial destes resumos, a fim de se classificar tais artigos quanto ao tema estudado ou tipo de estudo.

A busca inicial ocorreu em agosto de 2022 nas bases de dados SciELO e BVS, totalizando 60 artigos. Foram excluídos 15 estudos que estavam duplicados e/ ou não atenderam aos critérios as bases de dados utilizadas nas principais ações de proteção para crianças e adolescentes) e também artigos escritos na íntegra em Língua Inglesa. Restaram, portanto, 43 artigos, os quais foram incluídos no banco final deste estudo.

Diante do exposto, os artigos sobre a violência contra a mulher relacionada à saúde mental, dentro dos critérios especificados neste estudo, constataram que o ano com maior número de artigos publicados foi 2014 (13 artigos). O ano de 2015 foram selecionados 12 artigos; 10 em 2013; 05 artigos foram publicados em 2017; e 2016, 03 artigos. Considerando que o ano de 2022 não finalizou pode ser possível que

publicações posteriores a data da busca não sejam consideradas neste estudo.

Os 43 trabalhos analisados neste estudo 19 estudos estavam vinculados a revistas da área do Direito, 08 artigos a área da Saúde Coletiva, 07 a área da Saúde Pública, 05 a área da Medicina, 02 artigos evidenciaram uma revista de Psicologia. Nas áreas das Ciências Sociais e Economia foram encontradas em 01 artigo cada.

Os 43 trabalhos analisados neste estudo 19 estudos estavam vinculados a revistas da área da Enfermagem, 08 artigos a área da Saúde Coletiva, 07 a área da Saúde Pública, 05 a área da Medicina, 02 artigos evidenciaram uma revista de Psicologia. As áreas das Ciências Sociais e Direito foram encontradas em 01 artigo cada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfrentamento às múltiplas formas de violência contra as mulheres tornou-se uma temática recorrente no que concerne a condições mais dignas e justas para as mulheres. A mulher deve possuir o direito de não sofrer agressões no espaço público ou privado, a ser respeitada em suas especificidades e a ter garantia de acesso aos serviços da rede de enfrentamento à violência contra a mulher, quando passar por situação em que sofreu algum tipo de agressão, seja ela física, moral, psicológica ou verbal. É dever do Estado e uma demanda da sociedade enfrentar todas as formas de violência contra as mulheres. Coibir, punir e erradicar todas as formas de violência devem ser preceitos fundamentais de um país que preze por uma sociedade justa e igualitária entre mulheres e homens.

O presente artigo objetivou a descrição e posterior análise de documentos (artigos) publicados online no período de 2013 a 2017, sobre violência contra a mulher e área da saúde. Foi identificado no período estabelecido nessa pesquisa que diversas áreas realizaram estudos sobre a violência contra a mulher, tendo a Psicologia e o Direito um maior destaque neste contexto. Mediante tal afirmação, expõe-se a violência contra a mulher se constitui um objeto rico de estudo para diversos campos do conhecimento por seu caráter multifacetado como a literatura indica.

Os achados sobre a violência contra a mulher, principalmente se correlata à área da dos Direitos Humanos e do Direito, não se esgotam. Contudo, evidencia-se um déficit de políticas e legislação voltadas à coibição e à criminalização da violência contra a mulher, bem como constata-se a necessidade de produções em outras áreas de

conhecimento como a sociologia, educação, direito, entre outras.

Este capítulo buscou oferecer uma contribuição para a ampliação do conhecimento acerca da violência contra a mulher e a área do Direito Penal e dos Direitos Humanos, visto que esse fenômeno complexo requer a realização de estudos e reflexões acerca das práxis que embasem compreensões deste crime.

Procurou ainda, fomentar a discussão existente acerca das políticas e ações com prevenção e estratégias de enfrentamento à violência contra as mulheres. O artigo ora proposto tentou analisar o modo como esta problemática tem sido referida nas produções acadêmicas brasileiras no campo do Direito Penal, visando questionar como a interseção entre marcadores de raça, gênero e classe é abordada por autores da área, e analisando as repercussões na jurisprudência e suas consequências psicossociais da violência nas mulheres. Foi utilizado como método a revisão bibliográfica sobre o tema da violência doméstica em artigos científicos publicados especificamente da base de dados SciELO. Averiguou-se como resultado que o fenômeno da violência necessita de um amplo cuidado, aprimorando o apoio e suporte à mulher e à família acometida pelo contexto da violência, e que há grande necessidade de considerar as discussões e intervenções de modo interseccional.

Como conclusão, foi possível compreender através dos estudos avaliados que existem fatores que interferem na produção e manutenção das opressões vivenciadas. Por fim, compreende-se a necessidade de o Direito dialogar junto a outros campos de atuação, a fim de contribuir na construção de conhecimento a partir de problemas sociais, e de modo a incentivar o desenvolvimento de estudos de caráter preventivo e com estratégias mais efetivas.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, L. M. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Rev. Soc. Estado**, v. 29, n. 2, 2014

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. Humaniza SUS. **Política Nacional de Humanização: a humanização como eixo norteador das práticas de atenção e gestão em todas as**

instâncias do SUS. Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL, **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

CARTILHA SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil. Comissão da Mulher Advogada, 2009.

GROSSI, Patrícia Krieger. **Violência contra a mulher: implicações para os profissionais de saúde**. In: Lopes, Meyer de Waldow. **Gênero e Saúde**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p. 133-149.

LUCENA, K. D. T. et al. Associação entre a violência doméstica e a qualidade de vida das mulheres. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, Ribeirão Preto, V. 25, 2017.

MENDES, K.D.S.; SILVEIRA, R. C. C. P.; GALVÃO, C. M. Revisão integrativa: método de pesquisa para a incorporação de evidências na saúde e na enfermagem. Texto contexto – Enferm. v.17, n.4, p. 758-764, 2008.

MODENA. **Conceitos e formas de violência** [recurso eletrônico]: / org. Maura Regina Modena. – Caxias do Sul, RS: Educus, 2016

MOREIRA, T. N. F. et al. A construção do cuidado: o atendimento às situações de violência doméstica por equipes de Saúde da Família. **Rev. Saúde Soc.** São Paulo, v.23, n.3, p.814-827, 2014.

NETO, J. S. et al. Violência contra a mulher no contexto de saúde pública. **Rev. Ciênc. Saúde Nova Esperança**, v. 13, n. 2, 2015.

WASELFSZ, J. J. **Mapa da violência 2015**. Homicídios de mulheres no Brasil. Brasília, 2013. Acesso em 20 out. 2022.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA (*REVENGE PORN*): QUAIS AVANÇOS NA LEGISLAÇÃO PENAL PARA ENFRENTAMENTO DESTES CRIMES NO BRASIL

Larissa Mesquita dos Reis¹
Stephanie Wayne Mariano Pessoa Carneiro de Moraes²
Susana Vieira de Araújo Marinho³
Túlio Augusto Andrade Oliveira⁴

RESUMO

A pornografia de vingança ou *revenge porn* é uma nova modalidade de crime cibernético muito comum no Brasil, que consiste na divulgação de conteúdos pornográficos, predominantemente de mulheres, por meio eletrônico. Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo principal analisar a tendência da criminalização desse fenômeno que ensejou a previsão legal na Lei nº 13.718/18, inserindo o art. 218-C, §1º do Código Penal, bem como abordar as suas consequências jurídicas. Nesse ínterim o presente trabalho aponta a pornografia de vingança como um produto de uma violência de gênero enraizada na sociedade brasileira por meio de uma visão machista e patriarcal. Para isso, destaca-se casos concretos que ganharam notoriedade no cenário brasileiro. Logo, a pesquisa científica realizada neste trabalho foi do tipo qualitativa, por meio de uma metodologia voltada a analisar a bibliografia exploratória e jurisprudencial correlata a temática.

Palavras-chave: Revenge Porn. Crime cibernético. Violência de Gênero. Pornografia de Vingança. Pornografia de Revanche. Cibercrime.

ABSTRACT

Pornography of a new electronic medium or form of revenge pornography is an electronic cyber crime, predominantly of women, by electronic means. In this way, the article has as main objective to analyze the trend of criminalization of this phenomenon that intends to provide a legal provision in Law nº 13.718/18, inserting art. 218-C, §1 of the Penal Code, as well as addressing its legal consequences. In the meantime, the work points to pornography of a society with a Brazilian vision as a product of a rooted and patriarchal vision. For this, specific cases that gained notoriety in the Brazilian scenario are highlighted. Therefore, a scientific research carried out in this work was qualitative, through a research of methodology and analysis of an exploratory and jurisprudential bibliography correlated to a type of research.

Keywords: Revenge Porn. Cyber crime. Gender Violence. Revenge Pornography. Revenge porn. cybercrime.

¹ Uniesp. E-mail: lmesquita42@gmail.com

² Uniesp. E-mail: stephanie-pessoa@mail.com

³ Uniesp. E-mail: tulioaugusto@hotmail.com

⁴ Uniesp. E-mail: susanavda@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Um estudo sobre a pornografia de vingança, bem como os avanços na legislação penal para o seu enfrentamento é o objetivo principal deste trabalho.

Inicialmente, cumpre mencionar que a pornografia de vingança, tradução da expressão em inglês “*revenge porn*”, consiste no ato de divulgar fotos, vídeos e áudios por meio eletrônico, principalmente na internet, sem o consentimento da vítima, contendo cenas de nudez, sexo, com o fulcro de expô-la, causando estragos na vida social e emocional da vítima.

Em geral, essa conduta é motivada pelo sentimento de vingança do ex-parceiro em virtude do término do relacionamento com a vítima.

Essa nova modalidade de violência na seara virtual não é suportada exclusivamente pelas mulheres, muito embora sejam elas as principais vítimas, no qual reflete uma questão de gênero culturalmente construído na sociedade.

Nesse sentido, o presente trabalho busca entender o fenômeno da pornografia de vingança no Brasil e o enfrentamento dessa prática virtual no contexto brasileiro, assim como analisar o seu enquadramento como uma violência de gênero e as consequências jurídicas desse crime. Logo, incumbiu-se de uma metodologia voltada a analisar a bibliografia e a jurisprudência correlata a temática, por meio da pesquisa qualitativa.

Inicialmente, destacou-se o grande aumento do uso de aparelhos eletrônicos e o forte acesso à internet, o que possibilitou o surgimento de crimes virtuais, dentre eles o *revenge porn*. Essa prática cresceu de forma exponencial nos últimos anos no Brasil. Todavia não existia Lei específica que tipificasse penalmente essa conduta e que consequentemente punisse os autores a contento, motivo pelo qual foram necessárias modificações consideráveis no texto legal concernente aos crimes sexuais.

Em seguida, tratou-se dos avanços no enfrentamento desse crime no âmbito brasileiro. Com a criação a Lei 13.718/2018, inseriu-se o art. 128-C no Código Penal. Muito embora a supracitada Lei não tenha enquadrado a pornografia de vingança como um crime específico, foi estabelecida como causa de aumento de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).

Assim, é punido aquele que promove, sem o consentimento dos envolvidos, a divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia, assim como aquele que possibilita a publicação de cenas de estupro ou de estupro de vulnerável, ensejando majorante caso o agente tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

Ademais, constatou-se que a divulgação não consensual é praticada majoritariamente por homens, sendo vítimas principalmente as mulheres, configurando declaradamente violência de gênero. Esse fenômeno envolve de forma vultosa conflito de gênero e sexualidade, na medida em que há uma construção histórica intimamente relacionada com as relações de poder, classes e etnias, vividas ao longo dos anos em uma sociedade de costume essencialmente patriarcal e machista. Em virtude disso, destacou-se os casos concretos de *revenge porn* que ganharam notoriedade no Brasil.

Por fim, foram analisadas no presente trabalho as consequências jurídicas da pornografia de vingança. A consequência que se torna mais grave é aquilo que pode nunca ser apagado e visto por uma quantidade imensurável de pessoas. Assim, com a atualização da Lei 13.718/18 existe o pedido de retirada do conteúdo pelos servidores. Além disso, há um fortalecimento por parte dos Tribunais nacionais em aprazar a configuração de danos morais independente de o rosto da vítima estar flagrantemente evidenciado.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A Lei 13.718/2018 introduziu diversas modificações no âmbito dos crimes contra a dignidade sexual. Dentre as mudanças, inseriu o art. 218-C no Código Penal, que trata da divulgação de cena de estupro e de estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia sem autorização dos envolvidos, sendo esta última parte objeto de análise do presente artigo.

2.1 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: UM NOVO MODELO DE CRIME CIBERNÉTICO

Com o advento das mídias sociais, bem como com o grande aumento do uso de aparelhos eletrônicos, ficou cada vez mais comum o compartilhamento instantâneo de conteúdos de cunho sexual, surgindo novas modalidades de crimes cibernéticos.

O uso de computadores e o acesso à internet passaram por vários estágios de evolução até atingir o grau de popularidade que hoje possuem, tornando-se uma das mais importantes fontes de informações, passando a ser utilizada em grande escala.

Aliado a isso, surgiram os crimes através do meio virtual. Sobre o acesso à internet e a criminalidade na sociedade atual Auriney Uchoa de Brito⁵ afirma que “como ocorreu em todas as fases do desenvolvimento humano, a criminalidade também acompanhou (e acompanha) toda evolução social, econômica e tecnológica, de forma que também passou a ter novo modelo, nova escala, com características globais(...)”.

Os crimes cibernéticos, também chamados de crimes virtuais, crimes informáticos, cibercrimes e crimes digitais, referem-se a prática dolosa cometida no ambiente virtual, por meio do uso de um computador ou de uma rede de computadores⁶.

Salientam Pedro Franco de Campos e Luis Mileo⁷ que:

Como consequência do desenvolvimento virtual, tecnológico, científico, industrial e econômico da sociedade, verifica-se uma pluralidade de atividades aptas a originar novos riscos. Tais situações, sob a ótica de que a vida social sem riscos é impensável, são geralmente consideradas consequências ou efeitos secundários não desejados. Por sua vez, não é possível dizer que esses riscos não são, a princípio, substrato daqueles naturais e, sim, dos artificiais, pois se desenvolvem por meio de decisões a atividades relativas à tecnologia gerada pelo homem.

A pornografia de vingança ou *revenge porn*, nesse contexto, apresenta-se como um novo modelo de violência no qual há a divulgação/exposição pública na internet de fotos e vídeos de um terceiro sem o seu consentimento, mesmo que o conteúdo tenha sido produzido com o seu aval ou que tenha sido por ele enviado em outro momento de intimidade⁸.

Nesse sentido, Ricardo Antônio Andreucci⁹ enfatiza que “é muito conhecida a

⁵ BRITO, Auriney. **Direito penal informático**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 07. E-book. ISBN 9788502209428. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502209428/>. Acesso em: 19 set. 2022.

⁶ O serviço de Streaming Netflix estreou em 2022 a Minissérie documental “O homem mais odiado da internet”, a qual expõe a existência, no início dos anos 2010, de um site, cujo dono chamava-se Hunter Moore. O website InAnyoneUp divulgava imagens de pornografia de vingança. Nele eram compartilhados fotos e/ou vídeos de conteúdo sexual/explicito de homens e, em especial, de mulheres sem o consentimento das vítimas.

⁷ ESTEFAM, André. **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 88. E-book. ISBN 9786555597486. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597486/>. Acesso em: 19 set. 2022.

⁸ A reportagem do G1 retrata a história de Ana Baquedano, uma mexicana que teve uma foto nua compartilhada na internet por um ex-namorado, sem o seu consentimento. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/04/16/fui-vitima-de-porno-de-vinganca-e-vivi-um-inferno-ate-que-mudei-a-forma-de-lidar-com-isso.ghtml>>. Acesso em: 23 set. 2022.

⁹ ANDREUCCI, Ricardo A. **Manual de Direito Penal** - verificado. 14 ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 435. E-book. ISBN 9788553616329. Disponível em:

prática da chamada pornografia de vingança ou *revenge porn*, em que o agente expõe publicamente, por qualquer meio, inclusive pela internet e por redes sociais, fotos ou vídeos íntimos de terceiros, sem o consentimento deles, ainda que estes tenham se deixado filmar ou fotografar no âmbito privado”.

Nos relacionamentos, a troca de mensagens eróticas não é algo raro. Essas mensagens podem ser trocadas com o intuito de conceder uma prova de amor, com a intenção de demonstrar autoconfiança ou a exibição do corpo de forma sedutora. Com isso, ao fim de um relacionamento é possível se ter um acervo de fotos e vídeos de cunho pessoal do seu ex companheiro, este podendo ser utilizado para uma possível chantagem com a não aceitação do fim do relacionamento amoroso.

Ocorre que, com o avanço dos meios de comunicação, esses dados são facilmente copiados e compartilhados nas redes virtuais. Dessa maneira, torna-se acessível a uma quantidade de pessoas inestimáveis, pois quando os dados são compartilhados uma vez, fica fora de controle a rede de compartilhamento.

No Brasil, a prática se popularizou como “nudes”, consistente em enviar imagens íntimas para pessoas de envolvimento íntimo de confiança. No entanto, com o aumento exponencial de fatos referentes à exposição não autorizada desse conteúdo e sem Lei específica que amparasse o julgamento desses crimes e conseqüentemente punisse os autores, foram necessárias modificações consideráveis no texto legal concernente aos crimes sexuais, a fim de conceder um tratamento mais severo, por meio da definição novos tipos penais e causas de aumentos de penas, que possibilitasse a punição adequada.

2.2 A TIPIFICAÇÃO DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA (*REVENGE PORN*) APÓS A LEI 13.718/2018

Há alguns anos, têm se tornado comuns situações em que pessoas famosas e anônimas são surpreendidas com a divulgação repentina de imagens e vídeos mostrando a sua intimidade na rede mundial de computadores.

Essas divulgações ocorrem por diferentes motivos, podendo ser por colaboração involuntária da própria pessoa que deixa ser fotografada ou filmada por outra ou que envia em caráter confidencial imagens íntimas para alguém próximo que as divulga sem autorização ou ainda quando o interessado tem sua intimidade completamente violada sem o seu conhecimento.

Sucedem que, não obstante a divulgação ilícita de imagens íntimas sem autorização, caracterizasse manifesta ofensa à dignidade sexual da vítima, não havia no ordenamento jurídico amparo adequado a essas pessoas.

A Lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann¹⁰) que inseriu o art. 154-A no Código Penal¹¹, embora punisse a invasão de dispositivo informático, mostrava-se insuficiente para unir outras situações de violação e exposição da intimidade da vítima, quando não ocorridas pelo seu tipo penal. Como não havia previsão específica dessa conduta como crime no direito penal brasileiro, a tipificação penal enquadrada para a conduta de *revenge porn* era a de difamação ou injúria, em especial, a injúria majorada, constante

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616329/>>. Acesso em: 17 set. 2022.

¹⁰ No ano de 2011, a atriz brasileira Carolina Dieckmann teve fotos pessoais divulgadas por anônimo que invadiu o seu computador. Tal ato ensejou a criação da Lei 12.737/2012, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann, responsável por tipificar os crimes informáticos no Brasil.

¹¹ Art. 154-A. Adentrar dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização exterioriza ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. (PLANALTO, LEI 12.737/2012)

no art. 141, III, do Código Penal¹². Todavia, a pena para esse ato era considerada branda e não eficaz, ensejando um completo descaso a essas vítimas.

Assim sendo, em resposta à demanda crescente de proteção legal das vítimas dessa espécie de crime cibernético, foi aprovada a Lei 13.718/2018, que trouxe modificações significativas no direito pátrio. Muito embora a supracitada Lei não tenha enquadrado a conduta *revenge porn* como um crime específico, o considerou como um aumento de pena do crime instituído pelo art. 218-C ao Código Penal:

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)

Exclusão de ilicitude (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

A teor do artigo em questão, é punido aquele que promove, sem o consentimento dos envolvidos, a divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia, assim como aquele que possibilita a publicação de cenas de estupro ou de estupro de vulnerável.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci¹³:

Esses dois objetivos advieram dos vários casos concretos, acompanhados pela sociedade brasileira, nos últimos tempos. Houve quem esturpasse uma moça, inconsciente ou semi-inconsciente, colocando o vídeo dessa conduta na internet para conhecimento público. Houve, ainda, quem divulgasse foto de namorada nua ou de relação sexual mantida entre namorados, igualmente, para ciência pública em redes sociais.

As condutas típicas podem ser praticadas pelas mais diversas formas, constando nove ações nucleares. O tipo se apresenta, portanto, como misto alternativo, no qual o agente preenche o elemento objetivo nuclear praticando qualquer dos verbos, isolada ou cumulativamente.

O dispositivo aponta a expressão “por qualquer meio” e esclarece que tal comando inclui o uso de comunicação de massa (como jornais, revistas, publicações em geral, programas de televisão, entre outros) ou de sistema de informática ou telemática (como e-mail, WhatsApp, Messenger, internet em geral, Skype, Instagram, Twitter, LinkedIn, blog, site, entre outros)¹⁴. Em outras linhas, está incluso qualquer meio

¹² Art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria. (PLANALTO, DECRETO-LEI Nº 2.848 DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940)

¹³ NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Direito Penal** (17th edição). Editora Forense: Grupo GEN, 2021, p. 807. E-book. ISBN 9788530993566. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993566/>>. Acesso em: 17 set. 2022.

¹⁴ DOS REIS, Anna Carolina Gomes; ELTZ, Magnum. **Direito penal IV**. Porto Alegre: Grupo A, 2022, p. 30. E-book. ISBN 9786556903163. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556903163/>.

que permita a transmissão de arquivos de fotos, vídeos ou que admita a transmissão audiovisual em tempo real.

Nos termos do § 1º do artigo em questão, a pena é majorada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é cometido por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, ou praticado com o fim de vingança ou humilhação.

O objeto do nosso trabalho está intrinsecamente relacionado a parte final deste parágrafo. O denominado *revenge porn* geralmente ocorre quando alguém, após o término de um relacionamento amoroso, expõe publicamente imagens ou vídeos íntimos do(a) ex-parceiro(a) por sentimento de vingança ou com a finalidade de humilhá-lo(a).

Conforme Ricardo Antonio Andreucci¹⁵, essas finalidades (vingança e humilhação) específicas do agente tornam o crime mais reprovável e, por consequência, merecedor de reprimenda mais severa.

Segundo Nucci¹⁶, a justificativa para o surgimento desse tipo penal incriminador está arraigado na divulgação de dados relacionados a nudez e ao sexo pelo que expõe as vítimas a um grande público. Destaca ainda o nobre autor que:

a prática do estupro e sua divulgação por rede social, por exemplo, deveriam gerar dois delitos, pois lesa a liberdade sexual e a honra da vítima. Porém, o tipo se proclama expressamente subsidiário, cedendo espaço a delitos mais graves que o envolvam. Diante disso, quem comete o estupro e divulga, segundo nos parece, pratica somente estupro; a seguinte divulgação é fato posterior não punido.

E nesse mesmo diapasão, a seguir, demonstra-se o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, a respeito dessa majorante¹⁷:

EMENTA: DISPONIBILIZAÇÃO, TRANSMISSÃO E DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIAS COM CENAS DE NUDEZ E DE SEXO SEM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. Prova segura da autoria e da materialidade do delito. Dolo caracterizado. Réu que enviou fotografias com cenas de sexo e de nudez para a genitora e o namorado da vítima, sua ex-namorada, após o término do relacionamento, com o propósito de humilhação ou vingança. Declarações coerentes e seguras da ofendida e das testemunhas em consonância com prova documental. Impossibilidade de reconhecimento de crime único. Condenação mantida. Básicas estabelecidas no piso legal e, na terceira fase, majoradas de um terço pela causa de aumento do § 1º, do artigo 218-C, do Código Penal, seguido de novo acréscimo pela continuidade delitiva, sendo suficiente, todavia, a fração de um sexto (e não de um quarto). Substituição na forma do artigo 44, do Código Penal, por uma restritiva de direitos e multa. Readequação da prestação pecuniária a um salário mínimo, diante da ausência de justificativa na sentença e de informações acerca da situação financeira do réu. Regime aberto para o caso de conversão. Recurso parcialmente provido.

Vale ressaltar que a ocorrência do *revenge porn* não se limita ao término de relacionamento amoroso duradouro. Pode ser também resultado de um relacionamento breve ou de um encontro casual. Consoante Rogério Sanches¹⁸, “o aumento pode incidir ainda que o autor e a vítima tenham tido apenas um encontro casual”. Em outras linhas,

Acesso em: 19 set. 2022.

¹⁵ ANDREUCCI, Ricardo A. **Manual de Direito Penal** - verificado. 14 ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 435. E-book. ISBN 9788553616329. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616329/>>. Acesso em: 17 set. 2022.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Direito Penal** (17th edição). Editora Forense: Grupo GEN, 2021, p. 807. E-book. ISBN 9788530993566. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993566/>>. Acesso em: 17 set. 2022.

¹⁷ TJ/SP. 5ª Câmara de Direito Criminal. APR: 15004950520208260281 SP 1500495-05.2020.8.26.0281, Relator: Tristão Ribeiro, Data de Julgamento: 09/02/2022, Data de Publicação: 09/02/2022.

¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.718/18: Introdz Modificações nos Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 25 set. 2018. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introdz-modificacoes-nos-crimes-contra-dignidade-sexual/>> Acesso em: 11 de setembro de 2022, p. 07.

não há necessidade de prévia relação íntima de afeto, muito embora seja mais comum que ela exista.

Por fim, o § 2º estabelece a excludente de ilicitude para as situações em que o fato é publicado como sendo de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica, desde que se adote recurso que impossibilite a identificação da vítima.

Outrossim, foi estabelecida como justificante o ato executado com prévia autorização de quem foi registrado na imagem ou vídeo, caso seja maior de 18 (dezoito) anos. Se menor, não haverá relevância o consentimento do ato, incidindo, assim, as regras estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

2.3 A PORNOGRAFIA NÃO CONSENSUAL COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER

A pornografia não consensual consiste na distribuição - sem a sua autorização - de imagens de teor íntimo ou sexual de indivíduos, o que pode incluir imagens obtidas sem o prévio consentimento, assim como as obtidas inicialmente com o consentimento, ocorrendo normalmente dentro de um relacionamento. Apesar de a “pornografia de vingança” está relacionada ao segundo caso, o termo é reiteradamente utilizado para todas as formas de pornografia não consensual¹⁹.

A pornografia não consensual em geral pode ocorrer de diversas formas, inclusive com diferentes tratamentos jurídicos. Todavia, uma das modalidades menos protegidas da pornografia não consensual consiste no compartilhamento de imagens íntimas sem o consentimento da vítima.

Como bem pondera Fabrício Pinto Weiblen²⁰:

Essa categoria, chamada de “pornografia de vingança”, é um problema crescente, pois os sites dedicados à pornografia involuntária se multiplicaram nos últimos anos e as condutas levam as vítimas a ameaças de segurança, perda de emprego e dano social. Apesar dos riscos, as pessoas continuam compartilhando imagens explícitas acreditando que seus parceiros nunca as trairão.

Cumprir mencionar que esse fenômeno envolve de forma vultosa conflito de gênero e sexualidade, na medida em que há uma construção histórica baseada em condutas e aspectos que são, de um lado, masculinos e, de outro, femininos.

Desde a infância os meninos e as meninas são orientados a valores culturais opostos. Enquanto estas são educadas para a submissão, passividade, e a capacidade de sedução para procriação; aqueles são conduzidos à dominação, à virilidade e ao início precoce da vida sexual.

Consoante bem declara as pesquisadoras Vivianne Cavalcante e Acácia Lelis²¹, “há um imperativo social que compele as mulheres ao retardamento sexual, obrigando-as ao estigma de recatadas e castas, enquanto ao sexo masculino é permitida a sexualidade plena, sendo, inclusive, causa de vanglória entre seus pares”.

Nesse paradigma, ainda que a desigualdade de gênero não seja o único fato existente na ocorrência de “pornografia de vingança”, haja vista que não é suportado apenas por mulheres, é uma modalidade praticada de forma desproporcional contra elas.

Constata-se que a disseminação não consensual é praticada majoritariamente por

¹⁹ WEIBLEN, Fabrício Pinto. A criminalização da “pornografia de vingança” como reação à violência de gênero: uma análise de direito comparado. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 79, jan./mar. 2021, p. 61.

²⁰ WEIBLEN, Fabrício Pinto. A criminalização da “pornografia de vingança” como reação à violência de gênero: uma análise de direito comparado. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 79, jan./mar. 2021, p. 60.

²¹ CAVALCANTE, Vivianne A. P.; LELIS, Acácia G. S. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança. In: **Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 4, n. 3, jun de 2016, p. 65.

homens, sendo vítimas principalmente as mulheres, configurando declaradamente violência de gênero.

Nesse contexto, a organização End Revenge Porn²², no ano de 2014, disponibilizou uma pesquisa em seu site onde evidenciou o índice de vítimas. Dos entrevistados, 90% foram mulheres que alegaram já terem sido vítimas da pornografia de vingança. Destas, 57% informaram que o conteúdo foi publicado por um ex-companheiro homem. Ademais, 93% das vítimas relataram o sofrimento emocional sofrido devido a exposição; 82% disseram terem sofrido prejuízo em sua vida social ou ocupacional e 49% passaram a ser assediadas ou perseguidas na internet por outros usuários que tiveram acesso às suas gravações, Por fim, 51% passaram a ter pensamentos suicidas.

Ainda nessa linha, segue o precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça²³:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DE URLS DOS RESULTADOS DE BUSCA. POSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO. (...) 5. Como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas pelos usuários, especialmente em situações que: (i) a rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (ii) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta. (...) 7. **A "exposição pornográfica não consentida", da qual a "pornografia de vingança" é uma espécie, constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis.** 8. A única exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet, prevista na Lei 12.965/2014, está relacionada a "vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado", conforme disposto em seu art. 21 (...). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo, e não a partir da ordem judicial com esse comando. 9. Na hipótese em julgamento, a adolescente foi vítima de "exposição pornográfica não consentida" e, assim, é cabível para sua proteção a ordem de exclusão de conteúdos (indicados por URL) dos resultados de pesquisas feitas pelos provedores de busca, por meio de antecipação de tutela. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (grifos acrescentados)

Não se pode negar que a violência contra a mulher é resultado de uma construção histórica e encontra-se intimamente relacionada com as relações de poder, classes e etnias, vividas ao longo dos anos em uma sociedade de costume essencialmente patriarcal. Tal comportamento mostra-se, pois, como uma expressão cultural que ultrapassa gerações, renovando-se de forma diversificada com o passar dos anos.

Sucedo que, em virtude de as práticas de violência contra a mulher se tornarem corriqueiras, a sociedade por muitas vezes tende a observá-las como se fossem acontecimentos normais e admissíveis.

Ademais, em virtude desse ambiente historicamente patriarcal e machista, a vítima muitas vezes está inserida em um contexto de submissão e inferioridade, o que não a faz perceber que a conduta limitante e estigmatizante na verdade se trata de uma

²² Disponível em: <RPStatistics (endrevengporn.org)>. Acesso em: 24 set. 2022.

²³ STJ, 3º Turma, REsp 1679465/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 13/03/2018, DJe 19/03/2018.

ato de violência de gênero.

No Brasil, não são raros os casos de *revenge porn*, alguns, entretanto, ganharam notoriedade nacional dada à amplitude de suas divulgações e consequências drásticas em que resultaram²⁴.

2.3.1 CASOS CONCRETOS

2.3.1.1 O CASO ROSE LEONEL

Rose Leonel, jornalista, mãe, residia na cidade de Maringá no Paraná foi uma vítima da pornografia de vingança. Rose era noiva e em outubro de 2005 terminou o seu relacionamento de quatro anos com Eduardo Gonçalves Dias que, inconformado com o fim da relação, decidiu divulgar fotos íntimas da sua ex-companheira.

O conteúdo foi vazado em sites do Brasil e do exterior, onde mostrava o e-mail enviado para mais de 15 mil destinatários, cujo título era “Apresentando a colunista social Rose Leonel- Capítulo 1”. Com as imagens, foi exposto também o número de telefone de Rose e do seu filho menor de idade.

Além disso, Eduardo distribuiu diversos CD's pela cidade de Maringá com o conteúdo. Foram três anos e meio de exposição. Eduardo mandava e-mails a milhares de destinatários com montagens pornográficas, nomeando os e-mails como "Capítulo 2, 3...".

Em virtude da circulação desse conteúdo, diversas marcas foram deixadas na vida de Rose e seu filho: ela perdeu o emprego, os amigos e a sua saúde mental; seu filho teve que trocar de escola diversas vezes, até que precisou mudar de país para morar com seu pai, por não aguentar mais o *bullying* no colégio.

Rose moveu quatro processos judiciais contra seu ex-companheiro e no ano de 2012, ele foi condenado a um ano e onze meses em regime semiaberto, além de pagar o valor de R\$ 30 mil reais a título de indenização.

Existiam mecânicos para defesa, porém faltava uma lei específica para os casos de *revenge porn* e no ano de 2013 essa necessidade foi transformada no projeto de Lei nº 5.555/13 (Lei Rose Leonel) também conhecido como “Maria da Penha Virtual” pelo Deputado João Arruda, transformado na Lei Ordinária nº 13.772/2018.

2.3.1.2. O CASO DE JÚLIA REBECA DOS SANTOS

A jovem Rebeca, que morava em Parnaíba, no litoral do Piauí, gravou um vídeo de sexo com uma garota e seu namorado à época, todos menores de idade. As imagens foram distribuídas pelos celulares na cidade sem o consentimento da jovem.

No dia 10 de novembro de 2013, a adolescente foi encontrada no seu quarto, por sua tia, morta enforcada pelo fio da prancha alisadora. Horas antes, a jovem fez postagens em suas redes sociais no Twitter e Instagram avisando “é daqui a pouco que tudo acaba”, além de compartilhar uma montagem com fotos dela e da mãe onde se desculpava: “Eu te amo, desculpa eu não ser a filha perfeita mas eu tentei... desculpa desculpa eu te amo muito”.

No dia seguinte, um primo de Júlia confirmou nas redes sociais dela o suicídio e pediu respeito à dor da família o que não foi atendido, pois a maioria das pessoas que comentavam sobre o caso culpabilizavam a garota por ter filmado e por demonstrar prazer sexual na prática sexual.

A outra garota que aparece no vídeo também tentou cometer suicídio por

²⁴ CAVALCANTE, Vivianne A. P.; LELIS, Acácia G. S. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança. In: **Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 4, n. 3, jun de 2016, p. 65.

envenenamento, cinco dias após a morte de Júlia, mas chegou a ser socorrida com vida no hospital da cidade.

A família desconhecia a existência do vídeo até o sepultamento da adolescente. Tomou conhecimento quando um primo recebeu a gravação e relatou aos parentes, que resolveram procurar a polícia.

No dia 18 de novembro, oito dias após o suicídio da jovem, um site intitulado como “SP News” anunciava a venda online do vídeo íntimo, onde estava sendo cobrado R\$ 4,90 pelo material. A página era hospedada fora do Brasil. A família buscou a responsabilização criminal e civil do administrador, porém ninguém nunca foi responsabilizado pelo crime.

2.3.1.3. O CASO DE SAORI TEIXEIRA

Saori Teixeira tinha apenas 12 anos quando, ao chegar na escola, se deparou com todos cochichando, olhares furtivos e com suas fotos íntimas nas paredes da escola em que estudava. Eram fotos que ela tinha enviado para um garoto com quem tinha se envolvido, à época com 17 anos.

Relatou que ele pedia para terem outras relações sexuais, ameaçou compartilhar as fotos com a escola caso ela se negasse. Com a recusa, o garoto compartilhou as fotos. Logo foi chamada à diretoria, momento em que foi expulsa da escola, além de apanhar do seus pais, que eram muito religiosos.

Relatou, ainda, que foi obrigada a ficar dois anos sem estudar; não saía e não tinha amigos. Esses fatores a levaram a entrar em depressão e a tentar suicídio.

O crime não terminou naquele dia, suas fotos foram para o Facebook e diversos sites de pornográfica. Contudo, após solicitação o conteúdo foi retirado do Facebook.

A garota teve auxílio psicológico e registrou boletim de ocorrência. O garoto que compartilhou as fotos, todavia, permanece sem punição.

2.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

Nos últimos anos, a pornografia de vingança vem alcançando uma maior visibilidade, sendo assim passou a ser tratada como uma forma de violência contra a mulher, tendo em vista que é quem configura a grande maioria de vítimas.

De acordo com o que foi apresentado durante o estudo, é perceptível no histórico da pornografia de vingança que as vítimas, além de lidarem com a violência cometida pelo autor do delito, ocorre ainda um lixamento virtual, este colocando a vítima como o responsável pela exposição. Isto, no aspecto jurídico, além de ser visto como um dano emocional - que é totalmente irreparável - enfrenta ainda os obstáculos para se conseguir a devida punição do autor do delito.

A divulgação das imagens atinge as vítimas e seus familiares de formas irreparáveis, podendo influenciar na saúde física e psicológica, causando distanciamento familiar e social, perda de emprego, depressão e em alguns casos, o suicídio.

O autor do delito antes da Lei 13.718/18 era punido com incurso nas penas do artigo 154-A ou pelos crimes contra a honra, previstos no Código Penal, vê-se assim na seguinte jurisprudência²⁵:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 154-A DO CP. INVASÃO DE DISPOSITIVO ELETRÔNICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO § 4º DO ART. 154-A DO CP. POSSIBILIDADE.

²⁵ TJ/ES. 1ª Câmara Criminal. APL: 00035837320148080011, Relator: Willian Silva, Data de Julgamento: 31/01/2018, Data de Publicação: 16/02/2018.

RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. [...] 2. Restou cabalmente comprovado que o réu se apoderou do celular da vítima, único objeto que continha fotos suas em situações íntimas, divulgando-o por grupos de Whatsapp, utilizando-se, assim, da chamada revenge porn, ou vingança pornográfica, como forma de penalizar a vítima pelo fim do relacionamento amoroso que havia entre eles. 3. Tendo o agente divulgado as fotos para um número indeterminado de pessoas, deve incidir a causa de aumento prevista no art. 154-A, § 4º do CP. 4. Recurso defensivo desprovido. Recurso ministerial provido.

A consequência que se torna mais grave da pornográfica de vingança é aquilo que pode nunca ser apagado e visto por uma quantidade imensurável de pessoas. Com a atualização do assunto pela Lei 13.718/18, existe o pedido de retirada do conteúdo pelos servidores, como demonstrado a aplicação dos dispositivos previstos no Marco Civil da Internet²⁶:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO [...] 2. O propósito recursal consiste em determinar os limites da responsabilidade de provedores de aplicação de busca na Internet, com relação à divulgação não consentida de material íntimo, divulgado antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet. 3. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte; (ii) após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, devem ser observadas suas disposições nos arts. 19 e 21. Precedentes. [...] 7. **O art. 21 do Marco Civil da Internet não abarca somente a nudez total e completa da vítima, tampouco os "atos sexuais" devem ser interpretados como somente aqueles que envolvam conjunção carnal. Isso porque o combate à exposição pornográfica não consentida - que é a finalidade deste dispositivo legal - pode envolver situações distintas e não tão óbvias, mas que geral igualmente dano à personalidade da vítima.** 8. Recurso conhecido e provido. (grifos acrescidos)

A vítima da pornografia de vingança precisa saber que ela não está desamparada. Qualquer pessoa que tenha sido vítima pode denunciar e pedir ajuda às autoridades. Para isso, ela deve²⁷: salvar evidências da sua exposição; tirar “prints” de telas; arquivar e-mails; salvar URLs e guardar conversas trocadas por aplicativos de mensagens. Todo esse material deve ser registrado em tabelionato de nota como ata notarial. Assim, o tabelião atesta que o material é verídico.

Associado a isso, é importante que a vítima faça um boletim de ocorrência em uma delegacia especializada em crimes cibernéticos ou em uma delegacia da mulher. Caso não as tenha na cidade, deverá ir à delegacia mais próxima.

Igualmente, é significativo reportar à plataforma onde está exposto o conteúdo de nudez sem autorização e solicitar remoção das buscas. O Google oferece um formulário específico para solicitar essa remoção. Convém mencionar que a imagem não será removida com essa solicitação, no entanto ela não mais aparecerá associada ao nome da vítima nos resultados de buscas no Google.

3 METODOLOGIA

²⁶ STJ. 3ª Turma, REsp: 1735712 SP 2018/0042899-4, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 19/05/2020, , Data de Publicação: DJe 27/05/2020.

²⁷ Disponível em: <Passo a passo legal para vítimas de Pornografia de Revanche | SaferNet Brasil>. Acesso em: 24 set. 2022

Segundo Maria Margarida de Andrade, a metodologia é o conjunto de métodos ou caminhos que são percorridos na busca do conhecimento²⁸ e o método de abordagem é o conjunto de procedimentos utilizados na investigação de fenômenos ou no caminho para chegar-se à verdade²⁹.

Já as técnicas de pesquisa, João Bosco Medeiros³⁰ afirma que são conjuntos de normas utilizadas especificamente pelas mais diversas ciências. A técnica de pesquisa está relacionada com a parte prática da pesquisa.

Logo, a pesquisa científica realizada neste trabalho foi do tipo qualitativa, haja vista que o referente estudo está destinado a entender as várias possibilidades que envolvem o tema gerando uma melhor perspectiva e exploratória porque para um mesmo fato de direito pode haver inúmeras explicações alternativas.

Ainda, utilizou-se como método a pesquisa bibliográfica exploratória e jurisprudencial, obtida através de consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, em especial, em meio eletrônico e/ou digital.

Para isso, adotou-se o método de abordagem dedutivo, empregando, como técnica de pesquisa, levantamentos de material bibliográfico, utilizando-se de doutrina, trabalhos científicos, pesquisa jurisprudencial e análise legislativa. Tratando-se de pesquisa, portanto, teórica.

Aliado ao método de abordagem, colocou-se o método de procedimento monográfico, visto que se prima pelo aprofundamento pontual sobre o tema adotado, por meio de livros, artigos e pesquisa de dados sobre o *revenge porn*, destacando-se que tais fontes foram adicionadas aos julgados do Superior Tribunal de Justiça na análise da resposta judicial a esse crime que é latente no Brasil e que precisa de enfrentamento.

4 RESULTADO E DISCUSSÃO

Diante do exposto, é necessário, primeiramente, congratular o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que vem respeitando a proteção da vítima no contexto de exposição pornográfica não consentida. Nos termos do informativo 672 do STJ³¹, a configuração de danos morais independente de o rosto da vítima estar flagrantemente evidenciado:

A "exposição pornográfica não consentida", da qual a "pornografia de vingança" é uma espécie, constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis. Assim, não há como descaracterizar um material pornográfico apenas pela ausência de nudez total. O fato de o rosto da vítima não estar evidenciado nas fotos de maneira flagrante é irrelevante para a configuração dos danos morais, uma vez que a mulher vítima da pornografia de vingança sabe que sua intimidade foi indevidamente desrespeitada e, igualmente, sua exposição não autorizada lhe é humilhante e viola flagrantemente seus direitos de personalidade. O art. 21 do Marco Civil da Internet não abarca somente a nudez total e completa da vítima,

²⁸ ANDRADE, Maria Margarida D. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalhos na graduação, 10ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2012, p. 117. E-book. ISBN 9788522478392. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522478392/>. Acesso em: 20 set. 2022.

²⁹ ANDRADE, Maria Margarida D. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalhos na graduação, 10ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2012, p. 118. E-book. ISBN 9788522478392. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522478392/>. Acesso em: 20 set. 2022.

³⁰ MEDEIROS, João B. **Redação Científica** - Guia Prático para Trabalhos Científicos, 13ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 51. E-book. ISBN 9788597020328. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020328/>. Acesso em: 20 set. 2022.

³¹ STJ. 3ª Turma. REsp 1.735.712-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/05/2020 (Info 672). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2020.pdf> p. 115. Acesso em: 12 de setembro de 2022.

tampouco os "atos sexuais" devem ser interpretados como somente aqueles que envolvam conjunção carnal. Isso porque o combate à exposição pornográfica não consentida - que é a finalidade deste dispositivo legal - pode envolver situações distintas e não tão óbvias, mas que geram igualmente dano à personalidade da vítima. (Informativo n. 672)

Faz-se necessário que o Legislativo e o Judiciário tutele o direito de proteção da imagem, frente ao *revenge porn*, viabilizando o combate de forma contundente da prática de crimes violadores da dignidade sexual das pessoas, sejam elas famosas ou anônimas, pelos meios jurídicos disponíveis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar precipuamente o fenômeno da pornografia de vingança, a fim de avaliar a legislação penal referente a essa conduta e o seu enfrentamento no Brasil.

A partir disso, verificou-se que a era digital causou múltiplas transformações na sociedade e envolveu toda a população, pela facilidade de acesso onde tudo é compartilhado e exibido de forma muito simples e prática, assim gerando grandes consequências e lidando com a dificuldade para inibir conteúdos que não deveriam ter sido compartilhados, assim a expansão dos crimes sexuais cibernéticos. Em outras palavras, com o fortalecimento do uso de aparelhos eletrônicos e do acesso à internet, foram surgindo novos crimes sexuais por meio virtual, dentre eles a pornografia de vingança.

Antes da Lei 13.718/2018, essa prática era punida, em regra, como crime contra a honra. Todavia, a pena para esse ato era considerada branda e ineficaz. Assim, em resposta à demanda crescente de proteção legal das vítimas desse crime cibernético, foi aprovada a supramencionada Lei que inseriu o art. 218-C ao Código Penal.

A teor do artigo em questão, é punido aquele que promove, sem o consentimento dos envolvidos, a divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia, assim como aquele que possibilita a publicação de cenas de estupro ou de estupro de vulnerável. Quanto à conduta especialmente tratada no trabalho, trata-se de uma causa de aumento constante no §1º do mencionado artigo que assim disciplina: 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.

Ademais, constatou-se que esse fenômeno afeta de forma desproporcional as mulheres, pelo que se encontra intimamente relacionado a cultura historicamente patriarcal e machista estabelecida na sociedade brasileira. Nesse sentido, a pornografia de vingança trata-se de explícita violência de gênero, arraigada pelo tratamento discriminatório dado a sexualidade de acordo com o gênero.

Em relação às consequências jurídicas dessa prática, observou-se que em razão da gravidade dos danos causados às mulheres e aos bens jurídicos tutelados, recomenda-se a legítima criminalização dessa conduta.

Por todo o exposto neste artigo, entende-se que a violência de gênero tem se apresentado sob novas formas e por diversos meios na atualidade, sendo a pornografia de vingança uma de suas modalidades, de sorte que foi necessária efetiva resposta legislativa e judicial. Na realidade, a pornografia de vingança prejudica toda a sociedade, pois afeta a vida, a dignidade e a liberdade de suas vítimas, além de ser fruto de diversos fatores sociais e culturais da sexualização da mulher na internet.

A Lei 13.718/2018, nessa conjuntura, como uma reestruturação do ordenamento jurídico brasileiro, representa um passo fundamental no combate aos crimes de gênero. Contudo, não se pode negar que ainda há muito o que se fazer para que a reprimenda de fato desestimule a pornografia de vingança e que, *pari passu*, proporcione uma justa reparação dos danos sofridos pela vítima. Destarte, configura-se em um novo desafio a

busca pela abrangência de forma eficaz na seara dessa conduta tão reprovável pela sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida D. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**, 10ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2012. E-book. ISBN 9788522478392. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522478392/>. Acesso em: 20 set. 2022.

ANDREUCCI, Ricardo A. **Manual de Direito Penal - verificado**. 14 ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553616329. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616329/>. Acesso em: 17 set. 2022.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; BARRETO, Karolinne Brasil. **Lei 13.718/18: criminalização da divulgação de cena de sexo, nudez e pornografia sem consentimento da vítima e outros delitos**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/288717/lei-13-718-18--criminalizacao-da-divulgacao-de-cena-de-sexo--nudez-e-pornografia-sem-consentimento-da-vitima-e-outros-delitos> Acesso em: 11 de setembro de 2022.

BBC Brasil. **Fui vítima de pornô de vingança e vivi um inferno, até que mudei a forma de lidar com isso**. G1, 16 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/04/16/fui-vitima-de-porno-de-vinganca-e-vivi-um-inferno-ate-que-mudei-a-forma-de-lidar-com-isso.ghtml>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 11 de setembro de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 11 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Brasília, DF, 30 nov. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Brasília, DF, 24 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018**. Brasília, DF, 19 dez. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm Acesso em: 10 set. 2022.

BRITO, Auriney. **Direito penal informático**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502209428. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502209428/>. Acesso em: 19 set. 2022.

CAETANO, Marcela Amado. **A problemática da pornografia de vingança sob a ótica do direito penal brasileiro**. 2022. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia., Uberlândia, 2022.

CAPUA, Valdeci Ataíde; BARBOSA, Margareth Brandina; FRANCISCO, Larissa Jardim Monteiro. Lei 13.718/2018 e a inserção da “Revenge Porn”. In: **Conexão Acadêmica**, Vol. 10, julho 2019. Disponível em: <www.conexaoacademica.net>. Acesso em: 17 de setembro de 2022.

CAVALCANTE, Vivianne A. P; LELIS, Acácia G. S. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança. In: **Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 4, n. 3, jun de 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.718/18**: Introduz Modificações nos Crimes Contra a Dignidade Sexual. 25 set. 2018. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introduz-modificacoes-nos-crimes-contra-dignidade-sexual/>> Acesso em: 11 set. 2022.

CRUZ, Bianca Beatriz Barbosa da; FIGUERÊDO, Cristiano Lazaro Fiuza. **Crime Cibernético: A Pornografia de Vingança como Violência de Gênero contra a Mulher e a Prática de Divulgação Disciplinada Na Lei 13.718/18**. Disponível em: <CRIME CIBERNÉTICO: A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER E A PRÁTICA DE DIVULGAÇÃO (1library.org)> Acesso em: 17 set. 2022.

DIAS, Felipe da Veiga; BOLESINA, Iuri. O Revenge Porn no Brasil e as Consequências da Criminalidade Digital Para os Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes: Uma análise a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, ano 8, n. 14, jul./dez. 2019.

DOS REIS, Anna Carolina Gomes; ELTZ, Magnum. **Direito penal IV**. Porto Alegre: Grupo A, 2022. E-book. ISBN 9786556903163. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556903163/>. Acesso em: 19 set. 2022.

END REVENGE PORN. Disponível em:<[RPStatistics \(endrevengeporn.org\)](http://RPStatistics(endrevengeporn.org))>. Acesso em: 24 set. 2022.

ESTEFAM, André. **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555597486. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597486/>. Acesso em: 19 set. 2022.

HARTMANN, Ivar A. Regulação da Internet e novos desafios da proteção de direitos constitucionais : o caso do revenge porn. **Revista de informação legislativa**, v. 55, n. 219, p. 13-26, jul./set. 2018. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/552756>> Acesso em: 16 set. 2022.

MEDEIROS, João B. **Redação Científica - Guia Prático para Trabalhos Científicos**, 13ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN

LEI 13.104/15 E A PROTEÇÃO DAS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA

Débora Lee Jusselino de Almeida e Silva¹
Susana Vieira de Araújo Marinho²
Tulio Augusto Andrade Oliveira³

RESUMO

O presente capítulo tem por objetivo geral analisar a Lei 13.104/15 e a proteção das mulheres em situação de violência, em suas nuances. Já quanto aos objetivos secundários, a corrente pesquisa investigou os aspectos controvertidos sobre a violência contra mulher no Brasil; perscrutou o feminicídio e sua compatibilidade com o princípio da isonomia; perquiriu as espécies de feminicídio; sondou a plausibilidade da majoração da pena no feminicídio; e teceu breves reflexões sobre a necessidade de uma maior atuação do Estado, para se fazer cumprir as leis e programas de proteção já existentes, ao invés de editar inúmeras normas criminalizadas. Para atingir os objetivos colimados no corpo do trabalho, recorreu-se a uma de natureza básica, exploratória, qualitativa e bibliográfica. As contribuições do trabalho realizado, reina na esfera da difusão da política protetiva ao público feminino, bem como na orientação a comunidade científica e a sociedade como um todo sobre a gravidade e delicadeza do problema, ensejando a inibição do comportamento hediondo, oportunizando, por conseguinte, as mulheres vítimas de agressões a intrepidez para denunciar as injúrias sofridas.

Palavras-chave: Direito Penal. Lei 13.104/15. Feminicídio. Proteção das Mulheres.

ABSTRACT

The purpose of this chapter is to analyze Law 13.104 / 15 and the protection of women in situations of violence, in their nuances. Regarding secondary objectives, current research investigated the controversial aspects of violence against women in Brazil; examined femicide and its compatibility with the principle of isonomy; he surveyed the species of femicide; probed the plausibility of the increase of the pen in femicide; and

¹ Uniesp. Email: deboralee01@hotmail.com

² Uniesp. Email: susanavdam@gmail.com

³ Uniesp. Email: tulioaugusto@hotmail.com

made brief reflections on the need for greater State action to enforce existing laws and protection programs, rather than to edit numerous criminalized norms. To reach the objectives collimated in the body of the work, we used a basic, exploratory, qualitative and bibliographic nature. The contributions of the work carried out, reigns in the sphere of the diffusion of the protective policy to the feminine public, as well as in the orientation to the scientific community and the society as a whole on the gravity and delicacy of the problem, allowing the inhibition of the hideous behavior, thus opportunizing , women victims of intrepidity aggressions to denounce the injuries suffered.

Key-words: Criminal Law. Law 13.104 / 15. Femicide. Protection of Women.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher representa uma das formas mais execráveis de maculação aos direitos humanos, caracterizado como um paradigma de violência singular, conceituada pelos instrumentos de proteção internacionais como toda conduta assentada no gênero, que tenha por efeito o resultado morte, injúrias de natureza física, sexual ou psicológica.

A violência de natureza doméstica é uma das mais corriqueiras no cenário brasileiro, evidenciada, cotidianamente, nos veículos midiáticos. Lamentavelmente, a cultura machista enraizada em nossa sociedade, sugere que a rotina de violência que oprime as mulheres, é parte da cultura pátria, herança esta, umbilicalmente ligada aos contornos cognitivos primitivos de que o homem se encontra em posição de superioridade sobre a figura feminina.

Face a problemática esposa, a Lei Maria da Penha, sancionada em 7 de agosto de 2006, veio reivindicar uma mudança de comportamento, exigindo através dos seus comandos imperativos, o respeito e equidade.

Por sua vez, a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, alterando o Código Penal brasileiro, concebeu o denomina feminicídio, que passou a vigorar como qualificadora do crime de homicídio, recebendo tratamento de ilícito hediondo.

Portanto, justificam-se pesquisas que visem abordar a violência contra a mulher, à luz da legislação e doutrina hodierna, como um meio de difundir a política protetiva ao público feminino, bem como orientar a comunidade científica e a sociedade como um todo sobre a gravidade e delicadeza do problema, no fito de coibir o comportamento aberrante e possibilitar as suas vítimas a coragem de denunciar os seus algozes pelas injurias.

Desta forma, o presente artigo tem por objetivo geral analisar a Lei 13.104/15 e a proteção das mulheres em situação de violência, em suas peculiaridades. Já quanto aos objetivos secundários, a corrente pesquisa pretende: investigar os aspectos controvertidos sobre a violência contra mulher no Brasil; perscrutar o feminicídio e sua compatibilidade com o princípio da isonomia; perquirir as espécies de feminicídio; sondar a plausibilidade da majoração da pena no feminicídio; e tecer breves reflexões sobre a necessidade de uma maior atuação do Estado, para se fazer cumprir as leis e programas de proteção já existentes, ao invés de editar inúmeras normas criminalizadas.

Para atingirmos os objetivos colimados no parágrafo antecedente, recorreremos a abordagem metodológica de natureza básica, exploratória, qualitativa e bibliográfica.

2 ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO BRASIL

A violência contra a mulher é um assunto bastante evidente no contexto mundial, trazendo consigo discussões calorosas e controvérsias sobre a problemática. No Brasil, a violência de natureza doméstica é uma das mais corriqueiras, podendo ser constatadas nas diversas publicidades jornalísticas, que expõem, não raramente, inúmeras histórias de sofrimento do público feminino, vítimas, quase sempre, dos seus próprios companheiros amorosos.

Entre tantas agressões que poderiam ser descritas no cenário supra posto, destacam-se a título exemplificativo, o constrangimento do sexo sem consentimento, espancamentos e injúrias ao longo de uma vida.

Infelizmente, a realidade das mulheres brasileiras vítimas da hostilidade em evidência, acaba por sugerir um conformismo, que postergam a busca por socorro face as táticas de aproximação e manipulação do seu algoz, que utilizam palavras de ordem ou promessas ulteriores no fito de apaziguarem a situação.

Neste diapasão, por não acreditarem na possibilidade mudança, dado o tratamento inapropriado ofertado a conduta ilícita pela legislação brasileira, as mulheres não fazem uma denúncia. Ademais, o sentimento de impunidade que reina na esfera da proteção da coletividade feminina, corroborado pelo sentimento de dependência financeira de seu agressor ou mesmo medo da destituição familiar, assolam o ânimo de delação da injúria sofrida.

Não obstante, urge salienta que, desde sempre, a cultura machista está enraizada em nós, deflagrando um senso de aceitação quanto ao merecimento das agressões sofridas pelas mulheres, ancorados num pensamento primitivo de que estas podem ter

parcela de culpa na violência vivida.

Nesta coerência, Galvão (2017) notabiliza que o Brasil demonstra números elevados de violência praticada contra a mulheres. Atingindo uma esfera mundial, a qual coloca o nosso país em 5º lugar no que tange a maior taxa de homicídio de mulheres. Este dado anuncia apenas uma parte da realidade, posto que na grande maioria das vezes, não são feitas denúncias nem registros, evidenciando, assim, apenas uma parcela do que se sabe. De acordo com Trindade (2010 *apud* GALVÃO, 2017, p. 404):

Segundo a Teoria da crença no mundo Justo (CMJ), desenvolvida por Lerner na década de 80, e referida por Correia e Vale (2003), 652, todas as pessoas têm, em maior ou menor grau, a necessidade de acreditar num mundo justo e, desse modo, supõem que cada pessoa tem o que merece. Assim, pessoas boas merecem coisas boas, e pessoas más merecem coisas más. Tomando-se essa crença de modo inadequado, é possível estabelecer uma lógica paradoxal, através da qual a responsabilidade da vitimização é atribuída á própria vítima. Por essa lógica, não haveria espaço para vítimas inocentes, nem para pessoas que sofrem sem haver feito nada para merecerem esse sofrimento. Em síntese, num mundo justo não haveria espaço para vítimas inocentes.

Pela dicção do texto retro transcrito, pode-se afirmar que os agressores podem persuadir suas vítimas, conseguindo facilmente reverter a situação, contando sua versão da história, fazendo confusões mentais e buscando brechas para explicar o porquê chegarem a tal ponto, tentando convencer que as agressões eram merecidas pela vítima, atribuindo as mesmas a vitimização secundária.

Outrossim, os agressores costumam provocar conflitos internos em suas vítimas, induzindo-lhes a acreditarem no merecimento da ofensa e que são más pessoas, merecedoras, por conseguinte, das consequências negativas. Deste modo, a partir das técnicas manipulativas instrumentalizadas, o transgressor logra êxito na empreitada de tirar, mais uma vez, o foco de sua covardia, saindo ileso da situação.

Face ao posto cenário, fez-se imprescindível a edição de uma Lei que pudesse coibir e prevenir, com maior eficácia, a violência doméstica e familiar contra a mulher, no Brasil.

No dia 7 de agosto de 2006, o Presidente em exercício: Luís Inácio Lula da Silva sancionou a Lei 11.340, aprovada de forma unanime no congresso, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, em homenagem a professora que é considerada um marco na história da luta feminista brasileira.

A luta por justiça da referida professora teve início no Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL), em conjunto com o Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), que se uniram a ela e juntos fizeram uma denúncia à comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), contra o seu marido, o colombiano Marco Antonio Heredia Viveros,

que atentou contra sua vida, num primeiro momento, dando-lhe um tiro enquanto dormia, deixando-a paraplégica.

Destaca-se que as investidas do aludido indivíduo contra a vida de sua companheira não acabara por aí, sobrevivendo, em momento posterior a sua recuperação, diversas modalidades de opugnações, entre elas o cárcere privado e uma nova tentativa de homicídio.

É imperioso sublinhar que a Lei Maria da Penha já chegou a ser considerada pela ONU, como a terceira melhor lei contra violência doméstica no mundo. Nos termos das disposições preliminares da referida Lei:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

Antes esses crimes eram julgados pelos juizados especiais, de maneira que, eram tratados como de menor potencial ofensivo. Contudo, com o advento da Lei Maria da Penha passaram a ser de competência dos novos juizados especializados em violência doméstica e familiar contra a mulher. Nota-se que antes da lei em epigrafe, existiam muitos pontos fracos na legislação, como por exemplo a previsão de pena de detenção do suspeito por agressão, não existindo a possibilidade prisão em flagrante ou preventiva do agressor. Outro ponto que chama atenção é que a violência doméstica não se enquadrava no agravante de pena, passando o código penal a prevê-la.

Ademais, anteriormente a Lei Maria da Penha também se tinha oportunidade de desistência da denúncia, mesmo já estando dentro delegacia. Na atualidade, isso não é mais possível, a não ser que seja perante um juiz.

É possível observar que a 11.340, contribuiu no sentido de ensejar maior visibilidade para casos que existiam, mas não eram comentados. Entretanto, mesmo com o novo tratamento dado pela norma protetora, a violência contra a mulher persistia, passando-se a observar que tais crimes ocorriam por questões de desigualdade de gênero, instituindo, assim, um crime com designação própria: Femicídio.

2.1 DO FEMINICÍDIO E SUA COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Inicialmente, faz-se necessário distinguirmos os vocábulos femicídio e feminicídio, uma vez que só empregadas como sinônimo para definição de um homicídio intencional de uma mulher em função do gênero. Na leitura de Diniz (2016, p. 1):

Não existe uma definição consensual desses conceitos, seu alcance, seu conteúdo e suas implicações são, ainda, objetos de amplos debates, tanto teórico quanto de movimentos ativistas de mulheres e feministas, como na ação política e nos processos legislativos nacionais. A interpretação do termo depende do enfoque pelo qual se examina, e a disciplina que aborda. O femicídio é uma terminologia que foi cunhada por Diana Russel que a teria utilizado pela primeira vez em 1976, durante um depoimento no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas. Posteriormente, Diana Russel e Jill Radford escreveram o livro "Femicide: the politics of woman killing" ", com o objetivo político de reconhecer e dar visibilidade à discriminação, à opressão, à desigualdade e à violência sistemática contra a mulher, que, em sua forma mais extrema, culmina na morte, tornando uma das principais referências para os estudiosos do tema. Marcela Lagarde, antropóloga e feminista mexicana foi quem utilizou a categoria Feminicídio, que significa assassinato de mulheres apenas pelo fato de pertencer ao sexo feminino, dando a este um conceito político, com o propósito de denunciar a falta de resposta do Estado, o descumprimento de suas obrigações internacionais de proteção, e o dever de investigar e punir.

Nesse norte, segundo a autora supracitada, o feminicídio é “[...] um neologismo criado a partir da palavra em inglês “Femicide” que refere-se a morte evitável de mulheres por razões de gênero, que ocorra no núcleo familiar, na unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal na comunidade” (DINIZ, 2016, p. 1).

No entendimento de Galvão (2017, p. 3):

Para entender o que é o feminicídio é necessário compreender o que é a violência de gênero, já que o crime de feminicídio é a expressão extrema, final e fatal das diversas violências que atingem as mulheres em sociedades marcadas pela desigualdade de poder entre os gêneros masculino e feminino e por construções históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais discriminatórias.

Em consonância com a doutrina do autor supra, tal desigualdade e discriminação podem aparecer de formas diferentes, como a oportunidade desigual de direitos, que levam até violências mais graves. Sendo um período que alimenta a continuação dos casos de assassinatos de mulheres por ex-parceiros ou parentes, tendo uma motivação de sentimento de posse, que ocorre quando não aceitam o término do relacionamento

ou a autonomia da mulher. Existindo também mortes associadas a crimes sexuais e os em que a crueldade revela o ódio ao gênero feminino.

Para entender sobre gênero, Mendes (2014, p. 86) o descreve como:

O sistema sexo-gênero (conceito geralmente expresso como gênero) surgiu no pensamento ocidental do final do século XX em um momento de grande confusão epistêmica entre humanistas, pós-estruturalistas, pós-modernistas etc. E a sua utilização não implicou uma mera revisão das teorias existentes, mas uma revolução epistemológica. Historicamente foram Kate Millet, autora da obra *Sexual Politics* (1970), e Gail Rubin, com o artigo *The Traffic in Women: Notes on the "Political Economy" of Sex* (1975) as primeiras teóricas a oferecer um conteúdo ao conceito de gênero. Millet referia-se ao mesmo enquanto categoria analítica, e Rubin como um sistema de organização social.

Por seu turno, corrobora Louro (2003, p. 21-22):

É através das feministas anglo-saxãs que gender passa a ser usado como distinto de sex. [...] Ao dirigir o foco para o caráter „fundamentalmente social, não há, contudo, a pretensão de negar que o gênero se constitui com ou sobre corpos sexuados, ou seja, não é negada a biologia, mas enfatizada, deliberadamente, a construção social e histórica produzida sobre as características biológicas. [...] No gênero, a prática social se dirige aos corpos.

Por sua vez, Saffioti (2004) diz que gênero é uma nomenclatura muito aberta, e que na maioria das vezes a “violência de gênero” é utilizada como violência doméstica ou familiar. Na vocalização da autora:

A expressão violência doméstica costuma ser empregada como sinônimo de violência familiar e, não tão raramente, também de violência de gênero. Esta, teoricamente, engloba tanto a violência de homens contra mulheres quanto a de mulheres contra homens, uma vez que o conceito de gênero é aberto (SAFFIOTI, 2004, p. 44).

Dessa forma, a palavra gênero engloba não só o sexo feminino e masculino. A violência de gênero pode ser tanto de homens para mulheres, como de mulheres para homens, não apenas originados. A palavra gênero vai além da relação entre sexos, gênero é, pois, a definição de um grupo que tem características semelhantes.

Como esse tipo de crime se alastrava ao redor do mundo, verificava-se que o estado era omissivo a sua responsabilidade inerente, no entanto, as organizações internacionais insistiam para que os países agissem e aplicassem medidas contra os homicídios de mulheres por razões de gênero, e, em meados do século XX, vários países latino-americanos aderiram o feminicídio em suas legislações.

Na clareza de Pegorer (2013, p. 67), “o conjunto normativo brasileiro sustentou, em seu núcleo duro, essência puramente patriarcal, alçando o homem como cerne e a mulher como assessorio e objeto de proteção”. Já Maillo (2013, p. 43) clarifica:

A condição sexual é uma das principais variáveis que implicam na vida social e pessoal dos indivíduos. Como é simples de compreender, o estado de pertencer

ao sexo masculino ou feminino, afeta substancialmente as opções que o ser humano pode realizar em sua vida e na sua ocupação habitual, assim como os meios de controle informal a que é submetida. Entretanto, a variável que se correlaciona de forma mais concreta com a criminalidade é o sexo.

Neste caminho, no dia 10 de março de 2015, a Presidenta da República em exercício Dilma Rousseff sancionou a Lei 13.104, que instituiu o crime de feminicídio como uma modalidade qualificada de homicídio, que pela inteligência do Código Penal Brasileiro, é “o assassinato de uma mulher cometido por razões da condição de sexo feminino”, ou seja, quando o crime envolver: “violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (BRASIL, 1940).

A pena prevista para o homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos. Incluindo o feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio, o crime foi colocado no rol dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/1990), que abarca as infrações de latrocínio, genocídio, estupro, entre outros. Com nova redação dada pela Lei 13.104/15 ao Código Penal brasileiro, tem-se:

[...] Art. 121. Matar alguém:

[...] Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

[...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

[...] § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (BRASIL, 1940)

Assim como a Lei Maria da Penha, a Lei do Feminicídio tem como objetivo salvaguardar a vítima mulher. Todavia, já se tem casos de jurisprudências onde a (LMP- Lei 11.340/2006), acolheu transexuais, travestis e relações homoafetivas masculinas. Isso porque a lei tem por prioridade as medidas protetivas. Tornando válido nesse meio a proteção masculina. Vejamos abaixo um julgado que fortalece a premissa levantada:

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO REFORMADA. 1 O Ministério Público recorre

contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil. 2 O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher. 3 Não há analogia in malam partem ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais sobressaem no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese. 4 Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha.

(TJ-DF 20171610076127 DF 0006926-72.2017.8.07.0020, Relator: GEORGE LOPES, Data de Julgamento: 05/04/2018, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/04/2018 . Pág: 119/125)

Na qualificadora da Lei do Femicídio, o sujeito passivo é a mulher. Não sendo reconhecida nenhuma forma de analogia contra o réu. Se traduz mulher como um sentindo ao propósito de sua natureza.

O crime do feminicídio não é independente, deriva de uma submissão penal, que trata sobre um eixo especial. Há uma indagação quanto a Lei 13.104/2015, tentado entender o momento em que o feminicídio passou a ser tratado como qualificadora de homicídio, tendo em vista que o crime de homicídio na redação legal anterior a edição da referida lei contra a mulher em virtude de sua condição de sexo feminino, se encaixava nas qualificadoras de motivo torpe, mutuamente em seus art. 121, §2º, I ou fútil no art. 121, §2º, II. Para Prado (2010, p. 85), o motivo esculpido no Código Penal, “[...] como sendo o motivo abjeto, indigno e desprezível, que repugna ao mais elementar sentimento ético. O motivo torpe causa proeminente repulsa, sobretudo pela ausência de sensibilidade moral do executor”.

De acordo com Debelak, Dias e Garcia (2012, p. 4) o feminicídio tem relação com a violência sofrida dentro do próprio lar:

Embora o feminicídio não aconteça somente como a expressão máxima de um ciclo de violência vivido pela mulher dentro de seu próprio lar, a relação entre eles é inegável: 43,4% dos assassinatos femininos cometidos em 2011 no Brasil tiveram autoria do parceiro ou ex-parceiro da vítima, segundo o mapa de violência publicado no ano de 2012 – pesquisas mais recente sobre o tema, que ainda é de difícil apuração em decorrência da subnotificação dos casos e da falta de um padrão nacional para o registro destes dados. Aproximadamente uma em cada cinco brasileiras reconhece já ter sido vítima de violência doméstica ou familiar provocada por um homem, de acordo com o Data senado. Isto, no entanto, não quer dizer que elas foram ou são violentadas todos os dias. Este tipo de agressão costuma acontecer depois de uma série de investidas psicológicas contra sua integridade mental.

Conclui-se que o feminicídio no Brasil é um problema que transcorre da violência contra a mulher. Na clareza de Martini (2017, p. 68):

A condição sexual é uma das principais variáveis que implicam na vida social e pessoal dos indivíduos. Como é simples de compreender, o estado de pertencer ao sexo masculino ou feminino, afeta substancialmente as opções que o ser humano pode realizar em sua vida e na sua ocupação habitual, assim como os meios de controle informal a que é submetida. Entretanto, a variável que se correlaciona de forma mais concreta com a criminalidade é o sexo.

Acrescenta a autora que, a condição sexual afeta na vida social e pessoal dos indivíduos. O pertencer ao sexo masculino ou feminino, atinge substancialmente as opções que o ser humano realiza na vida.

Os crimes contra a vida são comuns em nossa sociedade. De forma frequente, pessoas são mortas por motivos variados. O ato de matar nos tempos em que vivemos e com as leis já previstas, só nos mostra a cada dia que os seus praticantes, levam consigo um sentimento de superioridade e impunidade que assusta.

Tais crimes contra a vida humana são tratados no art. 121 do Código Penal Brasileiro. Onde lá se atribui penas de 6 a 20 anos de reclusão para o indivíduo que retirar a vida de outrem.

O presente artigo, tem inúmeras qualificadoras, que tem por intuito fortalecer dando mais eficácia a força jurídica. O feminicídio entrou como mais uma qualificadora para os homicídios contra as mulheres pela simples condição de serem mulheres. No entanto, se questiona a qualificadora na sua constitucionalidade, observando que iria contra o princípio da isonomia.

Nos dizeres de Miguel Reale (1986, p. 60):

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

Na lição de Luís Roberto Barroso (2004, p. 151), os princípios:

São conjuntos de normas que espelham a ideologia da constituição, seus postulados básicos e fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais dinâmico ao mais específico até chegar a formulação da regra completa que vai reger a espécie.

Entende-se que os princípios são conjuntos de direções criadas para se fazer a constituição, trazendo valores sociais e fundamentais para o ordenamento jurídico, os quais o constituinte deve usar como base.

Com as informações acima descritas, passemos agora ao entendimento sobre o princípio da isonomia, que na vocalização de Moraes (2002, p. 65):

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

Fortalece Bulos (2002, p. 77):

O Pretório Excelso apontou o tríplice objetivo do pórtico da isonomia: limitar o legislador, o intérprete (autoridade pública) e o particular [...] Realmente, a diretriz da igualdade limita a atividade legislativa, aqui tomada no seu sentido amplo. O legislador não poderá criar normas veiculadoras de desequiparações abusivas, ilícitas, arbitrárias, contrárias à manifestação constituinte de primeiro grau. A autoridade pública, por sua vez, também está sujeita ao ditame da isonomia. Um magistrado, e.g., não poderá aplicar atos normativos que virem situações de desigualdade. Cumpre-lhe, ao invés, banir arbitrariedades ao exercer a jurisdição no caso litigioso concreto. Daí a existência dos mecanismos de uniformização da jurisprudência, tanto na órbita constitucional (recursos extraordinário e ordinário) como no campo infraconstitucional (legislação processual). O particular, enfim, não poderá direcionar a sua conduta no sentido de discriminar os seus semelhantes, através de preconceitos, racismos ou maledicências diversas, sob pena de ser responsabilizado civil e penalmente, com base na constituição e nas leis em vigor.

Pela dicção do texto supracitado, resta claro que o legislador não poderá editar normas que criem tratamentos abusivos e diferenciados as pessoas que se encontram em situação idêntica. O princípio da igualdade presume que aquelas tratadas de forma desigual, sejam tratadas de forma igualitária, ou seja, trata-se de “[...] dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

Em 1988, as mulheres conquistaram a sua igualdade formal consagrada pelo art. 5º, inciso I da CF, que prescreve que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. No entanto, no plano fático, a igualdade material não foi conquistada. Assim, formalmente as mulheres podem gozar dos mesmos direitos dos homens, mas na prática tal premissa não aplica, posto a coletividade feminina sofre limitações para exercer seus direitos e garantias fundamentais. Neste compasso, vale trazer à baila o que dispõe a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, dezembro de 1993:

A violência contra as mulheres é uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres que conduziram à dominação e à discriminação contra as mulheres pelos homens e impedem o pleno avanço das mulheres [...].

Nesta razão, denota-se que vivemos em uma sociedade embasada em divisões

não isonômicas quanto ao trabalho e gozo de tempo. As mulheres ainda continuam fazendo a maior parte dos afazeres domésticos e cuidando de forma unilateral da família.

Os homens possuem pequena parcela de interação com as atribuições familiares, mas não fazem na mesma proporção que as mulheres. Muitas vezes estas trabalham fora e precisam conciliar seus cuidados com a casa, levando, assim, a uma jornada dupla e exaustiva de labor, faltando tempo para se dedicarem as outras atividades.

Na área profissional, também se presencia reflexos dessa desigualdade. No Brasil a maioria dos homens ganham mais que as mulheres, muitos tendo a mesma idade e nível de instrução. O trabalho não remunerado de modo equânime, de certa forma, acaba por mitigar o direito das mulheres. Salienta-se que, mesmo quando ambos trabalham com salários equipados, os homens sempre têm a perspectiva de ser mais bem remunerados, já que não param para as coisas da casa, a maternidade e o cuidar dos filhos.

De outra face, as mulheres param na primeira especialização por falta de tempo, enquanto os homens continuam estudando e se dedicando a sua área, conseguindo fazer mestrados, doutorados, importando para eles maior remuneração em função dos títulos obtidos.

Esse tipo de situação faz com que uma boa parte das mulheres se veja de forma vulnerável e dependentes de seus parceiros. A desigualdade material é base para a violência de gênero. Neste itinerário, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (1990, p. 41)⁴ pontifica:

O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e reelabora-se ativamente, para igualar iguais desiguados por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a 'igualdade perante a lei' signifique 'igualdade por meio da lei', vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas. (...) O que se pretende, pois, é que a lei desigale iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz consequências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto antes buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal. (...). "Ao comportamento negativo do Estado, passa-se, então, a reivindicar um comportamento positivo. O Estado não pode criar legalidades discriminatórias e desigualadoras, nem pode deixar de criar situações de igualação para depurar as desigualdades que se estabeleceram na realidade social em detrimento das condições iguais de dignidade humana que impeçam o exercício livre e igual das oportunidades, as quais, se não existirem legalmente, deverão ser criadas pelo Direito. Somente então se terá a efetividade do princípio jurídico da igualdade materialmente assegurado." (

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39 e 41)

Nas palavras da referida Ministra, a igualdade refaz-se na sociedade, para buscar igualações onde seja possível, inclusive, desigualando certos aspectos para que o resultado seja o então equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.

O domínio do homem vem desde a antiguidade, mesmo com a presença da mulher, esta não possui significância alguma, sendo tratada como objeto, vivendo sempre em segundo plano.

Para Mendes (2014, p. 88) o patriarcado pode ser entendido como:

[...] patriarcado a manifestação e institucionalização do domínio masculino sobre as mulheres e crianças da família, e o domínio que se estende à sociedade em geral. O que implica que os homens tenham poder nas instituições importantes da sociedade, e que privam as mulheres do acesso às mesmas. Assim como também, se pode entender que o patriarcado significa uma tomada de poder histórica pelos homens sobre as mulheres, cujo agente ocasional foi a ordem biológica, elevada tanto à categoria política, quanto econômica.

Observa-se, assim, o domínio que o homem tem, não só pela mulher, mas também pela família inteira. Tendo poder nas instituições importantes da sociedade, privando as mulheres do acesso às mesmas.

Fronte ao exposto, Koller e Navaz (2006 *apud* MENDES, 2014, p. 88) elucidam:

O patriarcado moderno vigente alterou sua configuração, mas manteve as premissas do pensamento patriarcal tradicional. O pensamento patriarcal tradicional envolve as proposições que tornam o poder do pai de família como origem e modelo de todas as relações de poder e autoridade, tal como vigeu na Idade Média e da modernidade até o século XVII. O discurso ideológico e político que anuncia o declínio do patriarcado, ao final do século XVII, baseia-se na ideia de que não há mais direitos de um pai sobre as mulheres na sociedade civil. No entanto, uma vez mantido o direito natural conjugal dos homens sobre as mulheres, como se cada homem tivesse o direito natural de poder sobre a esposa, há um patriarcado moderno.

Em síntese apertada, na antiguidade, tradicionalmente o pai obtinha o controle soberano sobre a família, e embora travestido de uma nova configuração, o patriarcado moderno vigente ainda encontra-se alicerçado nas mesmas premissas do patriarquismo clássico.

2.2 DAS ESPÉCIES DE FEMINICÍDIO

Na intelecção de Pasinato (2011)⁵, em busca de uma melhor concepção do vocábulo feminicídio, alguns doutrinadores amparam-se na tipologia concebida por Ana Carcedo, em pesquisas voltas aos feminicídios, registradas em sua obra: *Femicídio en Costa Rica 1990-1999*.

⁵ PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, v. 37, p. 219-246, jul./dez. 2011. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>>.

Em simetria com as lições da autora, a aludida tipologia é composta por 3 grupos, tais quais:

1. Femicídio íntimo: aqueles crimes cometidos por homens com os quais a vítima tem ou teve uma relação íntima, familiar, de convivência ou afins. Incluem os crimes cometidos por parceiros sexuais ou homens com quem tiveram outras relações interpessoais tais como maridos, companheiros, namorados, sejam em relações atuais ou passadas; 2. Femicídio não íntimo: são aqueles cometidos por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência, mas com os quais havia uma relação de confiança, hierarquia ou amizade, tais como amigos ou colegas de trabalho, trabalhadores da saúde, empregadores. Os crimes classificados nesse grupo podem ser desagregados em dois subgrupos, segundo tenha ocorrido a prática de violência sexual ou não. 3. Femicídios por conexão: são aqueles em que as mulheres foram assassinadas porque se encontravam na “linha de fogo” de um homem que tentava matar outra mulher, ou seja, são casos em que as mulheres adultas ou meninas tentam intervir para impedir a prática de um crime contra outra mulher e acabam morrendo. Independem do tipo de vínculo entre a vítima e o agressor, que podem inclusive ser desconhecidos. (PASINATO, 2011, p. 219)

Na elocução da literata:

Apesar de todos esses esforços para demarcar a diferença entre os tipos de femicídios e mostrar que eles obedecem a um conjunto particular de motivações, a tipologia descrita acima permite ao fim e ao cabo, que praticamente todas as mortes de mulheres sejam classificadas como femicídio, excetuando aquelas que decorrem, por exemplo, de crimes contra o patrimônio e acidentes. Além do mais, quando se observa a aplicação dessa tipologia aos dados encontrados nos diferentes países, tem-se que a maior parte dos crimes analisados se refere ao femicídio íntimo, ou seja, crimes decorrentes de relações conjugais. (PASINATO, 2011, p. 220)

Por sua vez, Barros (2015, p. 2) esclarece que existem outras modalidades de femicídio. A saber:

Femicídio intra lar, no âmbito de violência doméstica; Femicídio homoafetivo, quando uma mulher mata a outra; Femicídio simbólico heterogêneo, quando um homem assassina outra mulher por menosprezo à condição de mulher; Femicídio simbólico homogêneo, quando uma mulher mata a outra por condições de menosprezo à condição de mulher; Femicídio aberrante por aberratio ictus quando por erro ou acidente o agressor ao invés de atingir a mulher que pretendia, atinge mulher diversa.

Por seu turno, Diniz (2016, p.1)⁶ classifica as espécies de femicídio da seguinte forma:

⁶ DINIZ, Priscila Mara do Nascimento. **Femicídio no direito brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56772&seo=1>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Tabela 1: Ativos ou Diretos

a)	O assassinato por repulsa, desprezo ou ódio contra às mulheres.
b)	Morte de mulheres ou meninas pelo resultado de violência doméstica, pelo cônjuge de uma relação de convivência e intimidade.
c)	Característico de outros países, morte de mulheres e meninas em nome da “honra”
d)	Morte de mulheres e meninas em situações de conflito armado, conflito étnico.
e)	Característico de outros países, morte de mulheres e meninas por pagamento de dote.
f)	Infanticídio feminino.

Fonte: (DINIZ, 2016, p. 1)

Segundo a autora, a tabela acima corresponde a “figura jurídica que não estabelece leis especiais para enquadrarem as mulheres de forma diferenciada” (DINIZ, 2016, p. 1).

Consoante a literata em evidencia, “incluem nesse feminicídio mortes como resultado de uma discriminação de gênero que não constituem delito”, conforme a tabela exemplificativa abaixo:

Tabela 2: PASSIVOS OU INDIRETOS

a)	Mortalidade materna
b)	Característica de outros países, morte por práticas “nocivas” (por exemplo ocasionada por mutilação genital feminina).
c)	Atos ou omissão por parte de funcionário público ou agentes do Estado, por enfermidades femininas mal tratadas (exemplo, aborto inseguro, câncer etc.).

Fonte: (DINIZ, 2016, p. 1)

Em conformidade com os ensinamentos da erudita, existem outras categorias de feminicídio, classificadas em:

- a) Feminicídio infantil: É o assassinato de uma menina menor de 14 anos de idade, cometido por um homem em relação de confiança e responsabilidade, pela sua condição de adulto sobre o menor, na maior parte ocorrem no contexto familiar, onde são maltratadas e abusadas sexualmente sistematicamente.
- b) Feminicídio familiar: É o assassinato no âmbito familiar de um ou vários membros, é baseado no parentesco entre as vítimas e o agressor onde opera o estado masculino de poder sobre os subordinados dos membros da família, o parentesco pode ser por consanguinidade, afinidade ou adoção.
- c) Feminicídio sexual sistêmico: Mulheres que são sequestradas torturadas e/ou estupradas, e na maioria dos casos mortas, são os casos de sexual sistêmico desorganizado. Em casos organizados. Pode se presumir uma rede organizada de feminicidas sexuais, com métodos planejados e conscientes por um tempo indeterminado. (DINIZ, 2016, p. 1).

2.3 PLAUSIBILIDADE DA MAJORAÇÃO DA PENA NO FEMINICÍDIO

No que tange a plausibilidade da majoração da pena no feminicídio, respalda-se na maior gravidade e reprovação do ilícito penal. Nesta senda, nos termos do §7º, do artigo 121 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 13.104, de 2015:

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos) ou com deficiência; III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (BRASIL, 2015)

Em abordagem ao disposto no retro transcrito inciso I, com sustentáculo na doutrina Greco (2015)⁷, na primeira parte do texto legal, é possível extrair-se os seguintes prognósticos, presumindo-se o conhecimento do agente quanto ao estado gravídico da vítima, bem como sua pretensão da prática de feminicídio:

1.A mulher e o feto sobrevivem – nesse caso, o agente deverá responder pela tentativa de feminicídio e pela tentativa de aborto; A mulher e o feto morrem – aqui, deverá responder pelo feminicídio consumado e pelo aborto consumado; A mulher morre e o feto sobrevive – nessa hipótese, teremos um feminicídio consumado, em concurso com uma tentativa de aborto; A mulher sobrevive e o feto morre – in casu, será responsabilizado pelo feminicídio tentado, em concurso com o aborto consumado (GRECO, 2015, p. 1).

Já no que atine a segunda parte do inciso em destaque, na locução do literato supramencionado:

Se o agente causa a morte da mulher por razões da condição de sexo feminino, nos 3 (três) meses posteriores ao parto, também terá sua pena majorada. Aqui, conta-se o primeiro dia do prazo de 3 (três) meses na data em que praticou a conduta, e não no momento do resultado morte. Assim, por exemplo, se o agente deu início ao atos de execução do crime de feminicídio, agredindo a vítima a facadas, e essa vem a falecer somente uma semana após as agressões, para efeito de contagem do prazo de 3 (três) meses será levado em consideração o dia em que desferiu os golpes, conforme determina o art. 4º do Código Penal, que diz que se considera praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado GRECO, 2015, p. 1).

Adentrando na órbita do inciso II, do parágrafo 7º, do artigo 121 do Código Penal, que disciplina o feminicídio cometido contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência, nas palavras de Greco (2015, p. 1), em situação análoga ao que demanda o inciso antecedente, a possibilidade de aplicação das qualificadoras no caso concreto, enseja o ingresso das condutas ali tipificadas na esfera cognitiva do agente, “[...] pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo, afastando-se, conseqüentemente, o aumento de pena”. Acrescenta o erudito que:

Deverá, ainda, ser demonstrado nos autos, através de documento hábil que a

⁷ Feminicídio - Comentários sobre a Greco, Rogerio. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. 2015

vítima era menor de 14 (catorze) anos, ou seja, não tinha ainda completado 14 (catorze) anos, ou era maior de 60 (sessenta) anos. Tal prova deve ser feita através de certidão de nascimento, expedida pelo registro civil ou documento que lhe substitua, a exemplo da carteira de identidade, conforme determina o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 1990, que diz que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. A deficiência da vítima, que pode ser tanto a física ou mental, poderá ser comprovada através de um laudo pericial, ou por outros meios capazes de afastar a dúvida. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que o agente cause a morte de sua mulher, paraplégica, fato esse que era do conhecimento de todos. Aqui, v. G, a paraplegia da vítima poderá ser demonstrada, inclusive, através da prova testemunhal, não havendo necessidade de laudo médico. O que se quer, na verdade, é que o julgador tenha certeza absoluta dos fatos que conduzirão a um aumento de pena considerável, quando da aplicação do art. 68 do Código Penal. Em ocorrendo a hipótese de feminicídio contra uma criança (menor de 12 anos de idade) ou uma mulher maior de 60 (sessenta), não será aplicada a circunstância agravante prevista na alínea h, do art. 61 do Código Penal, pois, caso contrário, estaríamos levando a efeito o chamado bis in idem, onde um mesmo fato estaria incidindo duas vezes em prejuízo do agente. Nesses casos, terá aplicação o inciso II, do § 7º do art. 121 do Código Penal, também devido à sua especialidade GRECO, 2015, p. 1).

Em análise ao inciso III, do §7º, do artigo 121 do Código Penal, que trata sobre o feminicídio realizado na presença de descendente ou de ascendente da vítima, no parecer de Greco (2015, p.1):

[...] além do agente, que pratica o feminicídio, ter que saber que as pessoas que se encontravam presentes quando da sua ação criminosa eram descendentes ou ascendentes da vítima, para que a referida causa de aumento de pena possa ser aplicada é preciso, também, que haja prova do parentesco nos autos, produzida através dos documentos necessários (certidão de nascimento, documento de identidade etc.), conforme preconiza o parágrafo único, do art. 155 do Código de Processo Penal referido anteriormente.

Para o autor, face a gravidade do cenário abarcado no inciso III em comento, tal comportamento (matar a vítima na presença de seu descendente ou ascendente) avoca um maior juízo reprovativo, posto que a conduta aberrante implicará as suas testemunhas um desconsolo incomensurável.

Portanto, defronte a todo exposto no presente tópico, no nosso sentir, a plausibilidade da majoração da pena no feminicídio, como já aclarado, justifica-se no grau de reprovação que circunda a atuação criminosa.

2.4 A NECESSIDADE DE UMA MAIOR ATUAÇÃO DO ESTADO, EM FACE CUMPRIR DAS LEIS E DOS PROGRAMAS DE PROTEÇÃO À MULHER EM DETRIMENTO DA CRIAÇÃO DE NORMAS CRIMINALIZADORAS

Procura-se neste tópico tecer breves críticas sobre as políticas de proteção de a integridade física da mulher, adotadas pelo Estado brasileiro.

Apesar de existirem no ordenamento jurídico pátrio mecanismos de proteção ao público feminino, ora consolidados em leis e programas assistenciais, indaga-se sobre as questões das políticas de conveniência do Estado, que ao invés de fazer cumprir as leis e programas protetivos já existentes, instrumentalizando de forma mais eficaz medidas mais contundentes, que possam ofertar um melhor resguardo às mulheres, apoia-se em mecanismos paliativos de resolução da problemática, como por exemplo: confecções de normas para acalmar os anseios da sociedade, mascarando o núcleo do imbróglio, qual seja: ineficiência dos governantes em trazer para o plano prático a aplicação adequada da legislação ao caso concreto.

Assim sendo, enquanto não houver aplicabilidade das normas ao plano fático, não passarão de letras mortas.

Sobre o tema assinala Silva (2015, p. 1)⁸:

[...] é da natureza política apresentar soluções que apenas mascaram a realidade. A sensatez em procurar cumprir o maior número de atribuições já dispostas em lei e com isso identificar possíveis falhas e necessidades de adequações não faz parte da política criminal adotada como componente de uma ideologia institucionalizada. A adoção de leis, mormente quando conjugadas a determinados grupos em condição de vulnerabilidade, nomeadas adequadamente para conjugar dividendos políticos nem sempre alcançam aquilo a que se propõem, sobretudo no que concerne à diminuição da prática de crimes.

Acrescenta o autor:

[...] medidas preventivas, educacionais e estruturais que previnam a prática de crimes contra as mulheres não tem um forte apelo promocional, não rendem votos, não aparecem em manchetes. O que causa maior impacto é a prisão, algemas, condenação, enfim a publicação de uma lei, com um nome de efeito para demonstrar a atenção e a preocupação do Estado para determinado grupo social. Todavia, a história se faz rica em revelar que não é somente com a edição de leis criminalizadoras que teremos um País mais justo e igualitário, que trate a todos de maneira isonômica. É preciso que o Estado cumpra as leis e programas de proteção já existentes, para que a mulher saiba que realmente está amparada por políticas protetivas. Nesse diapasão cabe ao Estado aliar a uma vertente repressivo-punitiva a vertente positivo-promocional (SILVA, 2015, p. 1)

Neste sentido, é forçoso classificar a Lei do Femicídio como efêmera, em comparação aos que preconiza a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), que alvitra ao princípio da igualdade entre homens e mulheres.

Nesta consciência, Silva (2015, p. 1) ratifica:

[...] Nesse aspecto a “Convenção objetiva não só erradicar a discriminação

⁸ SILVA, Wellyngton Marcos de Ataíde da. **A proteção das mulheres muito além da Lei do Femicídio**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53935&seo=1>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

contra a mulher e suas causas, como também estimular estratégias de promoção de igualdade. Em contrapartida, a nova lei que criou a figura do feminicídio, produz distanciamento entre homem e mulher, ao estabelecer um tratamento distinto na apuração de crimes de homicídio, mesmo que possa ser considerada como uma discriminação positiva, que visa preservar a mulher, notadamente, mantém e acentua o tratamento distinto para as pessoas a partir dos sexos e ainda cria margem para questionamentos derivados de outros grupos vulneráveis.

Para Oliveira (2012)⁹, os instrumentos internacionais de proteção da mulher, apontam que responsabilidade do Estado vai muito além do papel de editar normas que concebam novos tipos penais ou qualificadoras dos crimes preexistentes, que somente almejam difundir uma aparente segurança jurídica. Na expressão do literato

[...] Os documentos internacionais de proteção têm a mulher como preocupação central, como foco principal de proteção, pois se constatou, ao longo do tempo, a insuficiência da fórmula igualdade entre todos, o que exige mais efetividade nas ações estatais de proteção, o que é concebido por [...] medidas positivo-promocionais (OLIVEIRA, 2012, p. 80).

Nesta contextualização, Silva (2015. p. 1) dilucida:

[...] a proteção à mulher vítima de violência, definida pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher como qualquer ato de violência baseado no gênero que resulte, ou possa resultar, em dano físico, sexual ou psicológico ou em sofrimento para a mulher, inclusive as ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, podendo ocorrer na esfera pública ou na esfera privada, envolve desde medidas para prevenir a violência, adoção de ações de investigação efetiva para identificar os autores dos ilícitos e consequentemente responsabilização dos violadores, garantindo de um modo geral, medidas de compensação e amparo as vítimas. O direito penal como ultima ratio, atua de forma subsidiária na proteção da harmonia social, em outras palavras, deve recrudescer somente quando todas as demais medidas se mostraram inócuas, o que [...] significa ter um caráter fragmentário para proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence.

Portanto, levando-se em consideração as premissas levantadas, pode-se afirmar que o estruturamento do Estado no que atine o mecanismo protetivo das mulheres vítimas de violência, deve ocupar posição medular em seus objetivos estruturais, buscando-se a promoção e consolidação de uma sociedade democrática e equitativa.

Como já aclarado no corrente tópico, o que realmente se precisa não é a criação de novas normas tipificadoras ou qualificadoras de crimes, mas sim de efetividade na política de proteção e punição a partir da legislação já existente. Em outras palavras, incumbe ao Estado aprimorar sua forma de intervenção, saindo da esfera da teoria para o plano material, trazendo vida a letra fria da lei, ora versos mortos no âmbito fático, face a sua incapacidade de lidar de modo ativo o problema.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁹ OLIVEIRA, E. S. *Direito Constitucional Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80.

O presente artigo teve por objetivo geral analisar a Lei 13.104/15 e a proteção das mulheres em situação de violência, em suas nuances.

Já quanto aos objetivos secundários, a corrente pesquisa investigou os aspectos controvertidos sobre a violência contra mulher no Brasil; perscrutou o feminicídio e sua compatibilidade com o princípio da isonomia; perquiriu as espécies de feminicídio; sondou a plausibilidade da majoração da pena no feminicídio; e teceu breves reflexões sobre a necessidade de uma maior atuação do Estado, para se fazer cumprir as leis e programas de proteção já existentes, ao invés de editar inúmeras normas criminalizadas.

Para atingir os objetivos colimados no corpo do trabalho, recorreu-se a uma pesquisa de natureza básica, exploratória, qualitativa e bibliográfica.

Na órbita da justificativa da corrente pesquisa, fora respaldada na difusão da política protetiva ao público feminino, bem como na orientação a comunidade científica e a sociedade como um todo sobre a gravidade e delicadeza da problemática, ensejando a inibição do comportamento hediondo, oportunizando, por conseguinte, as mulheres vítimas de agressões a intrepidez para denunciar as injúrias sofridas.

Desta forma atingimos os objetivos do vigente artigo, sendo conclusivo que não é a edição de novas normas tipificadoras ou qualificadoras de crimes, que irá trazer a proteção tão esperada a coletividade feminina, mas sim o aprimoramento do Estado em sua função de resguardar de modo mais efetivo o público em evidência, a partir da aplicação da legislação já existente, sob risco de torna-la letra morta, posto que nada vale a confecção de leis inaptas ao plano fático.

Neste diapasão, reforça-se que as contribuições do corrente trabalho de conclusão de curso, assenta-se na propagação da política protetiva ao público feminino, bem como na orientação a comunidade científica e a sociedade como um todo, trazendo a exposição a gravidade do imbróglio, buscando-se obstar a conduta infame, no escopo de estimular a denúncia do ato criminoso.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. As soluções jurídicas do feminicídio simbólico heterogêneo nas modalidades de feminicídios aberrantes. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4389, 8 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37670>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BARROSO, Marcos Patrick Chaves. **Lei nº13.104/15** – feminicídio e circunstâncias caracterizadoras de aumento de pena. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16621>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. **Lei N. 8.072**, de 25 de julho de 1990, Lei dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.104**, de 9 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, **Pacto San Jose da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

DEBELAK, Catherine; DIAS, Letícia; GARCIA, Marina. **Feminicídio no Brasil: Cultura de matar mulher**. Faculdade Cásper Líbero, São Paulo. Disponível em: <<http://femicidionobrasil.com.br>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

DINIZ, Priscila Mara do Nascimento. **Feminicídio no direito brasileiro. Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 16 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56772&seo=1>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

GALVÃO, Patrícia. **Feminicídio, Invisibilidade Mata**. 2017. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/wpcontent/uploads/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMata.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

GRECO, Rogério. **Feminicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015br>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

LOURO, Guacira L. **Gênero, sexualidade e educação**, 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2003.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Curso de criminologia. Editora Revista dos Tribunais**, Thomson Reuters, 2013.

MARTINI, Sandra Regina. **XXVI encontro nacional do CONPEDI**. Brasília–DF. 2017. Disponível em:
<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/z9643f8s/aoQ00WH81xWdd9Qj.pdf>>
. Acesso em: 30 abr. 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

NERY JÚNIOR, Néelson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

PASINATO, Wânia. **“Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil**. Cadernos Pagu, v. 37, 2011. Disponível em:
<<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/108659>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PERGORER, Mayara Alice Souza. De Amélia a Maria da Penha: A evolução da legislação penal e das construções jurídicas na proteção dos direitos sexuais da mulher. **Revista Argumenta**, n. 19, 2013. Disponível em:
<<https://search.proquest.com/openview/889b0025c52aaf918079555894506295/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031966>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, E. S. **Direito Constitucional Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SILVA, Wellyngton Marcos de Ataíde da. A proteção das mulheres muito além da Lei do Femicídio. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 03 jul. 2015. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53935&seo=1>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA (PLEA BARGAINING) NO BRASIL

Bárbara Maria Arcoverde Melo¹Giovanna Ellen Nunes Soares²Irlen das Chagas Caldeira³¹ Susana Vieira de Araújo Marinho⁴Túlio Augusto Andrade Oliveira⁵

RESUMO

O presente capítulo tem como apresentar os intuítos brasileiros de uma justiça restaurativa, em especial: O Acordo da Não Persecução Penal sendo este o mais próximo do *Plea Bargaining* norte-americano. O artigo abordará sobre aplicação dos institutos da Justiça Restaurativa no Brasil e seus posicionamentos favoráveis e crítica, o instituto da Não Persecução Penal, Colaboração Premiada, Transação Penal e a Composição civil dos Danos Cíveis, de forma qualitativa mas demonstrando de forma numérica sua utilização no Brasil. Utilizou-se, a metodologia instituída pelo estudo descritivo-analítico, sendo elaborado por meio de consulta bibliográfica, pesquisa de legislação vigente, por conseguinte e tipo bibliográfico documental.

Palavras-chave: Instituto Plea Bargaining. Acordo da Não Persecução Penal. Ordenamento Brasileiro.

ABSTRACT

This chapter aims to present the Brazilian aims of restorative justice, in particular: The Criminal Non-Persecution Agreement, which is the closest to the North American Plea Bargaining. The article will address the application of the institutes of Restorative Justice in Brazil and their favorable and critical positions, the institute of Non-Persecution Criminal, Award-Winning Collaboration, Criminal Transaction and Civil Composition of Civil Damages, in a qualitative way but demonstrating numerically its use in the Brazil. The methodology established by the descriptive-analytical study was used, being elaborated through bibliographical consultation, research of current legislation, therefore and documental bibliographic type.

Keywords: Plea Bargaining Institute. Non-Persecution Agreement. Brazilian Ordinance.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vem caminhando com alguns institutos para busca de uma justiça mais célere, uma justiça restaurativa. De acordo com os estudiosos do ramo da criminologia o modelo de reação ao delito, integrador, busca conciliar o conflito e reparar o dano bem como pacificar as relações sociais sendo aplicável somente aos crimes de menor potencial ofensivo e médio potencial ofensivo.

¹ Uniesp. E-mail: barbaraarcoverdeadv@gmail.com

² Uniesp. E-mail: giovannaens@gmail.com

³ Uniesp. E-mail: irlemdaschagascaldeira@gmail.com

⁴ Uniesp. E-mail: susanavda@hotmail.com

⁵ Uniesp. E-mail: tulioaugusto@hotmail.com

A justiça Restaurativa, vem em busca de solucionar a ineficácia do sistema de prender os delinquentes, diante que a privação de liberdade não deve ser a única via para ir de encontro com a delinquência. É notório que o sistema carcerário raras vezes ressocializar o apenado, havendo em muitos casos a reincidência ao crime, não sendo portanto uma maneira eficaz de combater o crime com apenas a privação de liberdade.

Com a Criminologia Critica, surgiu na década de 1970, com os pensamentos de Karl Max, há uma relação direta entre o modelo de produção capitalista e o funcionamento dos modos punitivos. Conforme Salo de Carvalho, em seu artigo no ano de 2021, não se pode limitar o discurso da diminuição do encarceramento com a crítica anticarcerária da criminologia crítica, pois no Brasil mesmo com os institutos da (Suspensão Condicional do Processo, Transação Penal e Composição dos Danos Cíveis), o que ocorreu foi um aumento da população carcerária entre os anos 2000 e 2020 não havendo compatibilidade diante no qual os institutos que estão na Legislação pátria desde 1995 e aumento populacional carcerário aumentou, não deve ser pautado o discurso da diminuição ao encarceramento para aplicação dos institutos de descarcerização, pois, ocorre na prática brasileira o inverso (aumento da população carcerária) .

O instituto do *Plea bargaining* é originário do sistema *Common Law*, estabelecido no país dos Estados Unidos da América. Consiste no acordo entre o membro acusatório (Ministério Público) e o acusado quando este favorece informações relevantes ao caso e se declara culpado de parte ou total das acusações que lhe são imputadas e o membro do Ministério Público pode até não oferecer a denúncia formalmente, oferecer atenuante ou redução da pena recomendada, sendo uma sanção mais benéfica ao acusado. Havendo como principal objetivo é que o réu tenha uma reprimenda do seu delito praticado mais branda pois cooperou com a justiça para que o processo seja mais célere e uma consequente extinção do processo. Conforme o jurista Rodrigo da Silva Brandalise, no sistema norte americano, o modelo do *Plea Bargaining* possui uma divisão em relação a compreensão das perdas e ganhos, pois na forma que o acusado é condenado a uma pena menor caso houvesse a tramitação do processo típico, perdendo a acusação uma certa garantia de uma pena maior mas ganha a segurança irá ocorrer a condenação.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DOS POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS E CRÍTICAS CONTRA APLICAÇÃO DO PLEA BARGAINING NO BRASIL

Dos posicionamentos favoráveis da aplicação do instituto do *Plea Bargaining* no Brasil: A priori é a celeridade processual inerente a demanda sendo dispensado todo um tramite processual ocorrendo antes do julgamento do processo no qual será garantido aplicação de medidas acordadas entre o acusado e Ministério Público garantindo a condenação e evitando a diminuição dos gastos inerentes a tramitação do processo penal, de modo a evitar a superlotação em presídios pois a pena não será de privação de liberdade e a possibilidade dos membros do Ministério Público se dedicar a casos mais graves, havendo a possibilidade dos acordos.

No Brasil, há crítica ao instituto em relação o qual seria a falta de competência do membro de realizar os acordos, pois não existiria um controle político nas suas decisões de acordos, a população não teria acesso a integra das negociações. Os críticos da aplicação do *Plea Bargaining* da forma que é estabelecida no país norte americano também estabelecem que existiria que o Ministério Público possuiria uma discricionariedade muito extensa, no qual o ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre o princípio da indisponibilidade do *parquet* em relação a intenção de realizar a denúncia formalmente, sendo vedado à sua disposição, bem como contrariaria os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, isonomia, da não autoincriminação

podendo haver a confissão por meio da coação no qual feriria os pactos de Direitos Humanos que o Brasil é signatário bem como a legislação brasileira acerca do meio da confissão por coação.

2.2 Da Aplicação Dos Institutos Da Justiça Restaurativas No Brasil

No Brasil, não existe a possibilidade do *Plea Bargaining* como ocorre nos Estados Unidos, havendo positivamente a possibilidade da colaboração premiada, acordo de não persecução penal, transação penal, composição de danos civis, suspensão condicional do processo.

A Justiça Restaurativa é uma técnica de solução de conflitos, no qual prima pela justiça com mais diálogo e reparar os males que o ilícito penal ocasionou. Tem como um papel fundamental aproximar a vítima para diálogo em busca da verdade real e assim ter uma elucidação dos fatos e da justiça. Não apenas aplicando uma reprimenda, sanção, mas dialogar em busca da melhor solução para autor, vítima e sociedade. Conforme Jurista Guilherme de Souza Nucci:

A Justiça Retributiva sempre foi o horizonte do Direito Penal e do Processo Penal. Desprezava-se, quase por completo, a avaliação da vítima do delito. Obrigava-se, quase sempre, a promoção da ação penal por órgãos estatais, buscando a punição do infrator. Levava-se às últimas consequências a consideração de bens indisponíveis, a ponto de quase tudo significar ofensa a interesse coletivo. Eliminavam-se, na órbita penal, a conciliação, a transação e, portanto, a mediação.

A Justiça Retributiva está ligada ao senso de uma abordagem prevenção geral com foco de intimidar com base nas penas privativas de liberdade, restritiva de direitos, multa estigmatização e descriminalização.

2.3 DO ACORDO DA NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O mais próximo do *Plea Bargaining* norte americano é o acordo da não persecução penal, conforme o artigo 28-A, do CPP, incluído pela Lei 13.964, de 2019:

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 (...)

O presente artigo, foi incluído pelo Pacote Anticrime, no qual é possível o acordo da não persecução penal para os crimes sem violência ou grave ameaça, com pena mínima não inferior a 4 anos, onde o investigado confessou formalmente a prática da infração, o Ministério Público poderá propor o acordo da não persecução penal, desde que seja necessário e suficiente para a reprovação e haja a prevenção do crime o art.28-A, do CPP, dispõe sobre as medidas cabíveis, seus pressupostos e suas condições. Entretanto conforme a decisão do Ministro Luiz Lux, do Supremo Tribunal Federal, suspendeu a eficácia de partes da Lei 13.964/2019, Pacote Anticrime. Conforme os juristas Vlademir Aras e Francisco Dirceu Barros o presente acordo violaria o princípio acusatório no processo penal, no qual separa a função do Ministério Público de acusação e do Juiz de julgar, havendo então o direito do devido processo legal nos julgamentos, ocorrendo a separação das funções da acusação, julgador e defesa em consonância com o sistema acusatório adotado pelo Brasil existe a necessidade que o órgão que vai acusar seja distinto do que irá julgar. Bem como haveria a inconstitucionalidade, pois violaria o princípio da inocência, princípio de que ninguém será obrigado a produzir provas contra si.

Vale ressaltar que em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público, editou a resolução 181, dispõe em seu art.18, sobre o acordo da não persecução penal, entretanto havia certo conflito, pois, alguns juristas contrários ao acordo alegavam inconstitucionalidade do presente artigo diante que necessitaria de uma Lei Federal para estabelecer, sendo este conflito superado com o pacote anticrime.

Com o decorrer da aplicação do ANPP na prática, foram surgindo novos entendimentos jurisprudenciais. No que concerne à atuação do Poder Judiciário ao ANPP, com entendimento da Suprema Corte Brasileira, esse não poderá impor à obrigação que o membro do Ministério Público promova o Acordo da Não Persecução Penal, pois, ele não possui competência para participar de negociações pois não cabe analisar o mérito e sim a legalidade, conforme Informativo 1017, ministro relator Gilmar Mendes.

O Poder Judiciário não pode impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo de não persecução penal (ANPP). Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao MP a celebração de acordos. Não se tratando de hipótese de manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP, não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior no MP. Isso porque a redação do art. 28-A, § 14, do CPP determina a iniciativa da defesa para requerer a sua aplicação. STF. 2ª Turma. HC 194677/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/5/2021 (Info 1017).

2.4 DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada está disposta na Lei 12.850/2013, em seu artigo 3-A e seguintes, conforme e a lei a colaboração é um meio de obtenção de prova e poderá ocorrer em qualquer fase da persecução penal, sendo considerado um negócio jurídico processual e pressupõe utilidade e interesse públicos, devendo ser respeitado o princípio da confidencialidade.

Importante ressaltar que o colaborador tem diversos benefícios não apenas no que concerne a dosimetria mas si, o perdão judicial, ou redução da pena em dois terços, ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Mas será a pedido das partes e a discricionariedade do Juiz em relação ao tipo de benefício. Conforme artigo 4, da lei 12.850, de 2013. Devendo ser imprescindível que o investigado/acusado tenha colaborado efetivamente e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, havendo pressupostos e condições referentes ao acordo da colaboração premiada disposta na referida lei. O colaborador cederá seu direito ao silêncio, constitucionalmente garantido para colaborar efetivamente com as investigações.

De acordo com a doutrina, o magistrado vincula-se aos termos firmados no contexto da colaboração. Sendo sua análise relacionada aos pressupostos legais do acordo.

A Colaboração Premiada poderá ter como celebrante o delegado de polícia ou membro do Ministério Público e devendo sempre o investigado/acusado ser assistido por advogado ou Defensor Público, em nenhuma hipótese o Juiz poderá das negociações realizadas seu papel é de análise de legalidade, conforme artigo 4º, parágrafo 6º da referida lei:

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

O Direito do Silêncio garantido constitucionalmente, pelo princípio do nemo

tenetur se degere (Direito de não produzir provas autoincriminatórias ou de não produzir provas contra si de maneira ativa) é relativizado quando o investigado/acusado no que concerne a colaboração premiada, pois nesse caso o indivíduo será assegurado o Direito ao Advogado bem como não será obrigado a fazer o acordo, mas caso o faça, deverá informar de maneira verídica os fatos que tenha conhecimento.

Um dos casos mais divulgados pela mídia brasileira foi a colaboração dos irmãos Wesley e Joesley Batista e Francisco de Assis, que são executivos da JBS no qual foi anulado a colaboração premiada, de acordo com o então procurador-geral Augusto Aras, a colaboração pelos irmãos Batista ao ex-procurador da República Marcelo Miller houve uma tentativa de burlar a lei, pois no processo de colaboração premiada na fase das negociações continuaram delinquindo e omitiram informação de pagamento indevido. De fato o instituto é bastante proveitoso entretanto conforme o caso prático mostrado pode haver burlas, prejudicando a eficácia da lei.

Não se pode confundir o acordo da Colaboração Premiada prevista na lei 12.850/2013 e a delação premiada. Esta é o ato de delatar, cabível quando o investigado/acusado confessa a responsabilidade do crime e incrimina outro agente, seja partícipe ou coautor da ação delituosa, sendo uma causa especial de redução de pena de um a dois terços, para o crime de Associação Criminosa, praticado quando envolver os delitos hediondos e equiparados. Conforme previsto no artigo 8º, parágrafo único, da lei 8.072/1990:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

2.5 TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal está disposta na Lei 9.099/95, no art. 76, é uma espécie de acordo realizado entre o acusado e Ministério Público, no qual aquele aceita cumprir as determinações e as condições propostas pelo membro do Ministério Público em troca de arquivamento do processo.

Para o sujeito ativo do crime ter direito, a pena máxima é igual ou inferior a dois anos do delito em que praticou é necessário que o agente seja primário e de bons antecedentes, não tenha sido beneficiado por transação penal nos últimos 5 anos. É necessário que tenha indícios de autoria e materialidade, sendo possível sua ocorrência nos crimes de Ação Penal Pública Incondicionada e Ação Penal Pública Condicionada à Representação, nas hipóteses das infrações de menor potencial ofensivo, logo para os delitos julgados nos Juizados Especiais Criminais, não sendo necessário a confissão formal do acusado.

Cabe ao Ministério Público propor a transação penal, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, não havendo esse acordo efeitos na esfera civil.

Conforme Jurisprudência do STF, plenário, RE 795567/PR, em caso de transação penal não se aplicam os efeitos do artigo 91, do Código Penal (Consequências Jurídicas), entende-se que a transação penal, a sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilização criminal do aceitante. Bem como a transação penal não tem natureza jurídica de condenação criminal, não gerando efeitos para reincidência e maus antecedentes e, por se tratar de submissão voluntária à reprimenda penal não deverá ser reconhecida como culpabilidade penal e nem da responsabilização Civil.

Outrossim, importante ressaltar que a homologação da transação penal não faz coisa julgada material, conforme Súmula Vinculante 35 (STF), descumpridas as cláusulas do acordo, retoma-se a situação anterior, possibilitando o *Parquet* a

continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição do inquérito policial.

2.6 DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A Suspensão Condicional do Processo está disposta no art. 89, da Lei 9.099/95, ocorrendo exclusivamente para os crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, não necessariamente os crimes de competência do Juizado Especial Criminal.

A suspensão do processo ocorrerá por dois a quatro anos no fim deste prazo não havendo causa de revogação será declarado extinta a punibilidade do acusado sem efeito da reincidência. O acusado aceitar a proposta, e a denúncia for recebida, o juiz poderá suspender o processo até que as condições, que estão descritas na lei, sejam efetivamente cumpridas.

O Sursis do Processo será proposta pelo Ministério Público, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, devendo está presente os requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena.

Conforme entendimento do Superior Tribunal Federal, o Ministério Público deve fundamentar adequadamente a sua recusa para não ofertar a Suspensão Condicional do Processo, se essa recusa for concretamente motivada não haverá ilegalidade sob aspecto formal. Conforme RHC 91.265/RJ, STF, 5º turma.

Teses Jurisprudenciais nestes assuntos são bons de serem estudados, para verificar como é o entendimento do Poder Judiciário sobre o tema em questão. A edição nº 3, de Jurisprudência em Tese do STJ (Superior Tribunal de Justiça), trouxe como tema central a Suspensão Condicional do Processo. Demonstrando como o tema é importante e com diversos posicionamentos jurídicos. Sendo um dos que mais chama atenção o do item 6, pois relata que:

A extinção da punibilidade do agente pelo cumprimento das condições do sursis processual, operada em processo anterior, não pode ser sopesada em seu desfavor como maus antecedentes, personalidade do agente e conduta social.

Conforme, a hermenêutica jurídica O Direito deve ser interpretado e estudado de forma integrada, o Juiz no momento da dosimetria, artigo 59, do Código Penal, de acordo com esse entendimento, não pode em um novo delito praticado pelo agente considerar que já houve sursis processual com consequente extinção da punibilidade para valorar negativamente a pena do acusado.

2.7 DA COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS CÍVEIS

A composição civil de danos cíveis, está disposta no artigo 74, da Lei 9.099/95, é um acordo promovido entre autor do fato e vítima. Em regra é só cabível para os crimes de Ação Penal Privada ou Ação Penal Pública Condicionada à Representação, são para os crimes de menor potencial ofensivo, como exemplo o agente pichar a faixa de uma residência, deteriorando um bem alheio por motivo egoístico e com prejuízo considerável para vítima, neste caso conforme o art.163, do CP é crime de dano, sendo a ação penal privada, necessitando da queixa da vítima, caso na audiência ocorra um acordo entre a vítima, ocorrendo a legalidade dos termos do acordo o juiz homologará, ocorrendo renúncia ao direito de queixa, sendo considerado uma sentença irrecorrível e eficácia de título a ser executado no juízo cível competente.

Conforme Renato Brasileiro de Lima, a Composição Civil tem como base o princípio da Busca da Verdade Consensual no âmbito dos juizados, pois a busca da verdade processual dá espaço para a prevalência da vontade convergente das partes. O conflito penal é solucionado através de um acordo de vontades, conforme a doutrina denomina de verdade consensuada.

3 METODOLOGIA

A pesquisa científica realizada neste trabalho foi do tipo qualitativa utilizando como método a pesquisa bibliográfica exploratória, com base em artigos e livros específicos do Direito Penal e Processo Penal.

Este artigo teve como finalidade demonstrar os institutos da justiça restaurativa no Brasil com objetivo de compreender a influência do modelo norte-americano do Plea Bargaining. Utilizando como estruturada a partir da estruturação de princípios aplicáveis na seara do Direito Penal Brasileiro

Os procedimentos de coleta dos dados supracitados, foi através de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem quantitativa, com o intuito de relacionar os dados para a interpretação.

De acordo com Lakatos e Marconi (1996), o intuito de uma pesquisa bibliográfica é colocar o cientista em contato com o que foi produzido sobre determinado assunto.

Em consonância, Fachim (2010,p. 27), expõe que o método qualitativo é “a escolha de procedimentos sistemáticos para descrição e explicação do estudo”.

Na linha de pensamento de Gil (2002), a pesquisa exploratória têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com p problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou construir hipóteses incluindo levantamento bibliográfico e entrevistas.

4 RESULTADO E DISCUSSÃO

Ante o exposto, é necessário, inicialmente, expor o entendimento do Procurador da República no Estado do Paraná, Gabriel Silveira de Queirós Campos

Já se tornou corrente a afirmação segundo a qual o sistema penal encontra-se em crise. Ao nível do senso comum, percebe-se que a duração excessiva dos processos criminais leva a opinião pública a experimentar o sentimento de impunidade; por outro lado, a ausência de recursos, materiais e humanos, de órgãos como as polícias e o Ministério Público traz à população a nítida sensação de que o sistema penal é seletivo, deixando-se de investigar e punir inúmeros infratores, por critérios não esclarecidos.

[...]Como resposta (ou proposta de solução) à crise do sistema penal, em um ambiente de crescente massificação da criminalidade – especialmente a pequena – e de conseqüente sobrecarga das instâncias estatais de repressão penal, surge a inevitável discussão sobre o estabelecimento de um modelo consensual de justiça criminal.

É demonstrado a importância dos institutos da justiça restaurativa, entretanto no Brasil ainda é recente à aplicabilidade deles de forma constante. Com a operação Lava Jato à nível nacional e operação Calvário á nível Estadual Paraibano, muitos cidadãos brasileiros tomaram o conhecimento do instituto da Colaboração Premiada. Os dados oficiais de aplicação dos institutos não são divulgados em decorrência do sigilo processual inerente ao procedimento.

A justiça restaurativa tem como principal finalidade o reequilíbrio das relações entre agressor e agredido, e não a imposição de pena, constando para tanto com o auxílio da comunidade, inicialmente atacada, mas posteriormente desempenhando papel decisivo para restauração da paz social. Diante desses institutos, vislumbra-se a justiça com ênfase na reparação do mal proporcionado pelo crime, compreendido como uma violação às pessoas e aos relacionamentos coletivos, e não como uma ruptura com o Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, conforme explicado no presente trabalho no Brasil é sim possível que haja uma aplicabilidade dos institutos da justiça restaurativa, entretendo para evitar acordos duvidosos, deveria ser realizado entre o membro do Ministério Público (acusação), acusado com seu advogado (defesa) e magistrado (parte imparcial que irá julgar), obedecendo os princípios constitucionais. Os acordos seriam fiscalizados por um conselho específico, para que seja realmente eficazes para coibir a prática delitiva e que ocorra a sanção penal devida. O acordo da não persecução penal, da forma que está prescrita na lei é válida, entretanto quando ocorrer sua vigência deverá haver fiscalização nos acordos, não podendo o Ministério Público agir com total discricionariedade em sua realização. Não sendo cabível no ordenamento jurídico pátrio a aplicação do *Plea Bargaining* como ocorre nos Estados Unidos, diante dos princípios constitucionais e processuais inerentes ao trâmite judicial brasileiro.

A aplicabilidade do acordo da não persecução penal, o qual seria o mais próximo do *Plea Bargaining* norte americano evitaria a morosidade processual, como acontece atualmente, diminuiria a superlotação nos presídios pois as sanções dos acordos não são de penas restritivas de liberdade e também tanto os membros do Ministério Público e Juízes estariam disponíveis para casos mais graves, pois os delitos que poderão ser aplicado o instituto são para os sem violência ou grave ameaça, com pena de reclusão de até quatro anos.

Os institutos despenalizadores no Brasil é algo programático, sua aplicação, sendo instituindo ao longo das décadas, via de regra são sim aplicáveis na realidade brasileira o conflito da não diminuição no sistema carcerário deverá ser analisado por outras perspectivas a priori em relação da falta de assistência jurídica aos presos e quais delitos que são praticados no Brasil o patamar de suas penas.

O presente artigo, explanou sobre aplicação no ordenamento brasileiro sobre os institutos da justiça restaurativa. Portanto, conclui-se o presente artigo, que embora exista os institutos da Colaboração Premiada, Acordo de Não Persecução Penal, Transação Penal, Composição Civil e Suspensão Condicional do Processo, no ordenamento jurídico brasileiro não há o instituto do *Plea Bargaining*, inerente aos Estados Unidos da América sendo relevante à diferença das duas pátrias em relação ao sistema jurídico: Common law e Civil Law.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3. 689, de 3 de outubro de 1941**. Dispõe sobre Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

BRASIL, **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 09 de abril de 2022.

BRASIL, **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. OS PERIGOS DO PLEA BARGAINING NO BRASIL.

JusBrasil, 2018. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/400578643/os-perigos-da-plea-bargain-no-brasil>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

CARVALHO, Salo e ACHUTTI, Daniel. **JUSTIÇA RESTAURATIVA EM RISCO: A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA AO MODELO JUDICIAL BRASILEIRO**. Sequência

(Florianópolis) [online]. 2021, v. 42, n. 87. Disponível em:

<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2021.e74694>. Epub 17 Set 2021. ISSN 2177-7055. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2021.e74694>. Acesso em: 03 de março de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **SÚMULAS DO STF E DO STJ – ANOTADAS E ORGANIZADAS POR ASSUNTO**. 8º Ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador – BA: Editora: Juspodivm, 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **VADE MECUM DE JURISPRUDÊNCIA DIZER O DIREITO 2021**. 10º Ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador – BA: Editora: Juspodivm, 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O PODER JUDICIÁRIO NÃO PODE IMPOR AO MP A OBRIGAÇÃO DE OFERTAR ANPP**. Buscador Dizer o Direito, Manaus.

Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cc02d42b8939768b8a4f1e4d826faa79>. Acesso em: 08/03/2022

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **RESOLUÇÃO 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em:

<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucoes/Resoluco-181-1.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

FONTES, Lucas Cavalheiro. **PLEA BARGAINING: O QUE É ISTO, COMO É APLICADO E COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PODE IMPLEMENTÁ-LO?**. JusBrasil, 2019. Disponível em:

<https://lucacavalheiro.jusbrasil.com.br/artigos/667190934/plea-bargaining-o-que-e-isto-como-e-aplicado-e-como-o-ordenamento-juridico-brasileiro-pode-implementa-lo>.

Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

JUNIOR, Teddy Marques Farias; VIEIRA, Michele Alves; BATISTA, Maria Luísa do Carmo; MOURA, Aparecida de Fátima. **TRANSAÇÃO PENAL E COMPOSIÇÃO DE DANOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**. Jus.com.br, novembro de 2016.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53719/transacao-penal-e-composicao-civil-dos-danos-nos-juizados-especiais-criminais>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

LIMA, Renato Brasileiro. **MANUAL DE PROCESSO PENAL – VOLUME ÚNICO**. 8º. Ed. ampl. e atual. Salvador – BA: Editora: JusPodivm, 2020.

MARTINES, Fernando. **PGR DEFENDE ANULAÇÃO DE ACORDO DE DELAÇÃO DOS IRMÃOS BATISTA**. Consultor Jurídico, 05 de novembro de 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-nov-05/pgr-defende-anulacao-acordo-delacao-irmaos-batista>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

Ministério Público da Paraíba, **RELATÓRIO DE ATIVIDADES 2017- 2021. Agosto de 2021**. Disponível em: <https://www.mppb.mp.br/relatorio2021.pdf>. Acesso em: 17 de

outubro de 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 14^o. Ed., Revista, atualizada e ampliada. Salvador, Juspodivm, 2019.

URBANSKI, Rodrigo. **A DISTINÇÃO ENTRE A DELAÇÃO PREMIADA E A COLABORAÇÃO PREMIADA**. Canal Ciências Criminais, 2020. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/695572235/a-distincao-entre-a-delacao-premiada-e-a-colaboracao-premiada_ Acesso em: 09 de abril de 2022.

AS CONTRADIÇÕES DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Giovanna Ellen Nunes Soares¹
Bárbara Maria Arcoverde Melo²
Irlen das Chagas Caldeira³
Susana Vieira de Araújo Marinho⁴
Túlio Augusto Andrade Oliveira⁵

RESUMO

O presente capítulo tem como proposta fazer uma análise sobre o Direito Penal do Inimigo, ideologia do alemão Gunther Jakobs, demonstrando sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito e seus resquícios na legislação brasileira atual. Assim, será feita uma breve análise histórica do contexto em que a Teoria do Direito Penal do Inimigo foi formulada o seu conceito e definições, e, as fortes críticas que inúmeros doutrinadores fazem ao pensamento de Jakobs. O Direito Penal do Inimigo é incompatível com a constitucionalização e humanização do Direito. Porém, ainda é perceptível leis brasileiras com punições mais severas, a fim de se obter uma repressão maior aos crimes considerados mais graves, tipificando atos meramente preparatórios. Este artigo foi desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas teóricas sobre o Direito Penal do Inimigo mediante ao processo metodológico analítico-sintético e hipotético-dedutivo, abrangendo doutrinas, jurisprudências, artigos, leis e sites especializados no assunto. Na abordagem do tema, procurar-se-á expor de forma minuciosa e de fácil compreensão, conforme os pensamentos introduzidos por Gunther Jakobs, a sua aplicação no ordenamento jurídico atual e os julgamentos relacionados ao pensamento do autor.

Palavras-chave: direito penal do inimigo. Legislação brasileira atual. Gunther Jakobs. Atos meramente preparatórios.

ABSTRACT

This chapter proposes to analyze the ideology of the Criminal Law of the Enemy, by the German Gunther Jakobs, demonstrating its incompatibility with the Democratic State of Law and its remnants in current Brazilian legislation. Thus, a brief history will be made in which the Theory of Criminal Law of the Enemy was formulated, its concept and its definitions and critical criticisms that the indoctrinators made of Jakobs' thought. The Criminal Law of the Enemy is compatible with the constitutionalization and humanization of Law. However, Brazilian laws with severe punishments are still perceptible, in order to obtain a greater repression of crimes considered more serious, typifying merely preparatory acts. This article was

¹ Uniesp. E-mail: giovannaens@gmail.com

² Uniesp. E-mail: barbaraarcoverdeadv@gmail.com

³ Uniesp. E-mail: lrlemdaschagascaldeira@gmail.com

⁴ Uniesp. E-mail: susanavda@hotmail.com

⁵ Uniesp. E-mail: tulioaugusto@hotmail.com

developed through theoretical bibliographic research on the Criminal Law of the Enemy through the analytical-synthetic and hypothetical-deductive methodological process, covering doctrines, jurisdictions, articles, laws and specialized websites without subject. Approach to the theme will be thoroughly sought for understanding, according to the concepts and easy to think of Gunther Jakobs, its application without the current legal system and with projects related to thought.

Key words: criminal law of the enemy. Current Brazilian legislation. Gunther Jakobs. merely preparatory acts.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem o desígnio de conceituar o instituto do Direito Penal do Inimigo, idealizado pelo alemão Gunther Jakobs, enfatizando sua aplicação e influência na legislação penal brasileira, bem como as críticas e consequências que envolvem o assunto. Inicialmente, é de suma importância expor que o Direito Penal é encarregado de tipificar as condutas, que englobam a ação e a omissão, tidas como criminosas e lesivas de bens jurídicos relevantes, atribuindo uma sanção para as respectivas infrações. Ao mesmo tempo que há punição, deverá também observar-se as garantias fundamentais que a Carta Magna brasileira atribui aos seus tutelados, salvaguardando a dignidade da pessoa humana. Por essa perspectiva, em regra, a norma penal seria a última razão e o Direito Penal do inimigo se mostraria inadequado para estrutura social e política brasileira. Contudo, ao decorrer deste trabalho, será notório resquícios do Direito Penal do inimigo no Brasil, sendo atribuído aos delinquentes punições mais severas.

O Direito Penal do Inimigo foi um conceito criado por Jakobs na década de 80 (oitenta), pois houve, naquela época, um aumento considerável nas estatísticas de crimes, principalmente por causa dos avanços tecnológicos que a sociedade moderna proporcionou, culminando na extrapolação das barreiras nacionais que dificultou a punição dos agentes envolvidos em crimes. Um forte exemplo da globalização dos crimes foi o atentado terrorista ocorrido no dia 11/09/2001 (onze de setembro de dois mil e um) contra os Estados Unidos, nação que, até então, era famosa e aclamada por seu poder e inviolabilidade.

Segundo Gunther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo divide os criminosos em dois grupos: os criminosos comuns e os chamados inimigos. No que concerne ao criminoso comum, sua atuação seria ínfima, ferindo bem jurídico de menor relevância, podendo este ter direito a todas as garantias constitucionais, por ser um indivíduo que tem capacidade para se ressocializar e ser inserido novamente no bojo social. Já os delinquentes considerados de elevada periculosidade, pessoas que desafiam

reiteradamente o sistema social, seriam considerados inimigos, sofrendo punições mais rígidas e supressões de garantias e direitos. O Direito Penal do Inimigo visa antecipar a tutela penal, com o escopo de punir atos preparatórios, surgindo crimes de perigo abstrato e de mera conduta, limitando a atuação do potencial criminoso. Essa antecipação se justifica com base na tese de que a intervenção precoce evitaria o cometimento de infrações penais. Em princípio, cabe ao Estado garantir os direitos do cidadão, ora de forma positiva (atuação ativa), oferecendo as benesses de saúde e segurança, ora de forma negativa (sem atuação), permitindo a liberdade individual. A teoria do Direito Penal do Inimigo prioriza a punição dos delinquentes de alta periculosidade social por meio de penas rigorosas.

O alemão é também idealizador do funcionalismo radical, corrente ideológica que atribui grande poder à norma penal, sendo esta a única forma de garantir proteção social eficaz. Jakobs confiava veementemente que somente a rigorosa e recorrente punição prevista em lei teria capacidade de controlar os indivíduos.

A presente análise é relevante e atual, considerando que as nações se encontram fragilizadas devido às ameaças de ataques terroristas e de grupos extremistas radicais que usam da violência para impor suas ideologias de maneira forçada, sendo categorias difíceis de serem combatidas, como por exemplo as facções criminosas, refletindo em uma sociedade temerosa. Prepondera-se que, embora haja resquícios do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicação é completamente inviável na conjuntura social garantista do Brasil.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 FUNCIONALISMO: A BASE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Sob a ótica atual do pós-finalismo, levando em consideração a teoria funcionalista, deixou-se de lado as inúmeras indagações a respeito do conceito de direito para dar lugar às discussões sobre qual seria a função do Direito Penal perante a sociedade. Para o funcionalismo, faz-se necessário garantir a eficácia do sistema social, dividindo-se em: Funcionalismo moderado ou teleológico e funcionalismo radical ou sistêmico. O primeiro foi idealizado por Claus Roxin, em meados da década de 70 (setenta), e tinha como intuito definir que a função do Direito Penal seria resgatar bem jurídico. Se não houvesse direito a ser tutelado, conseqüentemente, não faria sentido aplicar o Direito Penal ao caso. Para Roxin, as condutas a serem tipificadas deveriam ser materialmente relevantes e a teoria do delito reconstruída a partir da política criminal.

Nesse modelo, a conduta seria um comportamento humano voluntário causador de um relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão à bem jurídico tutelado pela norma penal. O crime seria constituído pelos seguintes substratos: Tipicidade, ilicitude e responsabilidade baseada na reprovabilidade, sendo a culpabilidade apenas um limite funcional da pena.

Em se tratando do funcionalismo radical, Jakobs defende que se uma norma fosse frustrada pelo agente, seria imprescindível a aplicação de uma sanção mais rígida para proteger o sistema. A conduta seria um comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável que ocasiona a violação do sistema penal. O modelo proposto por Gunther Jakobs resultou na exumação do Direito Penal do Inimigo, inspirado na Teoria dos Sistemas de Luhmann, onde o criminoso contumaz deveria ser tratado com mais rigor, perdendo seu status de cidadão.

Num contexto histórico, Jakobs foi discípulo de Welzel, este um dos mais consagrados e polêmicos juristas da década de 80 (oitenta). O respaldo filosófico utilizado para embasar a teoria do doutrinador Gunther Jakobs está em autores tidos como contratualistas, a exemplo de Rousseau, Thomas Hobbes e Kant. De acordo com esses filósofos, o delinquente que viola o contrato social não poderá ter as benesses das garantias que o Estado proporciona aos cidadãos, sendo assim, o delito é visto como uma infração ao contrato social.

O autor Francisco Muñoz Conde elenca que o Direito Penal do Inimigo sempre foi presente na sociedade, como por exemplo no século XIX, na Espanha, surgiu uma legislação de combate ao crime organizado, assim como, após a Guerra Civil, uma legislação de caráter militar que se perpetuou com maior intensidade durante a ditadura, resultando na execução de 5 (cinco) membros de facções terroristas condenados à morte pelo tribunal militar de exceção. Ele ainda traz que:

Não há dúvidas de que acontecimentos como os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o de dezembro de 2003 em Bali da Indonésia, o de 11 de março de 2004 na Estação de Atocha de Madri, o de 1º de setembro na Escola de Beslan, Rússia, e o 7 de julho de 2005 no metrô de Londres, demonstraram a existência de um perigo real e a possibilidade de outros atentados. (FRANCISCO MUÑOZ CONDE, 2012.)

Nesse viés, considerando toda a complexidade e minúcias do Direito Penal do Inimigo, é preciso analisar e compreender algumas definições e características essenciais do Direito Penal do Inimigo, idealizada por Gunther Jakobs, os quais foram moldados com base na sua construção teórica e filosófica.

3 CARACTERÍSTICAS E DEFINIÇÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O processo de globalização aliado às rupturas de fronteiras entre países fez com que novos delitos surgissem. A modernidade proporcionou um avanço na criminalidade, porém o Estado não estava preparado para acompanhar tal evolução e repreender tais práticas infratoras. Surgiram questionamentos perante à sociedade, dentre eles se seria justo um potencial criminoso estar recebendo regalias do Estado e ter todos os seus direitos resguardados, enquanto os cidadãos bem quistos socialmente sofriam com o sentimento de medo e impunidade. A partir dessas discussões é que surgiu o chamado Direito Penal do Inimigo como uma alternativa de combate à criminalidade.

O direito penal seria baseado na relativização das garantias individuais, abominando certos privilégios atribuídos constitucionalmente ao preso e ao egresso. No sistema de combate ao inimigo, é criado um Estado de exceção, que insere na população o desejo de combater a todo custo o inimigo, causando temor sob seus protegidos. O indivíduo em desconformidade com a lei seria um terrorista, escolhendo deixar de lado os seus direitos e sofrer as consequências de um sistema que não acatou um contraditório substancial, direitos mínimos de defesa ou a garantia de uma pena adequada.

Nesse contexto, como anteriormente foi citado, para o Direito Penal do Inimigo, idealizado pelo alemão Gunther Jakobs, existem dois tipos de criminosos: um criminoso comum e o outro considerado inimigo da sociedade, coexistindo dois direitos distintos e, conseqüentemente, duas punições diferentes. De acordo com essa corrente de pensamento, o cidadão deverá ser punido na medida de sua culpabilidade, já o inimigo deverá ser punido por seu grau de periculosidade, restando evidente a figura do Direito Penal do autor, onde o fato não terá grande relevância, mas sim a personalidade do criminoso. A diferença do cidadão para o inimigo pode ser observada pela habitualidade em cometer crimes, a reincidência penal, se o agente tem o crime como profissão e a capacidade de estruturação e coordenação em organizações criminosas. Na teoria de Gunther Jakobs, a prisão possuía dois significados: simbólico e físico. O significado simbólico é marcado pela necessidade de deter e conter o perigo. Já o significado físico resulta na anulação desse perigo mesmo que por um curto espaço de tempo, atuando de forma preventiva.

Jakobs, considerado pai dessa ideologia, definia o Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

O Direito Penal do cidadão é um direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só a coação física, até chegar à guerra(...) O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (...) combate perigos(...) (GUNTHER JAKOBS, 2003, PÁGINA 30.)

Com a análise desse conceito, percebe-se que o Estado deve considerar como inimigo o indivíduo que tenha determinadas características de desvio de personalidade predominantes. Ainda considerando as palavras de Gunther Jakobs, este afirma:

Se já não existe a expectativa séria, que tem efeitos permanentes de direção da conduta, de um comportamento pessoal – determinado por direitos e deveres - a pessoa degenera até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente. Isso significa, para o caso da conduta cognitiva, o aparecimento do indivíduo perigoso, o Inimigo.” (GUNTHER JAKOBS, 2003.)

Em relação aos elementos constitutivos do Direito Penal do Inimigo, o alemão discorre da seguinte forma:

(...) O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva(...). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas(...). Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.” (GUNTHER JAKOBS, 2003.)

Na perspectiva do Direito Penal do Inimigo, o Estado deveria ter controle sobre os meios necessários para garantir a segurança da população refém da criminalidade, a citar o tratamento com mais severidade aos criminosos de maior periculosidade, podendo diferenciar os delinquentes entre os que cometeram um simples erro ou aqueles que precisam ser impedidos de reiterar nas práticas criminosas, ainda que para isso fosse preciso utilizar-se da coação, ferindo os direitos humanos. Vale ressaltar que o inimigo não necessariamente recebe uma pena, podendo também lhe ser aplicada uma medida de segurança se esta for o meio adequado de impedir que o indivíduo cometa crimes atuais e futuros. O Direito Penal do Inimigo antecipa a tutela penal, tendo o objetivo de punir os atos preparatórios, criando no ordenamento jurídico crimes de perigo abstrato e os de mera conduta, reprimindo a atuação do indivíduo delinquente, evitando que o crime venha a se concretizar.

3.1 AS INFLUÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora existam diversas críticas sobre a existência do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico do Brasil, é inegável que em algumas leis do país ainda há resquícios dos ideais propostos por Gunther Jakobs. No cenário jurídico atual, o Direito Penal do Inimigo encontra-se no Brasil na terceira velocidade do Direito Penal, sendo a primeira velocidade o Direito Penal tradicional, que visa a aplicação de uma pena privativa de liberdade e o de segunda velocidade abrange os crimes econômicos que trouxe uma ideia de flexibilizar algumas garantias penais e processuais para ratificar a celeridade da lei e aplicar penas alternativas diversas da privativa de liberdade, como por exemplo as restritivas de direitos. A terceira velocidade seria uma aplicação híbrida da primeira e da segunda velocidade, onde haveria a aplicação da pena privativa de liberdade somada com a flexibilização de garantias processuais e penais.

O Direito Penal do Inimigo é incompatível com a constitucionalização e humanização do Direito. Porém, ainda é perceptível leis brasileiras com punições mais severas, a fim de se obter uma repressão maior aos crimes considerados mais gravosos, tipificando atos meramente preparatórios, como observa-se no Código Penal em seu artigo 288 (Duzentos e oitenta e oito) que pune a associação criminosa, considerado um de perigo abstrato, estando na mera fase de cogitação e preparação no *inter criminis*. Vejamos:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.
Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, 1940)

Ainda sobre a legislação Penal do Brasil, também é possível encontrar a punição de atos preparatórios nos artigos 291 e 294 do Código Penal a seguir expostos.

Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda. Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.
Art. 294 - Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior: Pena: reclusão, de um a três anos, e multa. (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, 1940)

Raul Zaffaroni (2007) acredita que a principal atuação do Direito Penal do inimigo na América Latina como um todo seria através das prisões cautelares (provisórias). Com essas prisões, o inimigo seria encaminhado ao cárcere para serem combatidos/eliminados da sociedade. O autor ratifica, em sua obra "O Inimigo no Direito Penal", que 3/4 (três quartos) dos indivíduos presos estão submetidos a medidas de

contenção, embora já tenham sido processados, ainda aguardam pelo julgamento dos seus delitos. Em suas conclusões, afirma que esse fato mostra a deturpação dos princípios constitucionais dentro do sistema prisional, devendo ser a prisão provisória *ultima ratio* em qualquer situação.

Nenhum governo democrático adota claramente um princípio de Direito Penal do Inimigo dentro do seu ordenamento jurídico, pois culminaria em um Estado violador dos direitos humanos. Porém, ao observarmos diversos acontecimentos durante a história contemporânea, pode-se notar a utilização da tese de Jakobs (2012). Cita-se como exemplo internacional, o caso da Colômbia e o maior narcotraficante: Pablo Escobar. No início, suas atuações não geravam repressão pelo governo colombiano, já que ainda não havia estourado na grande mídia o caso de ameaça ao governo do país. Ao ganhar notoriedade, após alguns de seus feitos, Pablo Escobar passou de Narcotraficante à Terrorista, agora recebendo maior atenção mundial, sendo considerado “Inimigo do Estado”. Durante toda a perseguição na captura de Pablo Escobar, uma série de direitos foram violados para atingir um objetivo maior, que era a sua prisão ou morte. Além do caso de Pablo Escobar, existem diversos outros exemplos ao redor do mundo. Após o atentado terrorista de 11 de Setembro de 2001, nos Estados Unidos, na época presidido por George Bush, o país tornou-se mais rígido para a entrada de imigrantes, principalmente os islâmicos. Posterior ao atentado, os Estados Unidos consolidou a guerra ao terror, realizando uma caçada ao terrorista Osama Bin-Laden.

O cenário brasileiro é bem diferente dos casos apresentados nos EUA e na Colômbia. Porém, é válido expor que o Brasil passou por um período ditatorial, com suspensões de direitos civis, políticos e exílios. Durante esse período, muitas modificações foram feitas no ordenamento jurídico brasileiro, com os Atos Institucionais para manter a população sob o domínio do exército. O poder de suspensão dos direitos políticos se dissipou nos anos subsequentes, havendo diversas mortes e tortura para aquelas pessoas que se manifestavam contra o cruel regime militar.

A lei de crimes hediondos (Nº8.072/90), cujo rol é taxativo, tende a punir rigorosamente os crimes considerados mais repugnantes pela lei. Uma consequência dessa lei seria o tratamento diferenciado aos infratores, satisfazendo integralmente o cumprimento de pena em regime fechado no estabelecimento de segurança máxima, ou seja, não teriam direito à progressão do regime. É de suma importância explicitar que o Supremo Tribunal Federal considerou tais disposições inconstitucionais. Os prazos processuais desta lei também punem com mais severidade os praticantes de crimes

hediondos, a exemplo da prisão temporária, que o prazo é de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, ao invés de 5 (cinco) dias aplicáveis aos criminosos comuns.

No Estatuto do Desarmamento há a tipificação do porte de arma de fogo sem munição, em seu artigo 14 (catorze), que apresenta duas vertentes para a doutrina. Uma corrente doutrinária o considera como crime de perigo abstrato e outra corrente o define como de perigo concreto. O STF consolidou seu entendimento de que existe um real perigo ocasionado pelo porte de arma de fogo, mesmo sem munição, pois, ainda assim, existe uma grande probabilidade de cometimento de ilícitos penais.

A Lei de Crimes Ambientais traz outro exemplo de infração punida por conduta meramente preparatória, que é o ingresso em unidade de conservação na posse de instrumentos para caçar ou para explorar produtos florestais sem apresentar qualquer licença ou autorização.

O Direito Penal do Inimigo está presente também na lei de execuções penais com a figura do Regime Disciplinar Diferenciado. Esse instituto culmina no isolamento dos líderes de organizações criminosas para impedir que eles continuem cometendo infrações penais no interior do cárcere, dando ordens aos seus subordinados que estão soltos. O Regime Disciplinar Diferenciado se aplica tanto aos presos provisórios, quanto aos definitivos. Nas palavras do doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete:

O Regime Disciplinar Diferenciado não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou com medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei. (MIRABETE, 2004, P.116)

A Lei 11.705/08 (Lei Seca), no começo de sua vigência, determinava que o condutor que fosse flagrado sob efeito de álcool cometera uma infração de trânsito e receberia uma pena de multa, bastando apenas que o condutor se negasse a realizar o teste do bafômetro. Com os altos índices de crimes no trânsito, o legislador se preocupou em aumentar a multa, aplicando-a em dobro no caso de reincidência e corrigiu a pena para 16 (dezesesseis) anos aplicáveis às pessoas que se negavam a realizar o teste do bafômetro, independentemente do sujeito ter ingerido álcool, bastando a recusa para aplicar a multa. Atualmente, o crime de trânsito só resta configurado caso o resultado do teste de alcoolemia conste acima do determinado pelo Código de Trânsito Brasileiro.

Por fim, pode-se também citar a chamada “Lei do abate”, na qual faz o controle

de atividades suspeitas em aviões, com o objetivo de barrar, principalmente, o tráfico internacional de drogas e o Terrorismo. De acordo com essa lei, ao identificar a aeronave suspeita, medidas gradativas e coercitivas devem ser aplicadas para que o avião pouse. Caso o comando seja desobedecido, as autoridades ficam autorizadas a derrubar a aeronave de “comportamento inimigo”.

3.2 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo recebe inúmeras críticas desde a sua criação. Muitos doutrinadores alegam que essa teoria não é compatível com a dignidade da pessoa humana preceituada em um Estado Democrático de Direito. Desse modo, não há que se falar em tratamentos distintos entre os criminosos, muito menos suprimir seus direitos básicos garantidos constitucionalmente como cláusulas pétreas. Raul Zaffaroni, consagrado doutrinador, não recepciona a ideia de existir o Direito Penal do Inimigo no Brasil, pois nosso modelo de Estado não segue o antigo absolutismo. Em suas próprias palavras:

Nossa tese é que o inimigo da sociedade ou estranho, quer dizer, o ser humano considerado como ente perigoso ou daninho e não como pessoa com autonomia ética, de acordo com a teoria política, só é compatível com um Estado absoluto e que, conseqüentemente, as concessões do penalismo têm sido, definitivamente, obstáculos absolutistas que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos Estados constitucionais de direito. (RAUL ZAFFARONI, 2007, p. 12)

A despersonalização do indivíduo criminoso, deixando de o considerar sujeito de direitos, acarreta consequências drásticas para a sociedade, fazendo com que esta perca sua tutela assegurada pelo Direito. Outra crítica relevante se baseia na tese que o Direito penal do Inimigo é apenas uma manifestação normativa em relação aos problemas sociais mais gravosos, evidenciando o temor do Estado aos criminosos, gerando uma preocupação de repressão máxima aos delitos. Os opositores dessa ideologia consideram que o Estado não aplica punição adequada aos infratores e usa a lei penal como paliativo para a insegurança e a impunidade.

Nas palavras de Rogério Greco: “Direito Penal do Inimigo, seria um Direito penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado”. Admitir a aplicação do Direito Penal do Inimigo é considerado por muitos estudiosos como um retrocesso, visto que a sociedade lutou ao longo das décadas para obter certos direitos e garantias fundamentais aplicáveis a todos, sem qualquer distinção. Numa sociedade moderna, o Direito Penal

do inimigo apenas refletiria uma falsa sensação de estar seguro na sociedade.

4 METODOLOGIA

A pesquisa científica realizada neste trabalho foi do tipo qualitativa utilizando como método a pesquisa bibliográfica exploratória. Para Neves (1996, p. 1) a pesquisa qualitativa é: um conjunto de diferentes técnicas interpretativas que visam a descrever e a decodificar os componentes de um sistema complexo de significados. Tendo por objetivo traduzir e expressar o sentido dos fenômenos do mundo social.

A pesquisa foi estruturada por meio de pesquisas bibliográficas teóricas sobre o Direito Penal do Inimigo, mediante processo metodológico analítico-sintético e hipotético-dedutivo, abrangendo doutrinas, jurisprudências, artigos, leis e sites especializados no assunto. Na abordagem do tema, procurar-se-á expor de forma minuciosa e de fácil compreensão, conforme os pensamentos introduzidos por Gunther Jakobs, a sua aplicação no ordenamento jurídico atual e os julgamentos relacionados ao pensamento do auto

4.1 RESULTADO E DISCUSSÃO

Diante toda explanação realizada ao longo da presente pesquisa, pela lógica de Jakobs, o Direito Penal possui a missão de garantir a identidade normativa da constituição social, de forma que a forte repressão aplicada contra o transgressor das normas sirva de exemplo para a sociedade se sentir segura e evitar que as pessoas se tornem “inimigas potenciais”.

Para Jakobs, a definição de pessoa está intrinsecamente ligada à forma e postura desta diante o cenário social em que vive e o respeito de suas normas regentes.

Para Raul Zaffaroni (2002), deve-se admitir que a teoria do Direito Penal do Inimigo tem como sujeito o homem empírico, enquanto a pessoa é moldada através de uma construção normativa. No conceito de Gunther Jakobs, o inimigo é aquele que rompe permanentemente com o Direito, tornando-se um ser humano sem limites, vindo a ser considerado o inimigo da sociedade. Quando o Direito Penal do Cidadão for violado, o indivíduo deverá ser submetido a um processo penal diferente do aplicável aos cidadãos comuns.

A ideia de Jakobs foi firmada na antecipação da tutela punitiva por parte do Estado, supressão ou redução das garantias constitucionais e processuais e a criação de penas mais rígidas. A referida teoria transmite a sensação de estar mais preocupada

em identificar um grupo de indivíduos e rotulá-los como inimigos do que definir realmente um fato criminoso.

Claus Roxin, em seus estudos, afirma que o Direito Penal tem apenas o condão de resguardar a ordem pacífica externa da sociedade, não possuindo poder para penalizar comportamentos que não lesionaram o direito de outros indivíduos da sociedade.

Nos entendimentos de Zaffaroni (2007), se for adotado o conceito de inimigo, a consequência seria a instalação de uma ditadura jurídica, devendo, dessa forma, ocorrer a suspensão dos preceitos constitucionais, no momento em que estiver ocorrendo a aplicação do Direito Penal do Inimigo. Não pode haver um outro Direito Penal, apenas o de garantias.

Dessa forma, conclui-se não ser possível a aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. A sua implementação se torna inviável, visto

que a sua proposta é incompatível com os princípios do Estado Democrático de Direito ratificados pela Carta Magna de 1988.

É impossível harmonizar o Estado de direito da sociedade brasileira e o Direito Penal do Inimigo, sendo aquele pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, diferente deste que assegura o extermínio de garantias fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse viés, a ideologia trazida por Jakobs surgiu com o objetivo de achar uma solução para a impunidade do Estado no combate aos crimes mais repugnantes socialmente. O Direito Penal do Inimigo priorizou a separação dos membros da sociedade entre os cidadãos e os inimigos, estes últimos perdendo a posição de sujeitos de direitos, sofrendo uma aplicação mais rigorosa da lei, com tratamento diferenciado aos criminosos de alta periculosidade. Entretanto, tal teoria se mostra incompatível com o modelo estatal democrático adotado no Brasil, já que a prioridade constitucional é respeitar a dignidade da pessoa humana dos sujeitos de direito.

Baseado nas críticas, muitos doutrinadores são contra dispositivos ainda existentes na legislação brasileira com resíduos do Direito Penal do Inimigo, como por exemplo a lei de crimes hediondos, o crime de associação criminosa, entre outros já citados no decorrer do presente artigo. Por essa perspectiva, o direito transforma-se em mero simbolismo, dando margem a criação de rótulos e etiquetas aos indivíduos,

fenômeno este conhecido por *labelling approach*, estudado pela criminologia.

Por fim, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo, embora exista exemplos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, se mostra incompatível com a democracia brasileira, visto que essa teoria tolhe os direitos humanos, reduz as garantias individuais e dar margem para a prática de tortura, da pena de morte, da incomunicabilidade do preso, bem como fere princípios constitucionais, como a presunção da inocência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Matheus Ferreira; AMORIM, Antônio Leonardo. **O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL - USO DA NECROPOLÍTICA NO ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO**. Disponível em: <<https://www.journalsdg.org/jlss/article/view/593/23>>. Acesso em: 14 de out. de 2022.

BARROS, Rafael. **Direito Penal do inimigo - O que é, histórico e exemplos**. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/direito-penal-do-inimigo/>>. Acesso em: 14 de out. de 2022.

BARROS, Rafael. Direito Penal do Inimigo. **Blog Aurum**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/direito-penal-do-inimigo/>>. Acesso em: 29 de mar. De 2022.

Blog Âmbito Jurídico. **O direito penal do inimigo à luz da legislação brasileira**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-a-luz-da-legislacao-brasileira/>>. Acesso em: 02 de abr. de 2022.

Blog Âmbito Jurídico. **O direito penal do inimigo: suas influências no ordenamento jurídico brasileiro e a revelação do verdadeiro inimigo**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>>. Acesso em: 29 de mar. De 2022.

Brasil Escola. **A Teoria do Direito Penal do Inimigo e sua influência na Legislação brasileira**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-teoria-direito-penal-inimigo-sua-influencia-na-legislacao-brasileira.htm>>. Acesso em: 14 de out. de 2022.

COSTA, Flávio Ribeiro da. **Os fundamentos do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 211. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1680>>. Acesso em: 28 de mar. De 2022.

GRECO, Luís. **SOBRE O CHAMADO DIREITO PENAL DO INDIVÍDUO**. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/docente/07.pdf>>. Acesso em: 14 de out. de 2022.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

JACKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

LIMA, Diego Vinicius de. **O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEUS DESDOBRAMENTOS NA CONJUNTURA SOCIAL DO BRASIL**. João Pessoa, 2018. Disponível em: <<https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/TCC-Diego.pdf>>. Acesso em: 27 de mar. De 2022.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Existe um Direito Penal do Inimigo no Brasil?** Blog Jusbrasil. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/469083933/existe-um-direito-penal-do-inimigo-no-brasil>>. Acesso em: 01 de abr. de 2022.

MEDEIROS, Paulo Henrique. **Direito penal do inimigo e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. Blog Jus.com.br. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54554/direito-penal-do-inimigo-e-sua-aplicacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 01 de abr. de 2022.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **É O DIREITO PENAL DO INIMIGO UM INIMIGO DO DIREITO?** 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8810db09a185af4c>>. Acesso em: 02 de abr. de 2022.

NUNES, Estefanio Ramalho Bernardo. **COMO O USO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PODE LEVAR AO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL**. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11333/1/ERBN29112017.pdf>>. Acesso em: 14 de out. de 2022.

OLIVEIRA, Luana Rayssa Moraes de; BORGES, Fábio Lasserre Sousa. **POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. Disponível em: <<https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/LUANA%20RAYSSA%20MORAIS%20DE%20OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 14 de out. de 2022.

PIERONI, Ana Luiza Rabelo Batista. **Direito penal do inimigo: a utilização do ser humano como meio na luta contra os inimigos do estado**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/419/edicao-1/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 14 de out. de 2022.

QUADROS, Ana Carolina Oliveira de. **ANÁLISE AO DIREITO PENAL DO INIMIGO**. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1170/TCC%20COMPLETO%20-%20direito%20penal%20do%20inimigo.docx%20-fim.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 de out. de 2022.

SILVA, Natalia Ribeiro da. **A APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. Disponível em: <<https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2019-08-28-15670157076712.pdf>>. Acesso em: 27 de mar. De 2022.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Editora

Revan, 2007.

SAÍDA TEMPORÁRIA E HEDIONDEZ: CONTRAESTÍMULO OU INCENTIVO À CRIMINALIDADE?

Grace Crispim de Lucena¹

Patrícia Bezerra de Lima²

Suzana Vieira de Araújo Marinho³

Thaís Mori⁴

Tulio Augusto Andrade Oliveira⁵

1. INTRODUÇÃO

A liberdade do indivíduo, seja ela relacionada ao pensamento, a crença ou a própria locomoção, é um dos dogmas do Estado de Direito. Em uma sociedade como a nossa, em que ser livre é requisito essencial ao bem viver, até mesmo a Constituição Federal estabelece normas de observância obrigatória dentro do processo penal, com o intuito de distinguir a civilização da barbárie. O sistema processual penal acusatório, adotado pelo Brasil, é definido pela presença de partes distintas, onde acusação e defesa se relacionam, em igualdade de condições, sobrepondo-se entre estes a figura de um juiz imparcial. Para garantir o cumprimento efetivo da lei e, ao mesmo tempo, as garantias constitucionais do apenado, faz-se necessário observar a Lei de Execuções Penais, a fim de que seja dada efetividade ao sistema penal brasileiro, sem, contudo, desprezar os princípios norteadores da dignidade da pessoa humana.

A mencionada Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984, em seu Art. 1º, apresenta como objetivo “*efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”. Ou seja, busca-se aplicar as disposições de sentença ou decisão criminal, visando o seu cumprimento e, especialmente, a integração social daquele que comete um delito.

É bem verdade que há certa discordância entre os estudiosos acerca da natureza jurídica da Lei de Execuções Penais. Todavia é inegável que sua atividade tem natureza jurisdicional, muito embora não se furte a realizar atos administrativos no exercício de tornar real o mandamento sentencial. Porém, é igualmente relevante destacar que, inclusive na fase de execução da sentença, é primordial que continuem sendo seguidos

¹ Uniesp. Email: gcl@gmail.com

² Uniesp. Email: limab_patricia@hotmail.com

³ Uniesp. Email: susanavda@hotmail.com

⁴ Uniesp. Email: thais__mori@hotmail.com

⁵ Uniesp. Email: tulioaugusto@hotmail.com

e observados os princípios do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da razoabilidade, entre tantos outros.

De acordo com Renato Marcão (P. 31-32, 2014, Curso de Execução Penal) o Brasil adota *“a teoria mista ou eclética, segunda a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar”*.

Entre as medidas adotadas na busca dessa integração social estão as saídas temporárias, espécie do gênero das autorizações de saída, por meio da qual busca-se permitir àquele sob pena privativa de liberdade a reconexão gradual do seu contato com o mundo e com seus familiares fora do ambiente prisional, por meio de atividades que incentivem sua reestruturação moral, ética e profissional, possibilitando assim a sua reintegração social. Ocorre que tal benesse gera bastante polêmica, seja no ambiente acadêmico, político, ou na sociedade em geral, e recentemente passou a ter questionada sua eficácia como medida reestruturante, haja vista a ocorrência de evasão e cometimento de novos crimes por alguns, a partir da concessão do benefício, largamente noticiada na mídia nacional.

Mas, e quando o crime cometido é considerado hediondo?

Segundo definição do Dicionário Aurélio (2003), o termo hediondo é originário do espanhol e significa “repelente, repulsivo, horrendo”. Um crime é considerado hediondo quando, dentre todas as condutas intoleráveis existentes em nosso ordenamento jurídico, o delito apresenta um grau de reprovabilidade superior, posto que, em geral, é praticado em desfavor de bens jurídicos inegociáveis à sociedade, como a vida, a liberdade e a integridade física. Geralmente carregados de violência, estes crimes causam indignação e comoção social, principalmente quando divulgados e explorados pela grande mídia.

São, portanto, considerados mais gravosos e tal gravidade pode ser avaliada a partir das razões do delito, da sua finalidade ou mesmo em relação a sua forma de execução. Por tais motivos, são tratados com muito mais rigor pela lei pátria e despertam na sociedade sentimentos de ojeriza e desprezo pelo criminoso, o que explica a discordância crescente quando se fala em aplicação do benefício para aqueles que cometem tais crimes, os quais se definem como aqueles cometidos com grande grau de reprovabilidade, posto que afetam bens fundamentais ao próprio desenvolvimento humano, como a liberdade, a integridade física ou a própria vida humana.

Dentre as questões que se levantam neste cenário, a mais relevante orbita na dúvida entre duas correntes: aquela que defende a possibilidade de reintegrar à sociedade um indivíduo capaz de cometer crimes bárbaros, concedendo benefícios

como forma de contraestimar o cometimento de novos delitos; ou a que prega que, uma vez ocorrendo, tal concessão apenas contribuiria para estimular a criminalidade, ante a garantia da impunidade.

É de conhecimento notório que o processo penal, desde o seu nascimento, deve obedecer aos princípios legalmente constituídos, evitando nulidades posteriores e garantindo a ordem constitucional. Dito isto, sabe-se que, a partir da sentença penal condenatória, uma nova fase se inicia dentro do processo penal, a chamada fase de execução da pena, a qual também deve seguir permeada por princípios basilares do Direito, entre os quais destacamos o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a oficialidade, a igualdade das partes, entre outros.

Todavia, entre tantos institutos conhecidos, temos um, pouco lembrado pela população em geral, mas que deve se fazer presente em toda execução penal, sobretudo naquelas em que se verifica a prática de crimes hediondos, que é o princípio da humanização da pena. Tal instituto não nos permite esquecer que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que merecem ser respeitados para que não sejam tolhidas garantias não afetadas pela sentença penal condenatória, tampouco concedidas regalias incompatíveis com o crime praticado, o que poderia desqualificar o objetivo da aplicação da pena.

Neste cenário, uma série de questões são suscitadas no sentido de delimitar quais seriam as formas de aplicação do princípio da humanização da pena aos crimes de natureza hedionda. É latente, portanto, o conflito, pois, se por um lado há a possibilidade do criminoso ter direito aos benefícios da progressão de regime e, conseqüentemente de suas facilidades, apesar da hediondez do delito cometido; em contrapartida, privá-los de tais benefícios implica em ferir princípios basilares da dignidade da pessoa humana.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. ENTENDENDO A SAÍDA TEMPORÁRIA

Tem-se que a saída temporária se refere ao benefício concedido aos presos em regime semiaberto, sem vigilância direta, no casos de visita à família, frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução e de participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Renato Marcão, pontua, em sua obra Curso de Execução Penal, que o benefício não pode ser concedido aos que tenham aplicado regime **inicial** semiaberto, posto que, em tais casos, jamais será possível a modificação do regime para o fechado, bem como aqueles que se encontram cumprindo a pena em regime fechado.

Para alcançá-la, o preso necessita cumprir uma série de requisitos, tais como comportamento adequado, cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente, além da compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. É entendimento pacificado na Jurisprudência do STJ (RHC, 1.775-RJ, 5ª Turma) que “o requisito temporal de cumprimento mínimo de 1/6 da pena, previsto no art. 123, II, da LEP, para efeito de concessão de benefícios próprios ao regime prisional semiaberto, não se aplica aos que nele ingressarem pela progressão de regime, porquanto já cumprido no regime anterior fechado, que deve ser computado”. Sobre tal ponto, observemos o relatório do Ministro Flaquer Scartezini, no *Habeas Corpus* nº 1.776-RJ, mencionado por Renato Marcão (p.209, Curso de Execução Penal, 2014):

“(...) O condenado primário, que já tiver cumprido um sexto da pena no regime fechado, poderá obter autorização de saída temporária em decisão fundamentada do Juízo das Execuções, ouvidos o Ministério Público e a administração do estabelecimento penal, independentemente de satisfazer mais um sexto da pena no regime atual, semiaberto (LEP, art. 122, II)”

Vale registrar, inclusive, que, conforme Súmula nº 40 do STJ, a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo leva em consideração o tempo de cumprimento da pena no regime fechado. Acrescente-se, ainda, o fato de que a concessão deve ser realizada mediante ato motivado do juiz da execução, após ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, conforme preleção do Art. 123 da LEP, que, além de fornecer o Atestado de Conduta Carcerária (ACC), assegurando o bom comportamento – exigência para a concessão do benefício – também se manifesta a respeito de outros fatores, tais como o risco de fuga, por exemplo.

A autorização é concedida por prazo não superior a 07 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 04 (quatro) vezes durante o ano. Para tanto, o preso precisa fornecer o endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício. Ademais, deve se recolher à residência visitada no período noturno e está proibido de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. Mencione-se, ainda, que as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra, bem como que pode ser revogada automaticamente, sempre que o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave – o que, por si só, acarreta a regressão de regime prisional -, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso, o que demonstra que o benefício não alcança sua verdadeira finalidade e, portanto, não merece prosperar. Entretanto, o STJ, através do

Resp. 1.176.264, autorizou também saídas de curto prazo, mais vezes ao longo do ano, podendo desconsiderar a exigência do intervalo também nessas situações.

Importante fazermos um breve paralelo com o instituto da remissão, para entendermos o fato de os condenados por crimes hediondos poderem receber o benefício. É que, pela remissão, o preso progride de regime, passando do fechado para o semiaberto e, posteriormente, para o aberto, a partir de frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, à razão de 01 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em 03 (três) dias. Segundo Renato Marcão (P. 223, Curso de Execução Penal, 2014), ainda:

Admite-se a acumulação dos casos de remissão (trabalho + estudo), desde que exista compatibilidade das horas diárias; sendo assim, o preso que trabalhar e estudar regularmente e com atendimento à carga horária diária que a lei reclama para o trabalho e também para o estudo, poderá, a cada 03 (três) dias, reduzir 02 (dois) dias de sua pena.

Isto posto, não é difícil nos depararmos com condenados por crimes hediondos usufruindo do benefício, já que, com a remissão, acabam por atingir os requisitos para progredir de regime, passando do regime fechado, incompatível com a concessão da saída temporária, para o regime semiaberto, garantidor da referida benesse, caso cumpridas as demais condições.

Com efeito, além dos requisitos objetivos averiguados para concessão do benefício, o apenado precisa preencher requisitos subjetivos, sendo o principal deles a comprovação de comportamento adequado, aferido por informações da administração penitenciária, visto que, caso tenha praticado falta disciplinar devidamente apurada em procedimento apropriado, não poderá obter o benefício por ausência de mérito.

Note-se que, a saída temporária não é garantida a todo e qualquer apenado que esteja cumprindo pena no regime semiaberto. Mas, ao contrário disto, requer uma série de requisitos que necessitam ser cumpridos para obtenção da sua concessão.

Com já foi mencionado, os requisitos devem ser analisados pelo juiz da execução, após ouvidos o Ministério Público e da Administração Penitenciária e, a eventual demora injustificável na conclusão da análise, e posterior concessão ou indeferimento da benesse, é passível de resolução via *habeas corpus*. Frise-se que, apesar da possibilidade de usufruir do benefício por prazo não superior a 07 (sete dias) e de sua renovação poder ocorrer por mais 04 (quatro) vezes durante o ano, deve-se reanalisar o preenchimento dos requisitos a cada novo pedido de concessão, haja vista que o merecedor do benefício do primeiro requerimento pode não ser digno do mesmo

benefício no futuro.

Contudo, é de bom alvitre lembrar que o apenado não tem direito adquirido a estar fora do ambiente carcerário por 35 (trinta e cinco) dias ao longo de um ano, sendo certo que, caso seja concedida a saída temporária por período inferior a 07 (sete) dias, não há como computar a diferença para crédito em uma saída futura. Nos casos em que a saída se dá para participação em curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, esta perdurará pelo período necessário ao cumprimento das atividades discentes, de acordo com o parágrafo 2º, do Art. 124, da LEP, cabendo ao postulante comprovar o tempo pelo qual se faz necessária a manutenção da saída temporária.

Registre-se, ainda, que o juiz poderá determinar a fiscalização por meio de monitoramento eletrônico, momento em que deverá instruir o apenado a tomar uma série de cuidados com o equipamento, além de receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, respondendo aos seus contatos e cumprindo suas orientações. Dito isto, deverá abster-se de remover, violar, danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou permitir que outrem o faça, sob pena de regressão do regime e/ou revogação da autorização de saída temporária, a critério do juiz de execução, após oitiva do MP e da defesa, conforme preleção do Art. 146-C da LEP.

Por fim, conforme ensinamentos de Renato Marcão (P.213 – Curso de Execução Penal, 2014):

A revogação automática do benefício não viola o princípio constitucional da ampla defesa. Como punição que é, impõe-se seja célere, e, assim, deve acontecer antes de se ver escoar o tempo total da saída autorizada, inclusive porque a própria Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de posterior restabelecimento do benefício, o que afasta qualquer possibilidade de lesão ou ameaça a direito.

Como mencionado anteriormente, o direito a saída temporária pode ser revogado a qualquer tempo, da mesma forma que pode ser recuperado, fato que ocorre sempre que o apenado é absolvido definitivamente no processo penal que deu causa à revogação do benefício, com trânsito em julgado ao menos para o Ministério Público, quando há o cancelamento da punição disciplinar ou após demonstrado o merecimento do condenado, conforme Art. 125 da LEP.

Depois de conhecidas as principais características da saída temporária, vale considerar que, em 2019, foi aprovada a Lei 13.964/2019, que ficou conhecida como Pacote Anticrimes, a qual acabou por realizar modificações pontuais no benefício da saída temporária ao criar, por exemplo o §2º no Art. 122 da LEP, o qual prevê que não terá direito à saída temporária, a que se refere o caput do citado artigo, o condenado que cumpre pena pela prática de crime hediondo com resultado morte. Passemos a sua

análise a seguir.

2.2. PACOTE ANTICRIME

A Lei Anticrime nº 13.964/2019, que ficou conhecida como Pacote Anticrimes, passou a vigorar em janeiro de 2019 e surgiu no intuito de aperfeiçoar a Legislação Penal e Processual Penal, a fim de combater o crime organizado e os crimes com emprego de violência e causadores de enorme aversão social. Na prática, entre as diversas alterações verificadas, o referido pacote atingiu a saída temporária quando optou por substituir o parágrafo único do Art. 122 da LEP, pelo parágrafo primeiro, sem alterar, no entanto, o dispositivo, que continuou exatamente o mesmo. Tal alteração ocorreu para que fosse acrescentado um novo parágrafo ao texto, que resultou em uma importante mudança na aplicação do instituto da saída temporária.

A partir de sua vigência, em janeiro de 2020, a lei passou a apresentar vedação a utilização do benefício pelos condenados por crimes hediondos com resultado morte. É inegável que a saída temporária é um dos direitos concedidos aos condenados mais malvistas pela sociedade em geral, sendo também inquestionável que os crimes hediondos com resultado morte são os que atingem uma maior repercussão nos vários meios de comunicação. As duas afirmações nos levam a concluir que, muito provavelmente, o legislador se preocupou com o sentimento de impunidade presente na população sempre que algum homicida afamado conseguia obter o direito ao benefício.

Contudo, posteriormente, a Câmara dos Deputados resolveu tornar ainda mais rígida a lei atual sobre a saída temporária da penitenciária para presos que cumprem pena no regime semiaberto. Trata-se do Projeto de Lei de nº 6.579/2013, que recentemente foi alterado, sendo seu substitutivo apresentado pelo Deputado Federal, Capitão Derrite, o qual, se aprovado pelo Congresso Nacional, pretende extinguir a saída temporária e não apenas restringi-la, como propunha o projeto inicial. Analisaremos a seguir o Projeto de Lei e suas principais alterações.

2.3. O PROJETO DE LEI Nº 6.579/2013

Eis, um dos maiores dilemas do processo penal: de um lado, temos o necessário e indispensável respeito aos direitos fundamentais; do outro, o atingimento de um sistema criminal mais operante e eficiente, evitando extremos de movimentos como o do hipergarantismo ou do Direito Penal do Inimigo e Direito Penal da Lei e da Ordem.

Mantendo o equilíbrio da balança, não é incomum encontrarmos defensores ferrenhos da manutenção do benefício da saída temporária, e, em contrapartida, outra parcela da população exigindo leis mais rígidas como forma de coibir a criminalidade.

Como resposta a uma sociedade cada dia mais preocupada com sua segurança, a Câmara dos Deputados, de tempos em tempos, reacende a questão da saída temporária, vista por muitos como garantia da dignidade da pessoa humana e dos direitos dos presos, e, na contramão dessa visão, rejeitada por outros tantos que apenas enxergam no instituto um incentivo a impunidade e uma porta aberta para a reincidência na criminalidade.

Nesse cenário, o Senado Federal, por intermédio da ex-senadora pelo Rio Grande do Sul, Ana Amélia Lemos, apresentou o Projeto de Lei nº 07, de 2012, inspirado no clamor social por segurança e reforçado pela ideia do retrabalho dos policiais, que muitas vezes tem que iniciar novas buscas para fazer regressar ao sistema aqueles que se aproveitam do benefício para se evadirem do sistema carcerário brasileiro. Na visão da ex-Senadora, o Brasil, único país garantidor do benefício da saída temporária, deveria restringir o direito a apenas uma saída.

De acordo com o projeto inicial proposto por Ana Amélia, o benefício só seria concedido para o réu primário, enquanto que, nos dias atuais, o reincidente que já tenha cumprido $\frac{1}{4}$ da pena também tem direito a usufruir da benesse do instituto. Outro ponto verificado pelo projeto inicial, se relacionava ao tempo de saída temporária, que passaria a ser de apenas um único período, ao contrário da lei original, que permite a renovação do período por outras quatro oportunidades.

A ex-Senadora do Rio Grande do Sul justificou as alterações ante o aumento da criminalidade durante os períodos de utilização do benefício pelos apenados. Todavia, recentemente analisado pela Câmara dos Deputados, o projeto sofreu novas alterações. Ante o crescente sentimento de insegurança social e impunidade, com iniciativa do Capitão Derrite, o agora intitulado PL nº 6.579/2013, passou a restringir os Artigos 123 e 124 e §3º, da Lei de Execuções Penais. Vejamos o que rezam tais artigos que tratam da saída temporária:

Art. 123 - A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

- I** - comportamento adequado;
- II** - cumprimento mínimo de $\frac{1}{6}$ (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e $\frac{1}{4}$ (um quarto), se reincidente;
- III** - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Art. 124 - A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

(...)

§3º - Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre

uma e outra. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Por meio do substitutivo as saídas temporárias serão extintas. O novo projeto foi aprovado em Plenário, saindo vencedor numa votação de placar de 311 votos favoráveis e 98 contrários. Agora, o PL segue para nova deliberação no Senado Federal, para análise das alterações feitas pela Câmara dos Deputados.

Entretanto, a abolição completa do benefício, que passa a revogar todas as regras determinadas para sua utilização, levanta sérios questionamentos entre grupos importantes da sociedade brasileira, conforme observaremos a seguir.

2.4. POR QUE GARANTIR O DIREITO DA SAÍDA TEMPORÁRIA

O direito a liberdade é essencial à condição humana e, por assim ser considerado, é mundialmente assegurado através de normas diversas, como na Declaração Universal de Direitos Humanos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê, já no seu preâmbulo, a liberdade como valor essencial, asseverando-o no artigo 5º, caput, como um dos pilares do sistema jurídico brasileiro. Contudo, não se trata de um direito absoluto, ilimitado, visto que seu usufruto requer a adequação às regras da vida em sociedade, o respeito mútuo aos deveres constitucionais de fraternidade e solidariedade, para que assim a proteção à liberdade seja garantida.

O instituto da saída temporária, como já mencionado, é uma modalidade da garantia do direito à liberdade concedida a apenados que estão em regime semiaberto, através do qual adquirem o direito de saírem temporariamente do estabelecimento prisional, sem vigilância direta, com o intuito de visitar a família, frequentar curso supletivo profissionalizante ou de segundo grau, ou ainda participar de outras atividades que concorram para o seu retorno ao convívio social. A referida concessão tem como objetivo principal reintegrar o apenado à sociedade e a sua família, sendo considerado, portanto, um teste da recuperação desse indivíduo, uma vez que coloca em prova seu senso de responsabilidade quando confia, ao seu próprio controle, não só o compromisso do retorno ao estabelecimento prisional para estrito cumprimento da pena imposta, mas o cumprimento das demais regras comportamentais estabelecidas na lei, no período em que não se encontra sob a vigilância direta e imediata do Estado.

Entretanto, não é todo e qualquer preso que está em regime semiaberto que possui o direito ao benefício da saída temporária. Como vimos, existem outras questões relevantes para a concessão de tal direito, visto que o apenado deve preencher alguns requisitos preconizados na lei de execução penal, quais sejam os quesitos subjetivos

relacionados ao bom comportamento carcerário, além de ter cumprido, no mínimo, um sexto da pena, se for primário, ou até um quarto da pena se ele for reincidente. Além disso, o apenado precisa fornecer o endereço onde reside a família que ele vai visitar durante o período que estiver na concessão do benefício, bem como o lugar onde poderá ser encontrado durante o gozo de tal direito, obedecer às restrições impostas de se recolher na residência visitada no período noturno e ainda a proibição de frequentar bares, casas noturnas ou estabelecimentos semelhantes, sob pena de cometimento de falta grave e consequente perda do direito concedido.

No Direito Penal brasileiro, a execução penal existe para que, conforme observou Aníbal Bruno, o "*Estado cumpra sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social*", submetendo, assim, o autor da infração à consequência jurídica que o espera.

O Artigo 1º da Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, apresenta duas grandes finalidades da justiça penal ao aplicar a pena, quais sejam: cumprir o mandamento sentencial e reinserir o indivíduo no convívio social. Logo, inquestionável é o caráter ressocializador do sistema penal brasileiro, isto porque, ao apartar do convívio social uma pessoa que delinuiu, o sistema pretende não apenas puni-la, mas, sobretudo, reeducá-la, garantindo seu retorno ao convívio social. A pena, para tanto, precisa demonstrar a gravidade da conduta adotada pelo apenado, mas, ao mesmo tempo, deve incutir no transgressor o senso de responsabilidade, reorganizando seus valores, de modo a contribuir com a mudança comportamental deste indivíduo em benefício de toda a sociedade.

Nesse passo, é imperativa a reflexão de que a saída temporária aspira, em sua essência, devolver a sociedade um ser humano recuperado, auxiliando o apenado na árdua tarefa que é o seu processo de regeneração.

Há um famoso ditado popular que afirma que "todos têm direito a uma segunda chance" e, amparados nessa premissa, subsiste a corrente doutrinária que defende a manutenção da saída temporária dos presos do regime semiaberto. Apontam, os simpáticos da ideia, que a garantia do retorno gradual ao convívio social, seja através de visitas aos familiares, participação em cursos profissionalizantes ou outras atividades que concorram para o retorno ao convívio social, são imprescindíveis neste processo de reabilitação.

Segundo Renato Marcão (P. 207, Curso de Execução Penal, 2014):

"à questão é delimitar quais as atividades que podem ser consideradas positivas para o retorno ao convívio social. Neste passo, temos que devem assim ser consideradas as atividades esportivas, culturais, artísticas, religiosas e mesmo

as de recreação, cumprindo ao juízo das execuções criminais avaliar em cada caso a pertinência e razoabilidade da pretensão deduzida”.

Os defensores da manutenção do instituto apontam para o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, atributo que guarda correspondência com as garantias das necessidades vitais de cada ser humano, a fim de que todos tenham uma vida digna. Ora, se o princípio da dignidade da pessoa humana é pilar da construção do Estado Democrático de Direito, e como tal deve permear todas as relações entre os indivíduos, suprimir o benefício da saída temporária aos apenados pode ser entendido como medida arbitrária, posto que aparta destes a possibilidade de retorno ao convívio social antes do cumprimento total de sua pena, impedindo sua gradual reinserção na vida em sociedade, como se dela não merecessem voltar a fazer parte.

Afinal de contas, coibir a utilização do benefício, em tese, poderia se constituir numa espécie de abandono do apenado na prisão, fomentando seu ‘exílio’ social, esquecendo-o “atrás das grades” de um sistema penitenciário que, apesar do objetivo de ressocialização do sistema penal brasileiro, em nada contribui para reintegração de qualquer indivíduo, se considerarmos suas reais estruturas, a problemática da superlotação carcerária, bem como a sobrecarga, e conseqüente letargia, do judiciário brasileiro no que se refere a velocidade dos trâmites processuais.

Segundo dados divulgados por site de conteúdo jurídico, em 10/06/2022, quanto à população carcerária no Brasil, a partir de dados apresentados na edição de 2022 do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP):

São Paulo ainda é o estado com a maior população carcerária do país: 209,4 mil. Em seguida, vêm Minas Gerais (70,5 mil), Rio de Janeiro (53,1 mil), Pernambuco (48,4 mil, após um forte aumento de 46,2% com relação a 2020) e Rio Grande do Sul (41,3 mil). Segundo o Anuário, 28,5% da população carcerária era composta por detentos provisórios (233,8 mil) em 2021. As pessoas condenadas no sistema prisional totalizavam 586,9 mil — número 10,7% maior do que no anterior, quando havia quase 530 mil condenados. (<https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai> - visitado em 11/10/2022)

Logo, é fundamental considerar a problemática do sistema penitenciário que abriga, se é que podem ser considerados ‘abrigos’, os sujeitos da benesse em discussão, posto que, conforme palavras de Nucci, em sua obra Manual de Processo Penal e Execução Penal, P. 942:

“Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em

autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.”

É de bom alvitre lembrar que o instituto da saída temporária é uma espécie de adaptação ao livramento condicional. Trata-se, pois, de um mecanismo componente do “Sistema Progressivo de Cumprimento de Pena”, nas palavras de Mirabete, expondo os ensinamentos de Dotti:

“As saídas temporárias servem para estimular o preso a observar boa conduta e, sobretudo, para fazer-lhe adquirir um sentido mais profundo de sua própria responsabilidade, influenciando favoravelmente sobre sua psicologia. Sua maior justificação dogmática, segundo René Ariel Dotti, está em preparar adequadamente o retorno à liberdade e reduzir o caráter de confinamento absoluto da pena privativa de liberdade, caracterizando uma etapa da forma progressiva de execução e podem ser consideradas como a sala de espera do livramento condicional.”

No mesmo sentido assevera Guilherme de Souza Nucci:

“a saída temporária é um benefício da execução penal destinado especificamente aos reeducandos que estejam cumprindo pena no regime semiaberto, com o objetivo de auxiliar na reeducação, desenvolvendo a estes um melhor senso de responsabilidade para, no futuro, ingressar no regime aberto de cumprimento da pena, buscando a melhor ressocialização”.

Ainda salienta Suzane Jardim que:

“o regime semiaberto e as saidinhas são medidas que tentam integrar o detento à sua comunidade de origem, garantindo assim que existam vínculos fora da prisão. Tal medida não é questão de benevolência com criminosos — é simplesmente um método para evitar que o ex-detento volte a cometer crimes quando retornar à sociedade”.

Em entrevista ao jornal SBT News, o especialista Leonardo Pantaleão, advogado e professor, mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), diz acreditar que “a saidinha traz mais benefícios do que malefícios para a sociedade, embora o sistema possa ser melhorado”. Segundo ele, é importante lembrar que no Brasil não existe prisão perpétua, logo, mais cedo ou mais tarde, o indivíduo que se encontra em cumprimento de pena e sob a supervisão do Estado voltará ao convívio social; assim, quando se trata dos benefícios da saída temporária para a ressocialização do indivíduo, tal instituto permite que sua reinserção no contexto social se dê de forma gradativa, de maneira que, tanto ele, quanto seus familiares e a sociedade em geral, possam se readaptar aos poucos ao convívio direto, harmônico e natural.

Ainda em sua entrevista, o especialista afirma que a polêmica negativa de

parte da sociedade em aceitar a concessão desse direito está na legítima preocupação com a evasão e cometimento de novos crimes por alguns apenados durante a fruição do benefício. Note-se que estes fatos são largamente divulgados nas mídias, que, muitas vezes, manipulam a informação se valendo do sensacionalismo mercadológico, gerando insegurança e desviando a ideia do objetivo corretivo do direito penal, ao transformá-lo em um instrumento de vingança e não de ressocialização e alimentando o inconformismo da sociedade amedrontada.

Contudo, há comprovação estatística dos centros de controle de que o número de evasão seja muito pequeno, se considerada a proporção dos indivíduos que estão gozando do benefício, levando a conclusão de que a tendência de ressocialização desses apenados tem sido maior do que reprovabilidade daqueles que ainda demonstram a incapacidade de voltar ao convívio social. Para Leonardo Pantaleão, se houvesse uma efetiva ação do Estado aumentando a fiscalização durante o período em que estão fora dos muros do presídio, por meio de mecanismos diversos tais como uso de tornozeleira eletrônica, equipes de monitoramento, entre outros, certamente diminuiria ainda mais as possibilidades de evasão e novas infrações.

Corroborando com as questões apresentadas pelo especialista, alguns dados divulgados em noticiários virtuais demonstram que os números de evasão são bem menores em relação aos apenados que cumprem as regras de regresso às unidades prisionais. A exemplo, temos:

“Dos 582 internos do sistema prisional de Santa Catarina que receberam do Poder Judiciário o benefício da saída temporária durante o período do Dia dos Pais, 26 não retornaram ao sistema prisional. A informação é do Departamento de Polícia Penal da Secretaria de Administração Prisional e Socioeducativa. O índice de evasão é de 4,47%. Um levantamento realizado pelo mesmo departamento apontou que, entre agosto de 2021 e agosto de 2022, houve 19.378 saídas temporárias em Santa Catarina, deste total 1.028 não retornaram, o que equivale a 5,30% de evasões. Por outro lado, as forças de segurança recapturaram, neste mesmo período, 690 detentos, um índice de 67,12% das evasões”. (<https://ndmais.com.br/seguranca/saida-temporaria-de-presos-tem-evasao-de-447-em-santa-catarina/> - visitado em 11/10/2022)

“Ainda que 37.000 beneficiados pela saidinha, no Estado de São Paulo, pareça um número elevadíssimo, isso se deve mais as taxas estratosféricas do encarceramento do país do que a suposta leniência da Lei ou do Judiciário. Lembrando que das 726 mil pessoas encarceradas no Brasil, quase um terço estão nas masmorras paulistas, segundo dados de 2017 do Departamento Penitenciário Nacional. É por meio das saídas temporárias, das visitas familiares aos presídios e do sistema progressivo de cumprimento de pena que são reduzidos os danos causados pelo aprisionamento e preservados alguns vínculos sociais da pessoa encarcerada. Sem uma rede de apoio formada por amigos, familiares e comunidade o egresso do sistema prisional tem pouquíssimas chances de quebrar o ciclo de vulnerabilização, criminalização e encarceramento. Ao tomar a exceção como medida de regra, dando destaque desproporcional as fugas, crimes e ao perfil de alguns presos, liquida-se qualquer possibilidade de análise racional desse direito. Em São Paulo em média 94,65% dos presos

retornam espontaneamente para cumprir a sua pena após as 'saidinhas', diz os dados obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação". (<https://noticias.uol.com.br/opiniaio/coluna/2021/09/21/saidinha-temporaria-direito-do-presos.htm> - visitado em 11/10/2022)

Há outro fator de grande relevância na análise da eficácia punitiva da prisão, bem como da capacidade de reintegração do infrator, seja quando da saída temporária, seja ao fim do cumprimento da pena, esse fator refere-se aos orçamentos estaduais direcionados à segurança pública. Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, no que se refere aos gastos dos estados destinados à segurança pública, com ênfase nas despesas com polícias, sistema penitenciário e políticas para egressos, constatou-se enormes impactos financeiros do crescimento prisional, sobretudo em função da Lei de Drogas, e que não foram acompanhados de investimentos para garantir direitos para quem deixa a prisão, depois de cumprida a pena. Assim, fica evidente a desproporcionalidade das despesas que se concentram massivamente na "porta de entrada" do sistema prisional e minimamente em sua "porta de saída". Ainda segundo o Anuário:

"não há políticas públicas sem investimento, e, com relação aos egressos, os dados evidenciam ou o subfinanciamento ou a inexistência de orçamentos específicos. Quando pensamos no ciclo de violência institucional produzido pela passagem pelo cárcere e nas medidas necessárias ao enfrentamento de seus consequentes mecanismos de exclusão, precisamos nos perguntar: quais as possibilidades para quem deixa a prisão? É necessário trazer racionalidade para a política criminal e inverter o funil de investimentos - deslocando recursos da porta de entrada para a porta de saída do sistema prisional, desfinanciando o encarceramento em massa".

Por outro lado, para a corrente que defende o fim do direito a saída temporária, o embasamento está fundamentalmente voltado ao clamor da sociedade diante da insegurança vivida frente aos altos índices de crimes que assolam o país. A sensação de impunidade tem levado a população a desejar soluções urgentes e imediatas, facilmente vislumbradas em medidas como a da extinção das saídas temporárias.

A exploração midiática de crimes que geraram grande comoção leva a desenfadadas repercussões sociais, a exemplo da saída do presídio de apenados como Suzane Von Richthofen, pelo benefício da saída temporária, no Dia dos Pais ou das Mães.

Pontuam, os defensores da extinção do benefício, baseados no aumento da violência urbana, da criminalidade e da impunidade, que a sociedade passa a ser refém dos criminosos, vivendo sob uma espécie de 'prisão domiciliar' ante ao medo crescente de conviver em sociedade. Afinal de contas, o que poderia justificar a saída do sistema carcerário para usufruto do benefício por alguém que cometeu crime hediondo, matando

os próprios pais, no dia a eles dedicados?

O grande problema é que a solução do imbróglio que se agiganta vai muito além da concessão ou restrição do benefício da saída temporária. Maiores e mais profundas discussões com relação ao sistema prisional merecem a atenção dos estudiosos. Questão primordial, por exemplo, é o papel ressocializador e imprescindível do trabalho entre os presidiários, ferramenta capaz de gerar cidadãos recuperados e edificados, que deixam o sistema carcerário com o mínimo de intelectualidade, de modo a serem, de fato, reinseridos no meio social.

E há como comprovar o sucesso dessa política no universo prático. Ora, um dos melhores e mais eficazes sistemas prisionais do mundo está localizado na Noruega. A conhecida Bastoy Prison Island, localizada numa ilha próxima à capital Oslo, trata seus presos como seres humanos e colhem, em contrapartida, excelentes resultados, tais como o menor índice de reincidência do mundo. Lá, os prisioneiros vivem como se estivessem em uma pequena comunidade, onde trabalham, estudam, cozinham e até possuem horários de lazer. Este combo perfeito de trabalho, estudo e cursos profissionalizantes enseja os melhores e mais bem sucedidos resultados, tornando sem sentido a concessão de benefícios tidos por tal grupo de estudiosos como paliativos, a exemplo da saída temporária.

E essa experiência tem sido repetida, na medida das possibilidades, em alguns países do mundo, tais como acontece em certas penitenciárias de Cuba e da Índia, sendo certo que quando o apenado responde por grande parte do seu custeio na cadeia, através dos frutos do seu trabalho, se sente valorizado e dificilmente volta a delinquir, de modo que a cadeia perde muito da sua pecha de universidade do crime.

É inegável a dicotomia existente entre o quanto a sociedade é atingida pela criminalidade e o conceito ideológico de dar o benefício da saída temporária aos apenados. Muitos consideram a legislação bastante permissiva, recheada de recursos na seara criminal, com processos demorados. Diante de tantos contratemplos, a impressão que fica é a de que todos sabem dos problemas candentes, mas estes têm raízes tão profundas que mudar o curso das coisas é trabalhoso demais para o primeiro passo nesse sentido acontecer. Urgente é a necessidade de revisão e modernização da legislação processual penal a fim de obtermos uma justiça mais ágil e eficaz.

A crítica que se levanta, portanto, ao fim da benesse da saída temporária guarda correspondência com a mudança estrutural do sistema penitenciário brasileiro. Assim, apoiadores da extinção do benefício veem na oportunidade do fim do instituto a possibilidade de tornar o Brasil semelhante aos países mais civilizados, onde quem comete o crime paga pelo delito, na forma definida na lei, mas em um sistema eficaz,

utilizando-se da ferramenta do trabalho para a subsistência dos presos que, através do labor passam a se sentir responsáveis novamente, evitando assim a reincidência e as despesas advindas do chamado retrabalho por parte dos policiais.

Entretanto, fica cristalina a ideia de que a pura e simples abolição da concessão do benefício não pode ser entendida como medida instantaneamente capaz de garantir a segurança nas ruas, ou pelo menos garantir que os riscos não aumentem com a manutenção do confinamento.

Com efeito, o medo social latente configura-se em celeiro perfeito para a politização de correntes de extremo “punitivismo”, que menosprezam as conquistas sociais dos direitos fundamentais arduamente conquistados, reduzindo a solução da violência social à sua arbitrária e momentânea repressão, negligenciando o fato de que um dia aquele apenado será posto em liberdade, sem que tenha havido uma preparação para esse momento, nem para ele, nem para sua família, tão pouco para a sociedade que o receberá.

Graças a revolta gerada diante de notícias sensacionalistas a sociedade se inquieta, ansiando por ver a justiça punitiva do Estado sendo aplicada, para que sirva de exemplo e freio, na esperança de impedir novas barbáries. Porém, é necessário entender que o simples e prolongado aprisionamento não será suficiente para solucionar a insegurança crescente no país.

Segundo Derrite, relator da lei que extingue a saída temporária:

“a saída temporária é um benefício adicional concedido ao preso, que já tem acesso à progressão para o regime semiaberto ou aberto se estiver apto à ressocialização. Se já existe a previsão legal de cumprimento de pena e progressão de regime de forma proporcional, a saída temporária causa a todos um sentimento de impunidade”.

Contudo, não há de ser esquecida a perspectiva geral político-criminal do benefício. Faz-se, portanto, mister atentar para o fato de que o sistema penitenciário brasileiro é progressivo, característica assegurada constitucionalmente, e, por conseguinte, trata-se de um benefício que não se aplica de forma irrestrita e generalizada a todos os presos, dependendo do cumprimento de vários requisitos, objetivos e subjetivos, além de ser um estímulo aos apenados, uma vez que o bom comportamento é uma condição para alcançar o direito à saída, consubstanciado na ressocialização como parte do processo punitivo e que deve ser igualmente garantida pelo Estado.

Assim, através das saídas temporárias, das visitas familiares aos presídios e do sistema progressivo de cumprimento de pena tenta-se reduzir os danos causados pelo aprisionamento, criando uma rede de apoio formada por amigos, familiares e

comunidade, a fim de que o egresso do sistema prisional encontre condições para romper o ciclo de vulnerabilidade, criminalização e encarceramento.

3. METODOLOGIA

Este estudo será desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica exploratória, a partir de materiais publicados em livros, dissertações e teses relacionadas ao tema proposto. Outrossim, fará uma abordagem via pesquisa documental, haja vista que não se olvidará de consultar documentos que não possuam caráter científico, mas que contenham informações sobre a problemática-objeto do estudo, tais como jornais, revistas, sites, fotografias, imagens etc.

Conforme preleciona NEVES (P.5-1996):

Compreender e interpretar fenômenos, a partir de seus significantes e contexto são tarefas sempre presentes na produção de conhecimento, o que contribui para que percebamos vantagem no emprego de métodos que auxiliam a ter uma visão mais abrangente dos problemas, supõem contato direto com objeto em análise e fornecem um enfoque diferenciado para a compreensão da realidade.

Aliado a isto, pretendemos nos utilizar das técnicas de estudo descritivo do assunto, com o intuito de colher informações a respeito da problemática levantada, correlacionando os fatos coletados, de modo a construir um trabalho embasado na pesquisa documental e de motivação.

Quanto ao método adotado, cuja classificação leva em consideração a forma de raciocínio lógico adotado, optamos pelo método qualitativo, o qual, segundo NEVES (p.1-1996) se traduz num *“conjunto de diferentes técnicas interpretativas que visam a descrever e a decodificar os componentes de um sistema complexo de significados”*. Buscamos assim, observar a correlação entre a aplicação do instituto da saída temporária aos casos de crimes hediondos, visando identificar possíveis pontos de ligação entre os temas e o aumento dos casos de reincidência na prática delitiva.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saída temporária tem como finalidade dar ao apenado a possibilidade de manutenção dos seus laços familiares, fornecendo a oportunidade de estudar e se qualificar para o mercado de trabalho para, quando alcançar a liberdade, está apto a trabalhar para garantir lícitamente o seu sustento e auxiliar para que tenha um convívio social íntegro, pacífico e harmonioso. Há, contudo, um grande dilema quanto a sua concessão, pois de um lado está o necessário e indispensável respeito aos direitos

fundamentais; do outro, a urgente necessidade de atingimento de um sistema criminal mais operante e eficiente, evitando extremos de movimentos como o do hipergarantismo ou do Direito Penal do Inimigo e Direito Penal da Lei e da Ordem.

Quando um indivíduo é preso, todos os seus vínculos são, de alguma forma, abalados. Sua própria identidade é destruída, diante do afastamento social que passa a vivenciar, mediante profunda e estrutural tortura. Deste modo, permitir, com a saída da prisão, que o indivíduo vivencie o afeto familiar e volte a desenvolver relações sociais fora da dureza da realidade do cárcere, pode ser entendido como fundamental para reduzir os danos que o encarceramento produz na vida das pessoas sob o *jus puniendi* Estatal.

Entretanto, há muitos mitos relacionados à saída temporária, seja a alegação infundada de que aumenta o número de ocorrências criminais em razão da evasão, a qual pode ser rebatida ante a inexistência de dados comprobatórios dessa afirmação, posto que, a contrário senso, as estatísticas mostram que as pessoas que saem temporariamente em sua grande maioria voltam para as unidades prisionais. Outro mito que circunda a saída temporária diz respeito à ausência de requisitos, argumento também superado pela própria Lei de Execução Penal, que elenca os requisitos objetivos e subjetivos para garantia do direito da saída temporária.

A partir dos dados analisados, é possível perceber que não é a concessão do direito a saída temporária em si que tem gerado medo e insegurança na sociedade, uma vez que a medida tem se mostrado eficaz, quando balizada pelo número de apenados que cumprem as regras estabelecidas de retorno ao estabelecimento prisional para o cumprimento da pena.

A vulnerabilidade da sociedade em geral, incluindo desses indivíduos em processo de retorno ao convívio social, reside na ausência de investimento em políticas públicas que abarquem a complexidade do sistema, seja na origem do problema, no que se refere as condições de desenvolvimento do indivíduo por meio das garantias individuais e sociais constitucionais, para que os desvios de conduta e o número de cometimento de crimes reduzam; seja por meio da atuação de ações de segurança que garantam maior efetivo nas ruas, monitorização dos apenados, quando em sociedade. Some-se a isto a necessária maior celeridade e efetividade no andamento dos processos judiciais, a fim de corrigir a realidade de superlotação nos presídios, bem como ações que promovam um ambiente prisional minimamente aceitável para garantir condições de abrigo e que permita a regeneração daqueles que se encontram em cumprimento de pena.

Ademais, o aumento da criminalidade não é resolvido a partir do punitivismo, mas sim através de políticas públicas de cultura, educação, emprego e economia para a população.

Imprescindível, portanto, é entender que o cerceamento de direitos arduamente conquistados, como o direito à liberdade em comento, indubitavelmente reflete em um retrocesso social e político. A solução mais simples não está na extinção do direito conquistado da saída temporária, muito embora traga uma resposta imediata ao pânico resultante da insegurança da sociedade e sirva, inclusive, de pauta eleitoreira em ano de eleições. A bem da verdade, não há que se falar em solução simples frente a uma problemática de tamanha complexidade. Contudo, de uma coisa se pode ter certeza, a de que um dia esses indivíduos presos serão soltos, e que prepará-los para o retorno a vida social é a melhor maneira de fomentar a segurança e minimizar as possibilidades de reincidência. Negar isso é reforçar o clamor pela regressão civilizatória das penas perpétuas e das execuções sumárias, além de retardar e agravar um problema que hoje já possui consequências catastróficas.

REFERÊNCIAS

Agência Câmara de Notícias. **Câmara aprova proposta que acaba com saídas temporárias de presos** <https://www.camara.leg.br/noticias/901359-camara-aprova-proposta-que-acaba-com-saidas-temporarias-de-presos-acompanhe/> (acessado em 11/10/2022).

Anuário brasileiro de segurança pública 2022, <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/22-anuario-2022-ha-uma-porta-de-saida-para-o-sistema-prisional.pdf> (acessado em 11/10/2022).

DOTTI, René Ariel. **A Crise da Execução Penal e o Papel do Ministério Público**. Revista Justitia. n. 129, p. 34 – 54, abr./jun., 1985.

Estratégia concursos blog, **Execução Penal – Permissão de Saída e Saída Temporária** <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/execucao-penal-permissao-de-saida-e-saida-temporaria/#> (acessado em 10/11/2022).

FOGAÇA, Elder. **A saída temporária no curso da Execução Penal, Uma análise crítica**. <https://fogacaelder.jusbrasil.com.br/artigos/331938688/a-saida-temporaria-no-curso-da-execucao-penal> (acessado em 10/10/2022).

JARDIM, Suzane. **Saídas temporárias: informação em tempos de eleições**. <https://medium.com/revista-subjetiva/sa%C3%ADdas-tempor%C3%A1rias-informa%C3%A7%C3%A3o-em-tempos-deelei%C3%A7%C3%B5es-4d87bc2e6fe1> (acessado em 11/10/2022).

MALVEZZI, Paulo. **Pânico sobre a "saidinha temporária" de presos despreza fatos e o direito**. <https://noticias.uol.com.br/opiniaocoluna/2021/09/21/saidinha-temporaria-direito-do-presos.htm> (acessado em 11/10/2022).

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 2ª Edição. Editora Forense. P. 170/171.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Editora Forense. 11ª Edição.

Redação Nada demais. **Saída temporária de presos tem evasão de 4,47% em Santa Catarina**. <https://ndmais.com.br/seguranca/saida-temporaria-de-presos-tem-evasao-de-447-em-santa-catarina/> (acessado em 11/10/2022).

Revista Consultor jurídico. **População carcerária volta a aumentar, mas déficit de vagas diminui**. <https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai> (acessado em 11/10/2022).

ROMANO, Rogério Tadeu. **O fim do benefício da saída temporária?** <https://rogeriotadeuromano.jusbrasil.com.br/artigos/1347811947/o-fim-do-beneficio-da-saida-temporaria> (acessado em 11/10/2022).

SABBADIN, Paulo. **Saída temporária: especialista aponta benefícios, mas sugere melhorias**. <https://www.sbtnews.com.br/noticia/brasil/193593-saida-temporaria-especialista-aponta-beneficios-mas-sugere-melhorias> (acessado em 10/10/2022).

SEIXAS, Cláudia. **O Direito à Saída Temporária como Importante Instrumento Ressocializador**. <https://claudiaseixas.adv.br/o-direito-a-saida-temporaria-como-importante-instrumento-ressocializador/> (acessado em 11/10/2022).

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 1.029/2019**, em trâmite no Senado Federal, de autoria do Senador Major Olímpio, <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7920241&ts=1559266303217&disposition=inline> (acessado em 11/10/2022).

VIZZOTTO, Andréa Teichmann. **O direito fundamental à liberdade no ordenamento jurídico brasileiro**. <https://jus.com.br/artigos/95396/o-direito-fundamental-a-liberdade-no-ordenamento-juridico-brasileiro> (acessado em 11/10/2022).

DESVIRTUAMENTO DA LEI PENAL NOS CASOS DE PRISÃO PREVENTIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ian Dayves Damaceno De Sousa¹
Samuel De Castro Peixoto Dias²
Susana Vieira de Araújo Marinho³
Tulio Augusto Andrade Oliveira⁴

RESUMO

O presente artigo vem a ser uma pesquisa bibliográfica, com o objetivo de compreender as disjunções existentes entre a lei e sua prática, tendo como foco as prisões preventivas. Analisando os artigos 312 e 313 do código de processo penal, nota-se um conflito entre as leis que empiricamente contribui para o aumento da população carcerária. A partir dessa perspectiva, o projeto visa desvelar quais são os fatores que aumentam a chance do uso da prisão enquanto medida cautelar. Partindo de dados qualitativos coletados, constata-se que, apesar de o discurso oficial ser o da tecnicidade da lei, dimensões como a opinião em abstrato do legislador e o conflito na interpretação da aplicação da lei penal, implicam diretamente no aumento da chance de prisão em detrimento da liberdade provisória. Logo, sugere-se uma melhoria legislativa com a unificação dos artigos mencionados.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Liberdade Provisória. Inconstitucionalidade da lei. Ordem Pública. Processo penal. População carcerária.

ABSTRACT

This article is a bibliographic research, with the objective of understanding the existing disjunctions between the law and its practice, focusing on preventive arrests. Analyzing articles 312 and 313 of the penal procedure code, there is a conflict between the laws that empirically contributes to the increase in the prison population. From this perspective, the project aims to reveal the factors that increase the chance of using prison as a precautionary measure. Based on qualitative data collected, it appears that, despite the official discourse being the technicality of the law, dimensions such as the abstract opinion of the legislator and the conflict in the interpretation of the application of the criminal law, directly imply an increase in the chance of arrest. to the detriment of provisional release. Therefore, a legislative improvement is suggested with the unification of the aforementioned articles.

Keywords: Preventive Prison. Temporary Freedom. Unconstitutionality of the law. Public order. Criminal proceedings. prison population.

¹ Uniesp. E-mail: iandayvesdamaceno@hotmail.com

² Uniesp. E-mail: dias.samuel697@gmail.com

³ Uniesp. E-mail: susanavda@hotmail.com

⁴ Uniesp. E-mail: tulioaugusto@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, segundo o site do Ibccrim, há no país cerca de 773 mil pessoas presas. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional. Com isso, o sistema prisional brasileiro encontra-se sobrecarregado. Em alguns estados, nem mesmo a iniciativa privada tem conseguido solucionar o problema das penitenciárias brasileiras.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabiliza atualmente mais de 700 mil presos, enquanto o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP2.0) aponta para mais de 600 mil presos no Brasil, este último mostrava que cerca de 40 por cento desses encarcerados eram de prisões provisórias.

Ao longo deste artigo, será mostrada que uma das causas de aumento da população carcerária brasileira se deve ao uso do fundamento que enseja a prisão preventiva no Código Penal Brasileiro. A maioria das decisões judiciais vem fundamentada no artigo 312 do Código Penal, esquecendo-se de analisar o artigo seguinte.

Por possuir um rol exemplificativo, o artigo 312 é mais utilizado na jurisprudência brasileira do que o 313 que é totalmente taxativo. Assim, além da natureza do primeiro ser mais ampla, logo no caput do artigo, se fala que a prisão preventiva pode ser decretada por conveniência da instrução criminal. É aí que reside o perigo. Pois, ao ser analisada a palavra “conveniência” percebe-se que se abre uma margem para diversos entendimentos por parte do magistrado, já que a palavra denota um termo vago, até certo ponto duvidoso, gerando até mesmo arbitrariedade na tomada de decisões. Este capítulo tem como objetivo de estudo fazer uma síntese do tema abordado em forma de pesquisa no campo das prisões preventivas, visando uma maneira de trazer mais transparência na interpretação destes dois dispositivos aqui retratados; Analisar os pontos principais que abrem margem para erros e decisões polêmicas; Mostrar a significância e o impacto das jurisprudências em novas decisões que tratam de um mesmo tema; Relacionar as interpretações contidas em um dos dispositivos com o aumento do número de prisões preventivas; Trazer uma proposta de melhoria com o intuito de ajudar na observância e resguardo dos dispositivos penais e processuais penais.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O presente trabalho apresentado traz um estudo fundamentado dos artigos 312 e 313 do CPP, tendo interesse de apresentar alguns pontos controversos e conflitantes entre ambos.

É importante lembrar que este artigo trata de um tema voltado para a seara das prisões preventivas, relacionando-as com a superlotação da população carcerária e os meios polêmicos utilizados pelos magistrados na hora de aplicar tais dispositivos e escolher a melhor fundamentação na hora de decidir se o acusado deve ser ou não ficar sob custódia preventiva do estado.

2.1 DA FORMAÇÃO DO INSTITUTO DA PRISÃO NO BRASIL

O processo de formação histórica do instituto da prisão no Brasil tem seu início no período colonial, trazendo suas bases do direito português, com intuito de regular a vida em sociedade do povo por meio de ordenações emanadas de Portugal, objetivando a manutenção da ordem em todas as suas colônias.

Nesse período, o Brasil passou a ser regido pelas ordenações Afonsinas vigente até o ano de 1512, posteriormente vieram as ordenações Manuelinas que tiveram sua vigência até o ano de 1569, nas quais foram alteradas pelo código de Dom Sebastião que vigoraram até o ano de 1603, e por fim as ordenações Filipinas que se mantiveram até o ano de 1830 com o código imperial.

Sustentava-se que as ordenações, em sua maioria, apresentavam diversas penas de caráter cruel e a prisão tinha o objetivo de acautelar o indivíduo até o seu julgamento, condição que segrega o indivíduo de sua liberdade, sem nenhum mecanismo que pudesse agir em prol do preso. Além disso, percebe-se o caráter de controle social de suas colônias, por meio dos mecanismos punitivos legais, visando à imposição do poder estatal através do medo das punições, motivo pelo qual gerou diversas revoluções.

Somente com a constituição de 1824, que foi possível ultrapassar as normas do período colonial, com maior precisão dos conceitos jurídicos, não mais importados de Portugal em sua maioria, mas adequando-se a realidade brasileira e a seus costumes e suas distinções, assim identificamos no art. 179, incisos 8 e 10, que disciplinavam a prisão da seguinte maneira:

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos lugares

da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por ele assignada, fará constar ao Réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.

X. A' excepção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade legitima. Se esta for arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

Nessa concepção, extraímos duas análises pragmáticas em sua origem, primeiro já existia uma preocupação do legislador em verificar a duração do prazo da prisão, principalmente no que concerne à extensão territorial do nosso país, de igual modo esboçava-se a natureza da prisão preventiva de forma temporária, estipulando o critério técnico da razoabilidade.

Não obstante, partindo para a segunda análise, naquele primeiro momento de cognição sumária, a prisão obedecia a um requisito essencial, sendo este o elemento da culpa formada, imprescindível para consumação do decreto prisional. Desse modo, consta ainda como peculiaridade no inciso oitavo, a possibilidade das testemunhas do fato ocorrido figurarem no mesmo ato que ensejou a prisão.

Ademais, vislumbra-se uma participação muito mais ativa da sociedade em torno das decisões prisionais, conferindo maior legitimidade na atuação por parte das autoridades daquela época em razão da participação popular. Acerca disso, as autoridades estariam reguladas pela legitimidade, observando a capacidade de entrega jurisdicional daquele que executou a ordem, evidenciado na figura do juiz. Por outro lado, obedecendo a formalidade do ato, demonstrando de maneira escrita os motivos ensejadores daquela ordem prisional. Na ausência de ambos, verifica-se que o legislador também considerou punir as arbitrariedades e dessa forma, encontrando um equilíbrio ao garantir os possíveis excessos punitivos por parte das autoridades competentes.

Por conseguinte, com o advento do Código de Processo Criminal de 1832, é o momento histórico onde houve um aprimoramento das bases da justiça penal brasileira, com a organização das instituições que conhecemos hoje, ampliou-se as hipóteses da prisão, vejamos o art. 175 do referido código:

Art. 175. Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os mais casos, á excepção dos de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legitima.

À vista disso, constata-se uma distinção dos crimes que possuíam fiança dos demais. Havia uma relativização na punição desses crimes, a fiança garantia a liberdade do indivíduo. O critério financeiro aparece como moeda de troca, a figura estatal atua com a negociação da liberdade do indivíduo em troca de uma prestação pecuniária,

restringindo a liberdade a somente um grupo capaz de efetuar esse pagamento.

Nessa linha de raciocínio, os crimes que não houvesse a possibilidade de fiança, a prisão preventiva era possível, sem estabelecer critérios mínimos para a referida decisão. A formação da culpa prevista no capítulo quarto, do código de processo criminal, é a espinha dorsal do processo criminal daquela época, trazendo a previsão das provas a serem realizadas para caracterizar a tipificação criminal.

Após 39 anos, somente com a lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, foi possível definir contornos mais evidentes a respeito da aplicação da prisão preventiva, que assim trazia consigo no artigo 13, parágrafos 2º, 3º e 4º:

2º À exceção de flagrante delito, a prisão antes da culpa formada só pôde ter lugar nos crimes inafiançáveis, por mandado escrito do Juiz competente para a formação da culpa ou à sua requisição; neste caso precederá ao mandado ou à requisição declaração de duas testemunhas, que jurem de ciência própria, ou prova documental de que resultem veementes indícios contra o culpado ou declaração deste confessando o crime.

3º A falta, porém, do mandado da autoridade formadora da culpa, na ocasião, não inibirá a autoridade policial ou Juiz de Paz de ordenar a prisão do culpado de crime inafiançável, quando encontrado, se para isso houverem de qualquer modo recebido requisição da autoridade competente, ou se for notória a expedição de ordem regular para a captura; devendo, porém, imediatamente ser levado o preso à presença da competente autoridade judiciária para dele dispor. E assim também fica salva a disposição do art. 181...

4º Não terá lugar a prisão preventiva do culpado, se houver decorrido um ano depois da data do crime.

Analisando detidamente as inovações jurídicas apresentadas, o legislador se preocupou em restringir os casos de prisão preventiva somente nos crimes inafiançáveis. Contudo, foi conferido poder ao juiz para requerer de ofício a prisão preventiva, ampliando os poderes aos quais disciplinava o código de processo criminal de 1832. Outrossim, pela primeira vez, estipula-se prazo máximo para a validade da prisão preventiva, não sendo cabível sua possibilidade decorrido prazo de um ano da data do fato delituoso.

Ademais, complementando a norma anterior adveio o Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, organizando o procedimento quanto aos pedidos de prisão preventiva em seu artigo 29:

Ainda antes de iniciado o procedimento da formação da culpa ou de quaisquer diligências do inquérito policial, o Promotor Público, ou quem suas vezes fizer, e a parte queixosa, poderão requerer, e a autoridade policial representar, acerca da necessidade ou conveniência da prisão preventiva do réu indiciado em crime inafiançável, apoiando-se em provas, de que resulte veementes indícios de culpabilidade, ... a autoridade judiciária, competente para a formação da culpa, reconhecendo a procedência dos indícios contra o argüido culpado, e a conveniência de sua prisão, por despacho nos autos a ordenará, ou expedindo mandado escrito, ou requisitando por comunicação telegráfica, por aviso geral

na imprensa, ou por qualquer outro modo que faça certa a requisição.

O referido dispositivo, ainda foi mais além, considerando que a prisão preventiva poderia ocorrer antes mesmo da formação de culpa ou de qualquer diligência policial, tais possibilidades acarretaram diversas arbitrariedades, pois não estavam suficientemente respaldadas de materialidade penal. Além do mais, há uma nítida transferência de autoridade ao promotor, possibilitando a este requerer a prisão preventiva de ofício.

A parte queixosa, neste caso a vítima ou quem o fizesse, assim poderia requerer a aplicação deste mecanismo. Entretanto, apoiado em elementos frágeis e pouco definidos, representado pelos elementos de necessidade e conveniência, o legislador acabou permitindo que a justiça penal brasileira adotasse ainda mais o caráter acusatório e punitivo. O subjetivismo processual apresentado no decreto pela omissão ao não exemplificar os significados de necessidade e conveniência, apoiado apenas em indícios de culpabilidade, evidencia a injustiça social daquela época.

Em seguida, com o nascimento da república, houve uma intenção dos legisladores em formar uma nova constituição e uma reorganização político administrativa, que tratava no seu título quarto, o reconhecimento dos cidadãos brasileiros e na segunda seção conferindo os direitos garantidos a estes. Dentre estes, o direito a uma prisão justa do ponto de vista social e, obedecendo ainda que embrionariamente ao princípio da legalidade, conforme análise do artigo 72, parágrafos 13 e 14, estabelecendo que:

À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se, senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admitir.

Diante disso, nota-se que o legislador resguardou o instituto da prisão preventiva aos casos em que se já obtinha uma culpa estabelecida, conferindo às leis um espírito de direito à liberdade e à justiça. Dessa maneira, via de regra, a prisão preventiva somente poderia ocorrer após a formalização da acusação e nos casos sem o reconhecimento da culpa a liberdade deveria prevalecer.

Avançando na análise do instituto da prisão preventiva, houve uma modificação no rol de hipóteses cabíveis, trazendo novas circunstâncias a serem analisadas, com base no Decreto 2.110, de 30 de setembro de 1909, de acordo com o art.27, parágrafo 1º, incisos I e II, senão vejamos:

Art. 27. A prisão preventiva é autorizada de acordo com a legislação vigente.

1º. Nos crimes afiançáveis quando se apurar no processo que o indiciado:

I – é vagabundo, sem profissão lícita e domicílio certo;

II – já cumpriu pena de prisão por efeito de sentença proferida por tribunal competente.

À margem disso, muito embora a Constituição de 1891, inspirada em ideais iluministas de igualdade, liberdade e fraternidade, não se debruçou nesses princípios na aplicação da lei penal. O instituto da prisão ainda carregava o lado punitivo e discriminatório, herança famigerada das ordenações vindas de Portugal.

Sob esse aspecto, havia a possibilidade na decretação preventiva nos casos de ociosidade do acusado, ausência de profissão e endereço, havendo inegavelmente uma marginalização dessas pessoas perante a sociedade. O cunho pejorativo na expressão vagabundo adotado pelo legislador, demonstra claramente a situação de desigualdade social e econômica vivenciada naquele momento histórico, em face de tantos outros avanços no direito penal brasileiro.

O nosso código penal atual, só veio surgir anos mais tarde em 1942, com inspiração do Código de Processo Penal italiano, de 19 de outubro de 1930, trazendo a seguinte redação nos art. 312 e 313, vejamos:

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

I – nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;

II – nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III – nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Destarte, o legislador trouxe a possibilidade de prisão preventiva obrigatória, nos crimes com pena igual ou superior a 10 anos, crimes notadamente de grande repercussão social e de gravidade dos fatos, a intenção é cristalina nesses casos, tendo o intuito de segregar o acusado e retirá-lo imediatamente do seio da sociedade, punindo-o com máximo rigor e efetividade.

Outrossim, permanece da legislação anterior o cunho discriminatório das pessoas ditas como vadias ou vagabundas, todavia traduzida nas pessoas com hipossuficiência

de recursos financeiros, sendo segregados de forma visível ao cárcere. Acertadamente, manteve o instituto da prisão preventiva nos casos de criminosos condenados em sentença irrecorrível, por crimes da mesma natureza, agindo de forma pedagógica em coibir a reiteração delituosa na sociedade.

A fiança também é outro instrumento importante, vindo a permanecer de forma constante nas diversas legislações apresentadas, se tornando ao longo dos anos mais um mecanismo de coação estatal de cumprimento da legislação penal.

Posteriormente, retirou-se a expressão prisão preventiva obrigatória, trazendo novos conceitos ao instituto, tendo como exemplo a garantia da ordem pública e medidas assecuratórias da aplicação do direito penal, nesse sentido é analisada o potencial perigo que o indivíduo pode ocasionar a sociedade. Vejamos a alteração trazida pela lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada:

I – nos crimes inafiançáveis;

II – nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III – nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Considerando as alterações feitas pelo legislador, o rol exemplificativo do art. 312, desde então não aponta de forma clara os conceitos trazidos, deixando a fundamentação de maneira genérica nos demais casos

A fiança anteriormente estabelecida limitava a possibilidade de aplicação do instituto da prisão preventiva, com a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, foi possível aplicar a prisão preventiva, também nos crimes dolosos em que se exigiu fiança. Assim a nova redação do artigo 313 do Código de Processo Penal, estabelece que:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

A prisão preventiva, abarcou mais condutas em sua aplicação, mas ainda permanecendo com o caráter discriminatório do poder econômico daquele que era subjugado pela norma, rotulando o segregado de vadio.

Em suma, é nesse contexto histórico que a prisão, em especial a de espécie preventiva, se desenvolve no Brasil, ainda trazendo consigo traços marcantes do poder econômico que absorveu as regalias recebidas pelos nobres do tempo colonial. Isso se reflete na superpopulação carcerária, alimentada muito em razão da ausência de definição de critérios técnicos na aplicação do instituto, bem como do poder econômico, sobretudo aquelas pessoas que conseguem a contratação de bancas especializadas de advocacia, garantindo a chance de sua liberdade em detrimento dos que não possuem a mesma possibilidade. E principalmente, a ausência de efetividade por parte das autoridades competentes na aplicação da lei penal.

2.2 PRINCIPAIS PONTOS DA PRISÃO CAUTELAR

Para que seja decretada a prisão preventiva de um indivíduo, é necessário que sejam observados alguns requisitos previstos no artigo 312 e 313 do CPP.

Assim, observa-se que são definidos parâmetros para assegurar a aplicação do instituto da prisão preventiva, possibilitando ao Estado o direito de tomar algumas medidas em prol da sociedade, que vise obter maior segurança jurídica no curso do processo

Logo, é notório que tal medida cautelar, é apenas algo provisório, ou seja, um meio usado, antes do trânsito em julgado, caso seja ferido alguns dos requisitos estabelecidos no referido artigo. Assim, pode-se concluir, que tudo não passa de um artifício, que deve ser considerado uma exceção, já que a regra no Brasil, é que o preso responda em liberdade antes do trânsito em julgado e depois de esgotados todos os recursos cabíveis.

Com isso, verifica-se que não basta apenas a observância do artigo 312, mas é necessário, que o 313 também seja apreciado, na hora da aplicação no caso concreto. Porém, vale salientar, que o primeiro possui caráter exemplificativo, enquanto o segundo é taxativo e não cumulativo, bastando apenas que a pessoa se enquadre em qualquer um dos incisos ou do parágrafo único.

2.3 DO EXCESSO DE PRAZO E SEUS EFEITOS

O CPP não estipula um prazo legal sobre o tempo máximo da prisão preventiva. Com isso, a jurisprudência tem se posicionado, na tentativa de não comprometer os direitos do acusado. Sobre esse tema, pode ser citado alguns julgados como exemplos:

E M E N T A AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA. COMPLEXIDADE DA CAUSA E MULTIPLICIDADE DE RÉUS. AUSÊNCIA DE IRRAZOABILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E INDEFERIDO. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É direito da pessoa submetida a prisão cautelar ser julgado em prazo razoável, devendo o constrangimento ilegal ser reconhecido em caso de injusta demora. Precedentes. 2. A complexidade da causa penal e o caráter multitudinário do feito (dezoito réus, no caso), justificam uma maior duração do processo, salvo quando eventual retardamento se dê em virtude da inércia do Poder Judiciário, fato já afastado no presente caso. 3. Ausência, no caso, de irrazoabilidade evidente na duração do processo apta a autorizar o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo da prisão preventiva. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 199238 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 14/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 22-06-2021 PUBLIC 23-06-2021).

Sobre a decisão acima comenta o professor Márcio André Lopes Cavalcante:

NOVIDADE LEGISLATIVA (2019) LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME): ALTERAÇÕES NO CPP REVISÃO DA PRISÃO PREVENTIVA A CADA 90 DIAS (ART. 316 DO CPP) IMPORTANTE. A prisão preventiva é decretada sem prazo determinado. Contudo, o CPP agora prevê que o juízo que decretou a prisão preventiva deverá, a cada 90 dias, proferir uma nova decisão analisando se ainda está presente a necessidade da medida.

A partir desse processo, já se pode observar a preocupação da justiça em proteger garantias e direitos fundamentais do próprio poder judiciário, observando a duração razoável do processo.

O Site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal também nos traz uma parte de um acórdão que trata da proteção ao direito de liberdade do indivíduo, no que diz respeito ao prazo da prisão preventiva:

“A instrução n. 1, de 21.2.11, do Tribunal, ao recomendar a observância de prazos na tramitação de processos nas Varas Criminais e de Execução Penal, dispõe que “estando o acusado preso, a duração razoável do processo criminal é de 105 (cento e cinco) dias, não podendo ultrapassar 148 (cento e quarenta e oito) dias, no procedimento ordinário, de 75 (setenta e cinco) dias, no procedimento sumário, e de 135 (cento e trinta e cinco) dias, não podendo ultrapassar 178 (cento e setenta e oito) dias, na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri” (art. 1º, § 1º).

Embora os prazos estabelecidos para duração razoável do processo não sejam absolutos, devem ser examinados de acordo com as particularidades do caso, a fim de se evitar o constrangimento ilegal.

(...)

As particularidades do caso – crime cometido sem violência ou grave ameaça,

sem complexidade para instrução criminal - não justificam seja ultrapassado o prazo recomendado pela instrução normativa.

Nesse sentido, precedente da Turma:

“(...) Os prazos estabelecidos na legislação processual não são absolutos, devendo-se observar o critério da razoabilidade, diante da complexidade da causa, que se evidencia, por exemplo, pelo número de réus, variedade e gravidade dos delitos, procuradores distintos, quantidade elevada de testemunhas, dentre outros. 3. Observando-se considerável excesso na dilação temporal da instrução, a qual ainda não se findou embora os pacientes já se encontrem presos há quase oito meses, por culpa exclusiva do Estado (seja no interesse da acusação seja por indisponibilidade do SIAPEN) e sem que o feito apresente maior complexidade, impõe-se o relaxamento das prisões preventivas. 4. Ordens concedidas. (Acórdão 1190373, 07137881020198070000, Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 1/8/2019, publicado no DJE: 6/8/2019).

O excesso abusivo, sem respaldo nas circunstâncias do caso concreto, torna ilegal a prisão, impondo-se o relaxamento da prisão.”

Logo, percebe-se, como exposto acima, que os prazos existentes no CPP não são absolutos, ou seja, varia de acordo com o caso concreto.

2.4 EXCESSOS COMETIDOS NOS MOMENTOS DE INTERPREÇÃO E APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

No artigo 312, pode-se observar alguns requisitos para que seja decretada a prisão preventiva de um acusado. Um desses itens, fala que ela pode ser decretada por “conveniência da instrução criminal”. Aí está o perigo, pois esse termo traduz um sentido amplo e pode levar o julgador a interpretar de maneira muito vaga e subjetiva, levando-o a erro ou ao cometimento de abuso na hora de aplicar a sentença.

De certa forma, é mais fácil se utilizar do presente artigo, que tem caráter exemplificativo, do que o subsequente, que é taxativo. Pois de um certo modo, gera mais conforto, para quem julga, poder fundamentar sobre palavras ou expressões que denotem um sentido mais generalizado, do que um mais restrito ou específico.

Sabe-se que existe uma interpretação lógica e utilizada por alguns juristas doutrinadores para a frase dita acima. Vejamos umas dessas interpretações nas palavras do Advogado Marcelo Fidalgo:

A prisão por conveniência da instrução criminal ocorre quando a liberdade do agente coloca em risco a atividade probatória, tanto no processo quanto no inquérito. São exemplos de casos em que deve haver prisão preventiva para conveniência da instrução criminal: quando o réu ou acusado ameaça testemunhas, peritos ou faz promessas de recompensas a eles; quando existe a fundada suspeita de que o réu desapareça com documentos; quando alicia jurados; quando, em suma, ele abusa do seu direito de liberdade.. Nesses casos, é necessária a decretação da prisão preventiva para conservar as provas e seus meios de produção para a efetiva instrução criminal e para que o processo atinja seu resultado.

Apesar do que foi dito acima, o que está sendo discutido é a possibilidade de se fazer uma interpretação que prejudique o réu, por má fé ou mero entendimento que quem tem o poder de decidir, devido à subjetividade e a amplitude de sentidos que tais palavras podem demonstrar.

A jurisprudência, na maioria das vezes, parece já saber quando se deve aplicar a conveniência da instrução criminal, evitando assim, prejuízo ao andamento do processo.

Pode-se verificar em uma das decisões do STJ sobre o tema:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ACUSADOS QUE FAZEM PARTE DE GANGUE. EVIDÊNCIAS. AMEAÇAS ÀS TESTEMUNHAS. ORDEM DENEGADA. I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. II. In casu, extrai-se dos autos que os acusados pertencem a perigosa gangue que estaria agindo no local dos fatos ocorridos, existindo também evidências de que estariam ameaçando testemunhas e familiares da vítima, hipóteses que, por si só, são suficientes para justificar a decretação da prisão preventiva, de modo a assegurar a conveniência da instrução criminal e a garantia da ordem pública. III. Ameaças às testemunhas na apuração do delito é fundamento idôneo para a prisão preventiva. Precedentes. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [HC. 234944](#), da Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, publicado em 30-04-2012. **Lex:** Jurisprudência do STJ).

Sobre o julgado acima Pedro Henrique Saibro afirma:

Defendo que a expressão “conveniência” da instrução criminal é um termo muito aberto, proporcionando uma ampla discricionariedade ao magistrado, o que vai contra, principalmente, o princípio da excepcionalidade –já trabalhado neste canal noutra artigo. Tal medida não pode ser decretada à *volonté* pelo juiz. Como qualquer detenção cautelar, ela só se mostra legítima quando for imprescindível – e desde que, obviamente, esteja fundada nas hipóteses previstas no art. 312 do CPP.

Logo, conclui-se que, quem toma as decisões, pode se valer de inúmeras teses argumentativas na hora de aplicar o direito. A vontade do juiz pode ser colocada acima dos direitos do réu, ou seja, o julgador pode entender algo como conveniente e decretar uma medida cautelar, baseado em suas próprias convicções, sem se importar com as consequências que isto pode trazer ao andamento do processo.

Sabe-se que a análise do referido artigo não passa apenas pelo crivo da justiça, mas também pode ser observado pela autoridade policial, advogados das partes e até pelo Ministério Público.

Pedro Henrique Saibro ainda assegura que:

É claro que, por mais que sua axiologia esteja correta tecnicamente dentro do estudo cautelar, ainda há de se passar por uma filtração dentro do bom-senso do Ministério Público e do Juízo; o que, levado em consideração os tempos

sombrios de decisionismo, não devemos depositar o mínimo de otimismo nesse quesito.

O que se vê, em muitos casos, são decisões arbitrárias, com base em crenças pessoais e que fogem do que realmente quer dizer a hermenêutica do fundamento utilizado como alicerce na hora de explicar as razões que levaram a tais decisões.

É importante que o julgador esteja atento na hora de aplicar a lei com base em fundamentos e princípios que aparentem ter mais de uma interpretação, evitando, assim, o cometimento de certos erros e abusos, na tentativa de assegurar e buscar um processo mais humano e justo, com o objetivo de sempre perseguir a verdade dos fatos, procurando ser o mais fidedigno possível em suas decisões.

3. METODOLOGIA

A pesquisa aqui descrita possui características de abordagem tanto qualitativa como quantitativa, no sentido de que os dados colhidos permitem que o leitor compreenda a necessidade de um cuidado por parte do legislador na edição das leis, principalmente àquelas que tratam da liberdade do acusado, levando a pessoa a se colocar até no lugar de quem for vítima de decisões equivocadas baseadas em achismos.

Também utilizamos o método dedutivo a partir das observações de dados colhidos e encontrados através de doutrinadores, autores e juristas, tendo como fonte as leis, a doutrina e a jurisprudência, pesquisados em sites específicos da área do direito.

4. RESULTADO E DISCUSSÃO

Tendo em vista a problemática que o tema gera em torno do amplo sentido do termo conveniência, conclui-se que se faz necessário uma maior atenção por parte do legislador na hora de redigir ou editar uma lei, evitando assim, que haja ambiguidade ou pluralidade de sentidos em uma frase ou palavra.

É notória a necessidade de uma revisão do artigo 312, com a finalidade de levar o julgador a analisar os fatos com maior precisão e de mais restrita.

O artigo 313 possui um rol taxativo, porém, fundamentar com base no artigo anterior se tornou mais conveniente e oportuno para certos magistrados. Logo, um ponto legal a ser discutido, seria restringir o termo em sentido amplo do 312, explicando assim o significado dessa expressão no próprio artigo, ou simplesmente mudar esse termo para um mais que possua um sentido mais prático e objetivo

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do tema aqui abordado gera um longo caminho para uma discussão de como fazer um controle preciso e minucioso sobre a eficácia e a interpretação das leis. Assim é extremamente necessário que quem elabora as leis tenha ao menos relevante conhecimento jurídico, para que existe uma proporcionalidade e sejam respeitadas as regras de hermenêutica na hora de fundamentar.

Foi feita uma abordagem mais teórica e dedutiva sobre os fatos aqui mencionados, apesar de alguns exemplos práticos. Pois o que se busca neste trabalho, não é criticar ou depreciar o trabalho do legislador e nem de quem aplica as leis, mas buscar melhores caminhos para uma interpretação mais restrita ao que diz as leis, evitando duplicidades ou até multiplicidades de sentidos, facilitando assim o trabalho de quem está apto a aplicar uma medida cautelar que restrinja a liberdade e o direito do réu.

Assim, fez-se mister observar os a subjetividade da expressão “Conveniência”, a fim de esclarecer alguns pontos obscuros que o termo gera.

A pesquisa mostrou ainda, através de uma abordagem simples e crítica, através de afirmações de juristas, das leis e da jurisprudência, que o andamento do processo precisa seguir seu curso sem que haja interferência de ambas as partes, ou seja, nem o réu pode atrapalhar o andamento da ação e nem o judiciário pode ferir direitos e garantias deste, porque simplesmente, achou conveniente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **DECRETO Nº 2.110, DE 30 DE SETEMBRO DE 1909.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-2110-30-setembro-1909-580312-publicacaooriginal-103262-pl.html#:~:text=Penas%20%2D%20suspens%C3%A3o%20do%20emprego%20por,de%2015%25%20sobre%20o%20damno>. Acesso em 15/11/2022.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 16/11/2022.

BRASIL. **DECRETO nº 4.824, DE 22 DE NOVEMBRO DE 1871.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.824%2C%20DE%2022%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201871.&text=Regula%20a%20execu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei,diferentes%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20da%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Judiciaria. Acesso em : 15/11/2022.

BRASIL. **LEI Nº 5.349, DE 3 DE NOVEMBRO DE 1967.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/15349.htm#:~:text=A%20pris%C3%A3o%20preventiva%20poder%C3%A1%20ser,e%20ind%C3%ADcios%20suficientes%20da%20autoria.. Acesso em: 15/11/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Há excesso de prazo em caso de réu preso há mais de quatro anos sem ter sido sequer realizado seu interrogatório.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/23fa71cc32babb7b91130824466d25a5>>. Acesso em: 16/11/2022.

FIDALGO, Marcelo. **Prisão Preventiva para Conveniência da Instrução Criminal.** Disponível em :<https://www.advogadomarcelofidalgo.com/single-post/2016/06/15/pris%C3%A3o-preventiva-para-conveni%C3%Aancia-da-instru%C3%A7%C3%A3o-criminal-advogado-marcelo-fidalgo>. Acesso em 16/11/2022.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais: **A banalização da prisão preventiva: ainda a ordem pública como via argumentativa para a prisão processual.** Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/701>. Acesso em: 16/11/2022.

SILVA. Antônio Julião da. **O direito penal e sua execução no Brasil Colonial.. a influência portuguesa e o papel do clero.** Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-direito-penal-e-sua-execucao-no-brasil-colonial-a-influencia-portuguesa-e-o-papel-do-clero-1508704569>. Acesso em 15/11/2022.

SILVA. Marcelo Cardoso da. **Uma breve história da prisão preventiva no Brasil.** Disponível em: <https://blogdomarcelocardozo.com/2016/06/18/uma-breve-historia-da-prisao-preventiva-no-brasil/#:~:text=Em%201942%2C%20sob%20inspira%C3%A7%C3%A3o%20do,312>. Acesso em: 15/11/2022

Superior Tribunal de Justiça. HC. 234944, da Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, publicado em 30-04-2012. Lex: **Jurisprudência do STJ.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/248567259/a-prisao-preventiva-por-conveniencia-da-instrucao-criminal> 16/11/2022

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 1190373, 07137881020198070000**, Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 1/8/2019, publicado no DJE: 6/8/2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/habeas-corpus/prisao-preventiva-concessao-da-ordem/excesso-de-prazo-2013-demora-injustificada-na-formacao-da-culpa>. Acesso em: 14/11/2022.



COOPERE

Cooperazione in Persone, Economia e Risorse Umane S.p.A.

