ANUÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO DA UPF (2022/2023)

Campi Lagoa Vermelha e Sarandi

Adriana Fasolo Pilati
Organizadora

Chaíni de Grandi
Lauren Carolina Vieira Correia
Colaboradoras

UPF | EDITORA

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Bernadete Maria Dalmolin
Reitora

Edison Alencar Casagranda
Pró-Reitor Acadêmico

Antônio Thomé
Pró-Reitor de Planejamento e Desenvolvimento Institucional

UPF Editora
Editor
Adriano Pasqualotti

Revisão
Cristina Azevedo da Silva

Programação visual
Rubia Bedin Rizzi

Conselho Editorial

Adriano Pasqualotti
Carlos Amaral Hölbig
Claudio Almir Dalbosco
Edson Campanhola Bortoluzzi

ANUÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO DA UPF (2022/2023)

Campi Lagoa Vermelha e Sarandi

Adriana Fasolo Pilati
Organizadora

Chaíni de Grandi
Lauren Carolina Vieira Correia
Colaboradoras

2024

UPF | EDITORA

Copyright da organizadora

Realizada pelos autores
Revisão

Rubia Bedin Rizzi
Projeto gráfico, diagramação e criação da capa

Este livro, no todo ou em parte, conforme determinação legal, não pode ser reproduzido por qualquer meio sem autorização expressa e por escrito do autor. A exatidão das informações e dos conceitos e as opiniões emitidas, bem como o uso das imagens, são de exclusiva responsabilidade do autor.

CIP – Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

A636 Anuário da Faculdade de Direito da UPF (2022/2023) [recurso eletrônico] : *Campi* Lagoa Vermelha e Sarandi / organizadora Adriana Fasolo Pilati ; colaboradoras Chaíni de Grandi, Lauren Carolina Vieira Correia. – Passo Fundo: EDIUPF, 2024.
3.000 Kb ; PDF.

Inclui bibliografia.
Modo de acesso gratuito: www.upf.br/upfeditora.
ISBN 978-65-5607-084-1 (E-book).

1. Pesquisa jurídica. 2. Direito – Prática de ensino. I. Pilati, Adriana Fasolo, org. II. Grandi, Chaíni de, colab. III. Correia, Lauren Carolina Vieira, colab.

CDU: 34

Bibliotecário responsável Schirlei T. da S. Vaz - CRB 10/1364

UPF | EDITORA

Campus I, BR 285, Km 292,7, Bairro São José
99052-900, Passo Fundo, RS, Brasil
Telefone: (54) 3316-8374

afiliada à
Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Sumário

7 **Apresentação**

9 **Direitos, obrigações e concessões como estratégias morais para uma sociedade menos desigual**
Andrei Luiz Lodéa

36 **Presunção de culpa: uma análise crítica acerca da constitucionalidade da execução automática da pena**
Fabrício da Silveira

66 **A possibilidade de cômputo de períodos descontínuos na aposentadoria por idade rural**
Gabriela Caroline Gheler Lauer | Edimara Sachet Risso

92 **A Alienação Parental e as Falsas Denúncias de abuso sexual: a Justiça Sistêmica enquanto um instrumento de restabelecimento das relações familiares**
Larissa Demarchi | Linara da Silva

120 **Uma avaliação da implementação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil no âmbito municipal**
Lucas Freitas da Mota

147 **O whatsapp como meio de prova no direito processual brasileiro**
Lucas Giacomini Picolotto | Roberto Carlos Gradin

175 **A (in)eficácia do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003) perante os crimes de homicídio no Brasil praticados com arma de fogo nos últimos 20 anos**
Mateus Scherer

204 **A atuação das instituições financeiras na prevenção do crime de lavagem de dinheiro**
Ricardo Luiz Raimondi

229 **A (in)eficácia do artigo 12-C da Lei Maria da Penha**
Thaionara Magalhães do Prado

Apresentação

A **quarta edição do Anuário da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – *Campi* Lagoa Vermelha e Sarandi** representa mais do que um compêndio de pesquisas acadêmicas; é a consolidação do esforço coletivo de uma comunidade jurídica comprometida com o pensamento crítico e a interdisciplinaridade. Diante dos desafios recentes, como os impactos da pandemia de COVID-19 e as enchentes que assolaram o Rio Grande do Sul, a resiliência de nossos acadêmicos e docentes se traduz nesta obra, que reafirma o papel do Direito na compreensão e na transformação da realidade social.

A produção científica publicada neste Anuário é resultado de um processo de ensino e aprendizagem pautado na pesquisa, incentivando acadêmicos a desenvolverem o hábito da investigação e da escrita, essenciais para uma atuação jurídica crítica e comprometida. Os textos refletem as pesquisas desenvolvidas nos grupos de estudo da Faculdade de Direito da UPF e são um testemunho do dinamismo intelectual que caracteriza nosso curso.

Nesta edição, novos autores se apresentam ao cenário acadêmico, trazendo frescor às discussões e ampliando os horizontes da pesquisa ju-

rídica. Cada artigo aqui publicado é uma peça fundamental para a compreensão dos fenômenos sociais e jurídicos, demonstrando a complexidade das questões tratadas e a importância do rigor metodológico na busca por respostas e soluções.

Ao celebrarmos esta publicação, reforçamos nosso compromisso institucional com a qualidade do ensino e da pesquisa, consolidando um espaço acadêmico que valoriza a reflexão, o diálogo e a produção de conhecimento. Agradecemos a todos os docentes e discentes que contribuíram para esta edição, pois é por meio desse esforço coletivo que seguimos construindo um ensino jurídico sólido e inovador.

Que esta obra inspire novas investigações e contribua para o avanço das discussões jurídicas e interdisciplinares.

Direitos, obrigações e concessões como estratégias morais para uma sociedade menos desigual

Andrei Luiz Lodéa*

Resumo

O presente artigo discute a motivação dos indivíduos para participar de comunidades morais e legais, questionando se a participação é uma escolha ou uma aceitação tácita de normas e contratos sociais. Baseando-se em pensadores como Adam Smith, Ernst Tugendhat e John Rawls, o texto explora a ideia de que os seres humanos buscam reconhecimento e aprovação, o que os leva a aceitar normas e contratos, mesmo que isso implique renunciar a certas liberdades. O objetivo do artigo é analisar como direitos, obrigações e concessões podem ser estratégias morais para reduzir as desigualdades sociais, propondo uma reflexão sobre a cooperação e a justiça distributiva. O artigo divide-se em três partes principais. Na primeira, aborda-se a teoria de Tugendhat sobre o reconhecimento recíproco de direitos e

* E-mail: lodea@upf.br

deveres, destacando a importância do respeito universal e igualitário para a construção de uma sociedade justa. Na segunda parte, o foco é a teoria da justiça de Rawls, que propõe dois princípios fundamentais: a igualdade de liberdades básicas e a permissão de desigualdades sociais e econômicas apenas se beneficiarem os menos favorecidos. Rawls enfatiza a importância de uma posição original, onde os indivíduos, sob um "véu de ignorância", escolhem princípios de justiça que garantam uma distribuição equitativa de bens e oportunidades. Por fim, o artigo sugere que a cooperação e as concessões mútuas são estratégias essenciais para reduzir desigualdades, tanto econômicas quanto sociais, destacando a necessidade de agentes privados e públicos reconhecerem a importância das obrigações morais na garantia de direitos universais. Conclui-se que tanto Tugendhat quanto Rawls oferecem contribuições valiosas para a construção de uma sociedade menos desigual. Tugendhat enfatiza o respeito universal e a importância dos direitos e obrigações recíprocos. Assim, ambos os autores defendem que a cooperação e o reconhecimento mútuo de direitos são fundamentais para a justiça social. O artigo sugere que a redução das desigualdades só será alcançada quando indivíduos e instituições reconhecerem a importância das obrigações morais e dos direitos universais, promovendo uma sociedade mais justa e equitativa.

Palavras-chave: Direitos. Obrigações. Desigualdade social. Justiça distributiva. Cooperação.

Introdução

O que motiva um sujeito a participar de uma comunidade, seja ela moral ou legal? Estaria ao alcance desse indivíduo a possibilidade de escolha entre ser ou não ser membro de tal esfera pública? Para buscar uma resposta a estas duas questões, procure imaginar o seguinte: quais foram os momentos em que você participou ativamente da criação de um contrato, de uma lei jurídica ou de algum tipo de norma, seja ela moral, religiosa ou social? Podemos dizer que, em sua quase totalidade, nunca participamos de suas criações. Aceitamos esses contratos, leis e normas de forma

tácita. Adam Smith, em *The theory of moral sentiments* (2006), permite refletir que, embora não participamos ativa e diretamente desses compêndios axiológicos, todo sujeito ao participar de uma comunidade tem o interesse de ser apreciado ou amado, aceitando, assim, seus contratos, leis e normas; também, de forma quase que inconsciente, almeja fazer parte de uma comunidade qualquer. A partir disso, podemos declarar que somos seres que queremos ajudar e sermos ajudados. Afinal, a cooperação e os acordos são necessários para uma vida em sociedade, embora nos distancie do que realmente queremos. Nesse sentido, podemos citar que ele carrega consigo "direitos" de apreço e amabilidade, que, por ora, devem ser garantidos a todos da comunidade moral e legal. Ao aceitar os acordos, ao fazer parte dos contratos em uma das duas modalidades, compreendemos que esse sujeito é capaz de escolher aquilo que lhe trará maior benefício e, por vezes, abrirá mão de algumas de suas liberdades para ser beneficiado pela instituição política, pois a renúncia recíproca de certas liberdades é vantajosa para todos (Höffe, 1991; Rawls, 1997). Não há como pensar diferente na sociedade comandada por valores econômicos na qual vivemos. A propensão em aceitar apenas o que acarretará maiores benefícios é uma atrativa provocação utilitarista e uma falha concepção criada pelos defensores do sistema neoliberal. Esse é o jogo do mercado, do capital e de uma moral econômica que atomiza os sujeitos para serem empreendedores de si mesmos. Estaríamos falando de um sistema moldado em contratos assimétricos, o que parece ser evidente dentro de um sistema de mercado global. Entretanto, este "querer ser digno de amor ou aprovação" requer que você também aprove e ame a dignidade do outro sujeito. Para Smith, este "ser digno de amor e aprovação", como critério de avaliação, é o principal motivo de corrupção dos sentimentos morais, porém, é algo natural no ser humano (Smith, 2006). Quando aprovamos ou amamos alguém, nasce um novo sentimento não menos importante: a admiração. Ficam livres desses valores aqueles sujeitos com falta de senso moral – *lack of moral sense* –, os quais, sensatamente, não podem ser avaliados ou querer avaliar. Assim, somos motivados a participar de uma comunidade no momento que pode-

mos demonstrar nossa apreciação e nosso amor. Ao seguir esses preceitos teríamos uma sociedade menos desigual? Tenho a obrigação de participar política e racionalmente de uma comunidade, seja ela moral ou legal? Que tipo de direitos, deveres e obrigações possuem os sujeitos que participam – ou não participam – de uma determinada comunidade? Os direitos que são exigências de todos os seres humanos e seu reconhecimento e garantia é um motivador para pensarmos em uma sociedade justa e igualitária?

Baseado em fundamentos morais e éticos, este artigo pretende discutir os elementos filosóficos presentes no pensamento do filósofo alemão Ernst Tugendhat e do filósofo americano John Rawls. O texto divide-se em três momentos. Primeiramente far-se-á uma exposição dos conceitos e fundamentos admitidos por Tugendhat com relação ao reconhecimento recíproco de sujeitos portadores de direitos e deveres, dispostos a fazer parte de uma sociedade legitimamente constituída; na parte dedicada a Rawls, expor-se-á, segundo os princípios da justiça, o papel dos indivíduos dentro das instituições sociais; ao final do texto, tomando o espaço dos elementos conclusivos, apresentar-se-ão algumas estratégias que orientarão nossas possíveis escolhas a uma sociedade menos desigual, afirmando que a cooperação pode ser uma estratégia moral segura entre morais desigualmente válidas, dispostas e motivadas na diminuição das desigualdades econômicas e sociais, bem como assegurando que a diminuição das desigualdades somente atingirá um nível satisfatório quando agentes privados (indivíduos) e agentes públicos (Estado) reconhecerem a importância das obrigações morais na garantia de direitos universalmente necessários para a sobrevivência e a saúde de nossos sistemas democráticos.

O reconhecimento recíproco dos direitos e deveres

Como apresentado no início deste texto e a título de provocação filosófica, na motivação moral pensada por Smith em *The theory of moral sentiments* (2006), os sujeitos avaliam a ação dos indivíduos na perspectiva de um *observador imparcial*. Segundo Smith, todo sujeito quer ser

digno de aprovação de forma sensata, o que não é o problema, já que em vários momentos buscamos esta vanglória. A questão é conseguir esta aprovação, ou seja, ser reconhecido pelos demais como digno de aprovação e ter o conhecimento de suas obrigações, ser consciente de sua posição. Teríamos aqui duas consciências (*Bewusstsein*/*Gewissen*) que deveriam estar presentes ao tomar conhecimento de que não basta ser digno de aprovação, mas ser aprovado, isto é, deverá valer não somente o caráter subjetivo, mas o objetivo da ação. É esse o caráter propício para o surgimento do *observador imparcial*. Posto que a avaliação moral não é dada somente pelo julgamento do outro, mas requer a aprovação do próprio sujeito como ser integrante do social, ou seja, seus sentimentos também são colocados em jogo quando tem motivos para avaliar moralmente determinadas ações objetivas. Em vista do observador imparcial, a aprovação – ou como escreve Smith: digno de aprovação – refere-se a alguém como sendo bom. Pela teoria da motivação, toda tentativa de aprovação de minhas ações dá-se a partir da perspectiva da outra pessoa, em outras palavras, quero ser digno de aprovação. Para tanto, devemos considerar o ser bom ao desenvolver as habilidades, como de um bom cozinheiro, de um bom pianista, que assim se tornam dignos de admiração ao assumir o lugar de um observador imparcial. Todavia, como saber se aquele que julga tem informações suficientes sobre minhas habilidades e condutas? Como um observador imparcial pode aprovar moralmente sem saber realmente minha intenção ou motivação para tal ação? Em questões empíricas, essa problemática pode ser passível de enganos, mas no que diz respeito às regras normativas, não. Então, quem pode ser o observador imparcial? Para Smith, qualquer um podê-lo-ia ser. Pensando a partir de uma análise contratualista, este observador imparcial se restringe a uma determinada sociedade. Por conseguinte, o ser humano verdadeiramente bom será compreendido pela aceitação dos juízos morais de uma sociedade moral para outra, ou seja, a aprovação moral se dará se os indivíduos aceitarem como válidos os juízos de tal sociedade. Tugendhat sugere uma comparação de princípios, dado que o desacordo de Tugendhat vem do

fato de que o observador imparcial necessita de um princípio com o qual julga, já pressupondo uma "empatia", ou melhor, uma perspectiva pela qual julga. Nesse caso, não nos livramos de nossos interesses, mesmo assumindo os interesses dos afetados. Essa análise inicial coloca-nos o seguinte questionamento: como ser reconhecido como sujeito de direitos e deveres morais e legais em uma sociedade caracterizada como injusta e desigual? E é com base nessa pergunta que nosso texto passará, a partir deste momento, a investigar a teoria moral-política de Tugendhat.

Pela proposta de Tugendhat, o contratualismo refere-se aos desejos e às aversões de todos no que se refere ao comportamento bom. O que vai valer é o interesse que desempenhamos em determinadas ações. O autor cita o exemplo do "pingente moral" (*free rider*), um agente parasita da comunidade moral que engana os envolvidos, afirmando ter consciência e discurso morais apoiados na moral comum valorativa. Na verdade, ele possui a falta de senso moral (*lack of moral sense*). Dessa forma, no contratualismo, assim como no parasita moral, a motivação em pertencer a uma determinada comunidade moral reside no interesse de que os outros respeitem meus desejos e aversões, sendo natural a ideia de querer pertencer a uma comunidade moral, onde existem certas obrigações que todos devem seguir. Dentro dessa comunidade as perguntas feitas são: "como eu quero que se comprometam os outros em relação a mim? Que proveito tem para mim (e também para os outros) aquilo que os outros pensam sobre o que significa ser bom?" (Tugendhat, 1996, p. 343). Toda vez que se faz uma argumentação moral, não se deve esquecer de que apesar de termos a razão, temos também desejos e interesses que interferem em nossas posições morais. Na proposta de Tugendhat, nenhum ser humano em sã consciência deixará de ser beneficiado dentro de uma determinada sociedade. Assim, a crença de que quando agimos moralmente tendemos a agir de forma contratualista ambienta-se na possibilidade de que os outros possam respeitar meus desejos e interesses, o contrato seria o freio invisível que é imposto aos parasitas do sistema moral e político. Consideramos, portanto, que os contratos são estratégias utilizadas para harmonizar liberdades que necessitam so-

breviver dentro de comunidades morais, instituídas sob normas e regras temporalmente assumidas como válidas.

Em uma das conferências apresentadas no Brasil, Tugendhat (2003) fez uma distinção entre três diferentes formas da moral. A uma dessas formas ele se refere como um sistema de obrigações intersubjetivas e exigências recíprocas. Isto é, ao pertencer a uma determinada comunidade, o sujeito acaba por sofrer pressões; participa das obrigações e exigências; manifesta-se perante ações cometidas contra ele com indignação; e, quando ele for o autor de uma ação má, a culpa é sua punição. Sublinhamos que esses sentimentos de punição estão ligados às normas morais. E Tugendhat acrescenta que agora, a moral é um sistema que restringe a liberdade dos membros da sociedade: a moral é um peso que impomos a nós mutuamente. É, a partir desse pressuposto, que se deverá entender que normas morais só são aceitas pelos membros da sociedade se eles creem que as normas são justificáveis (2003). Essa forma de restrição moral pode ser demonstrada em nosso direito constitucional de liberdade de expressão. Atualmente, em uma sociedade constituída sob a égide do estado democrático de direito, agentes públicos, por exemplo, eleitos e indicados para comandar setores estratégicos do governo, não podem e, pode-se dizer, são obrigados a não expressar ideias e pensamentos totalitários e genocidas. Se o fazem, são sujeitos com falta de senso moral, merecedores de indignação da comunidade moral e punições constitucionais e penais cabíveis aos casos. Infelizmente, o princípio universalíssimo da liberdade foi usado, principalmente pelos defensores de um sistema neoliberal extremamente convincente e enganador, como o principal valor humano para a garantia da vida, da propriedade e da existência (Brown, 2019).

Até então, apesar de assumir certa simpatia com a proposta ética de Kant e com as ideias do contratualismo, Tugendhat acaba rejeitando-as. O que resta para ele neste momento é encontrar alternativas de sucesso no *utilitarismo* – conceito que exerceu grande influência na modernidade, sobretudo na ética inglesa desde 1800, e é concebido por muitos autores contemporâneos como o mais apropriado, por situar-se mais próximo do

kantismo, corrente ética catedraticamente aceita nos círculos acadêmicos. No entanto, logo de início, Tugendhat vê um problema no utilitarismo: o fato de seus defensores admitirem-no como natural.

Já Hume apoia-se nas virtudes e admite que elas devem ser úteis para nós mesmos e também para os outros, o que nos leva a compreender que ao buscarmos o nosso bem-estar, buscamos, consequentemente, o bem-estar dos outros. Hume chama isso de *benevolência*, e Hutcheson acrescenta como sinônimo, a *simpatia*. Aqui, Tugendhat afirma que existe uma simetria com a sua tese de que a moral se refere aos desejos e interesses dos outros. Trata-se, portanto, ao eliminar as premissas transcendentais, "de uma atitude de respeito para com todos" (Tugendhat, 1996, p. 343). Chega-se, assim, ao princípio utilitarista: a maior felicidade para o maior número de pessoas. Aqui é fortalecida a observação de que o interesse de todas as pessoas deve ser igualmente considerado, compreendendo-se como um direito que todos têm. Contudo, a primeira objeção ao utilitarismo – e que não foi notada por Hume, Hutcheson e Bentham – é que ao formularem a noção da benevolência, os filósofos desconsideraram os direitos e chegaram a uma ideia de soma que não pode ser justificada. Há sempre uma substituição de direitos. Na visão de Tugendhat, "Bentham ridicularizou o discurso dos direitos, designando-o como 'absurdo sobre pernas-de-pau' (*nonsense* on *stilts*), o que apenas tinha sido justificado em relação a ideia, de fato insustentável, de direitos naturais" (Tugendhat, 1996, p. 352; cf. Hart, 1984). A segunda objeção é de nível ideológico, posto que o utilitarismo é a teoria do sistema econômico capitalista-burguês, logo, ele endossa o crescimento econômico ilimitado, sem levar em conta a questão moral do respeito à partilha. De acordo com Tugendhat, essas críticas são possíveis somente com relação ao imperativo categórico, o maior concorrente desse modo de pensar. Não dedicaremos tempo para fazer uma investigação profunda sobre essas críticas ao utilitarismo. O próprio Tugendhat aborda essa questão em alguns de seus textos, entre eles, *Lições sobre ética*. Assim, devemos manter-nos fiéis ao objetivo proposto neste artigo.

Tugendhat destaca que, ao se tratar do direito de várias pessoas, o juízo moral do indivíduo deverá ser imparcial, sem o discurso, como ocorre na ética do discurso. Essa imparcialidade é dada pela capacidade de julgamento que o indivíduo construiu ao longo de sua existência. Contudo, este julgamento somente poderá surtir algum efeito quando se tratar de problemas morais normais, ou seja, dos direitos básicos universais. Apesar do utilitarismo trabalhar com soluções práticas, ele não pode ser satisfatoriamente razoável. O único conceito que até aqui pode-se considerar plausível é a própria decisão pessoal, realizada a partir das motivações do senso comum, desde que providas de bom senso. Todas as discussões sobre a moral podem ser entendidas como um procedimento racional dos comportamentos e atitudes humanas. Diante dessas teorias que fornecem um fundamento para a moral, Tugendhat se coloca como um observador imparcial, investigando o argumento mais aceitável, ou seja, o respeito universal e igualitário. Não haveria, aqui, uma primazia da liberdade como é feita em Rawls, e que veremos na próxima seção, mas um compartilhamento igualitário do respeito em relação às liberdades subjetivas de cada um dos indivíduos, admitindo concessões justificáveis racionalmente para a garantia de direitos necessário para qualquer "pessoa".

Em face às ideias contratualistas, compreendemos que um comportamento moral se funda no reconhecimento do outro como um sujeito de direitos iguais. O que Tugendhat tenta defender é que um ser humano bom se constrói sob a égide do respeito universal e igualitário. Ao admitir que se deve interagir com os outros, e que dependemos dos outros para a realização de nossos interesses, concluímos que todos temos direitos, os quais devem ser respeitados. Trata-se, pois, de um direito subjetivo, não tendo como ponto de partida uma perspectiva subjetiva, por exemplo, a promessa. Nesse ínterim, toda obrigação que assumimos uns para com os outros se designa direitos. Destacamos que essa explicação sobre os direitos nos ajudará a compreender o projeto adotado por Tugendhat, como forma de entendimento da moral. Na esfera do direito, Tugendhat tentará legitimar dois tipos: o legal e o moral, chegando à conclusão de que até mesmo os direitos

morais são provenientes de acordos humanos. Isto é, se temos obrigações, também temos um direito correspondente às obrigações. O conceito de obrigação moral está baseado em sanções; discutir sobre o direito não teria sentido se não o correlacionasse às obrigações. De acordo com Tugendhat (1996, p. 365; 2007), um discurso *formal* dos direitos tem por base o discurso das obrigações, e, quanto ao *conteúdo*, a pergunta sobre obrigações é resolvida a partir dos direitos e de que a apenas um direito correspondem diversas obrigações. É em Kant que se consolida esta ideia de Tugendhat, admitindo que quando tratamos sobre questões de direitos, devemos o considerar como um processo de escolhas recíprocas, comportando também obrigações. Em suma, "o direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida a escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade" (Kant, 2003, p. 76). Mas o que significa ter um direito?

As obrigações que assumimos para com os outros se dão através de proferimentos linguísticos, tais como "eu te prometo", "eu te empresto", referindo-se a direitos pessoais ou especiais. Quando pronunciadas essas palavras, o sujeito assume um compromisso comigo, e eu com o sujeito. Tanto eu quanto o outro temos o direito de cobrar as obrigações assumidas[1]. No exemplo citado por Tugendhat, desde crianças aprendemos o significado da expressão "eu prometo". Quando a mãe pronuncia este ato linguístico, a criança sabe que tem o direito de exigir da progenitora a promessa feita, ou seja, a mãe dá à criança a possibilidade de cobrar ou de desconsiderar a obrigação assumida. Aqui entra em jogo o "ter de". Considerando o que é designado como bom ou mau, a promessa deve ser cumprida para que o ato seja bom, pois se entende moralmente a não efetivação das promessas como um caso de sanção moral. Nesta esfera dos direitos humanos, independentemente de ser bom ou mau, deve-se levar em conta o que é

[1] Tugendhat fala que quando os sujeitos *têm* direitos, entende-se que eles são detentores de direitos subjetivos. Nas palavras do filósofo, "o direito subjetivo é designado desta maneira apenas por ser o direito de alguém, portanto, de um sujeito" (Tugendhat, 1996, p. 363). Ele também esclarece que o direito subjetivo não é subjetivo por assumir uma perspectiva subjetiva, mas sim por ser uma questão puramente objetiva. Segundo Tugendhat, "se alguém me promete algo, eu tenho objetivamente o direito – o direito subjetivo – de que ele cumpra a promessa" (1996, p. 363). Ou seja, o direito subjetivo é objetivo, independente do sujeito.

cumprir ou quebrar uma promessa – deve-se fazer parte do jogo ou jogar o jogo[2]. Isto é, "se cobrar os seus direitos, a outra pessoa tem de – "tem de" no sentido das regras deste jogo – agir desta maneira" (Tugendhat, 1996, p. 366-367). Assim, isso se expressa em um direito subjetivo, compreendido como as obrigações dadas tanto a mim para reclamar as promessas, quanto ao agente para se fazer cumprir as promessas proferidas. Até o momento não há nenhuma sobreposição de um direito legal sobre o moral. O fortalecimento moral do direito especial ocorre, por enquanto, somente mediante a sobreposição da obrigação relativa pela obrigação moral. Em um contrato ocorre algo análogo a esse direito subjetivo. Para o cumprimento de tal tratado, há uma sobreposição do moral e do legal, pois "a norma moral: acordos têm de ser cumpridos, pode tornar-se fundamento de uma correspondente norma penal, e o direito contratual pode, inversamente, ser julgado moralmente" (Tugendhat, 1996, p. 368). Esses, por sua vez, são os direitos gerais. Ao querer fazer cumprir meu direito, eu posso lançar mão de duas formas de cobrança: ou a moral ou a legal. Porém, podemos admitir que a cobrança jurídica de meu direito legal é mais fácil de ser cumprida do que a moral. Por isso, filósofos como Hobbes e Rousseau formularam suas teorias políticas pensando na tese de que se quisermos que nossos direitos sejam respeitados e os acordos cumpridos, deve-se participar de um contrato, haja vista que pela legalidade pode-se obrigar a execução dos acordos e promessas e assim ter os direitos contemplados. Além disso, pelo fato de sermos seres humanos, nossos direitos não podem ser violados sem a mínima justificação de sua violação. Mas como surgem os nossos direitos morais? Ou, o que é um direito moral?

[2] Podemos, nesse momento, fazer menção à ideia de *Mundo da Vida* proposta por Habermas (1989). O mundo da vida é entendido como o lugar dos acordos e das regras pré-evidentes. Nele, os indivíduos vivem em harmonia, e Habermas o considera como o pano de fundo das normas morais. Observamos que, quando Tugendhat fala em obrigações e sanções, há uma pré-evidência de que os indivíduos sabem o que são seus direitos e compreendem com exatidão o "ter de". Existe um conhecimento dos atos que são bons ou maus. No mundo da vida, quando essas evidências não são mais satisfatórias, instaura-se o discurso. Até o momento, Tugendhat não propôs um possível resultado para o descumprimento das promessas e acordos pré-estabelecidos na comunidade moral. O que fica evidente é uma cobrança recíproca entre os envolvidos de suas promessas e acordos.

No caso dos direitos legais, eles são concedidos pela ordem jurídica e não encontram dificuldades de legitimação. O problema surge quando Tugendhat tenta esclarecer os direitos legais através dos direitos morais, ou dos especiais para os gerais. À primeira vista, estes direitos morais que temos são considerados pelos direitos humanos modernos como direitos naturais. Logo, isso poderia significar que já nascemos com eles, assim como com nossos órgãos[3]. A própria declaração de independência norte-americana admite que os seres humanos foram "providos", por seu criador, de certos direitos inalienáveis. Deus concede aos seres humanos esses direitos, todavia, a cobrança desses direitos, tanto dos especiais quanto dos legais, deve ser cobrada por uma instância igual àquela que foi concedida. Deus, nesse sentido, não é o julgador. A concepção teológica admite que Deus estabeleceu para a humanidade uma comunidade moral de cobrança recíproca e com iguais direitos. Isso faz com que se exija obrigações a serem efetuadas uns para com os outros. Se fundamenta, pela justificativa teológica, o reconhecimento de todos os seres humanos como portadores de direitos. Segundo Tugendhat, "na medida em que nos colocamos sob a moral do respeito universal, somos nós mesmos que concedemos a todos os seres humanos os direitos que dela resultam. Portanto, também os direitos morais são direitos concedidos" (Tugendhat, 1996, p. 372-373). Nos argumentos do autor, não é Deus, mas a natureza ou a razão que oferecem os direitos morais. Se assim fossem dados por Deus, a moral não teria sentido. Portanto, os direitos morais são dados pela própria moral. A questão que Tugendhat coloca é saber se tais direitos realmente existem. Isso somente poderá ser analisado de um ponto de vista imparcial ou pela área da metaética.

Assim sendo, para saber se existem direitos morais, Tugendhat recorre ao direito subjetivo universal, que não pode ser cobrado. Por exemplo, eu tenho o direito de não ser lesado, o que significa que todos os outros não

[3] Tomando como exemplo: se um de nossos órgãos vitais, o fígado, por exemplo, não mais exerce suas funções satisfatoriamente, teremos um comprometimento de todo nosso organismo; nossa vida fica comprometida, ela corre perigo. Felizmente podemos procurar ajuda na medicina para restabelecer suas funções. Metaforicamente, quando nossos direitos morais não estão sendo respeitados, ou o indivíduo não respeita o direito do outro, temos como tarefa sanar esta deficiência de ordem moral, o que também pode ser aplicado ao legal. Nesse sentido, se somos obrigados, temos então direitos, visto que os aceitamos – ou voluntariamente ou fazendo parte de uma determinada comunidade de forma tácita.

podem me lesar. Dentro da comunidade moral há um reconhecimento de que eu tenho uma obrigação para com seus membros e estes devem proceder da mesma maneira comigo. Não tenho direito de exigir, mas posso reclamar aquilo que é meu direito. Se, no entanto, reconhecermos o outro como detentor de direitos subjetivos universais, então, podemos admitir que existam direitos morais, e estes devem ser por mim e pelos outros respeitados. Quando se assume a imparcialidade, verificamos que todo ser humano possui direitos morais e que estes advêm dos interesses e das necessidades próprias de todo indivíduo pertencente a uma comunidade moral: "o outro agora é visto como sujeito de direitos e não apenas como mero objeto de nossas obrigações; compreendemos nossa obrigação como um reflexo do seu direito" (Tugendhat, 1996, p. 375). Observamos, contudo, que a comunidade moral que representa os direitos somente manterá obrigações recíprocas entre aqueles que detiverem direitos relacionados, visto que seria impossível exigir obrigações da criança ou de um deficiente mental que apenas têm direitos. Assim, uma possível saída criada por Tugendhat é que há, sim, uma cobrança de direitos entre nós, cuja efetivação e reconhecimento é baseada no direito legal do Estado, ficando difícil a visualização da existência de uma moral, a não ser pela cobrança de direitos recíprocos.

Por sua vez, Alexy (2008) compreende que os direitos existem na relação dos indivíduos, mas quando as obrigações não são cumpridas o direito começa a existir submetido ao Estado. O que isso quer dizer? Temos a concepção de que se temos obrigações a serem realizadas, o Estado, enquanto órgão legislador, tem a função de atender os direitos dos cidadãos quando estes não podem ser cumpridos com base na reciprocidade entre os sujeitos.

Esses direitos, ora expostos, são direitos garantidos por um Estado ou por uma comunidade que garante a dignidade humana e, sob a ótica capitalista-social, os direitos econômicos. Essa moral é compreendida como uma moral de direitos individuais, em sentido forte (sentido kantiano). Portanto, para lidar moralmente com o Estado, não basta fazê-lo por meio do direito, mas sim pelo viés da justiça, e mais precisamente através de um conceito distributivo igualitário de justiça.

O interesse de Tugendhat repousa sobre a justiça distributiva e no critério de decisão de suas regras. Essa justiça distributiva pode assumir duas faces: ou segue pelo caminho da desigualdade, tratando os indivíduos de acordo com seu merecimento, ou pelo caminho da igualdade. No exemplo proposto por Aristóteles, em que se divide uma torta entre crianças de forma desigual, se as razões para a divisão forem realmente relevantes, acredita-se que a distribuição desigual é justa. Se, entretanto, nenhuma razão relevante for alegada, resta somente a divisão igualitária. O último caminho não parece possuir razões contra, e não necessita de fundamentação; já o outro não representa uma única concepção, isto é, se é proposta uma concepção desigual, esta é sempre uma entre infinitas outras, e se tem não apenas de fundamentar o aspecto, mas também indicar o quanto mais. Afinal de contas, a posição privilegiada da igualdade resulta de ser ela a regra mais simples de distribuição (Tugendhat, 1996, p. 403).

A moral que Tugendhat quer construir é uma moral do respeito igual – afirmação aqui suspeita –, já que a concepção de *desiguais*, como é o caso da discriminação primária, por sexo ou cor, impregnada na moral tradicional, não pode ser mais fundamentada. Ao se tratar de uma justiça igualitária, todos os direitos devem ser respeitados e aqueles que não podem cuidar de seus próprios direitos, devem receber auxílio[4]. Isso ocorre porque todos nós pertencemos a uma comunidade de cooperação, onde deve prevalecer a ajuda mútua. Se é provável que alguém estabeleça a justiça a partir de um tratamento desigual, é bem provável que o faça pelo viés da utilidade, o que é na maioria das vezes injusto. O justo, sob um ponto de vista moral, somente pode ser alcançado pela distribuição de direitos, pela distribuição de bens materiais e, só posteriormente, pela distribuição de poder. Salientamos que no estado de natureza de Locke falava-se apenas de direitos, não de poder, e muito menos de distribuição

[4] Podemos trazer à tona o que John Rawls discute ao definir que dentro de uma sociedade justa, aqueles que possuem maiores deveres e obrigações são nossos representantes políticos e funcionários públicos. Embora superficial, a análise aqui proposta equaciona que o comprometimento para com os deveres e obrigações assumidos, já na posição original, são os verdadeiros promotores de uma sociedade igualitária e justa, como veremos na sequência.

de bens. Tugendhat evidencia esta ideia afirmando: "qualquer que seja o bem a ser distribuído, não faz parte do conceito de justiça distributiva que tudo deva ser distribuído, mas apenas que, se algo deve ser distribuído, para a distribuição não ser arbitrária, tem de ser justa" (1996, p. 409). Baseando-se no princípio da sociedade de tipo comunista "cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades", Marx afirma que se uma sociedade não for justa não há motivos para se falar em justiça; primeiro deve-se garantir que haja bens para serem distribuídos para todos, como no exemplo da torta proposto por Aristóteles. Para Tugendhat, a necessidade, o mérito e o direito adquirido, em se tratando de uma avaliação moral, não têm a pretensão de realizar uma distribuição igual – nos resta dúvidas quanto à necessidade[5]. Os três casos são tratados como razões para uma distribuição desigual. A distribuição desigual desenvolvida por John Rawls é criticada por Tugendhat, por defender a concepção igualitária do princípio da diferença também pela distribuição desigual. Segundo Rawls, uma distribuição desigual eleva a riqueza total, sendo que aqueles que recebem menos do que os outros, recebem mais do que teriam recebido de outro modo. Tugendhat não critica a ideia de Rawls, mas revela (a) o apelo ao utilitarismo, pois não distingue os vários pontos de vista de uma avaliação moral, e que tudo o que é admitido na posição original seja justo; (b) não colocou em questão a justiça da distribuição igualitária, ou seja, uma distribuição desigual pode ser moralmente melhor, mas não a mais justa; (c) uma distribuição justa, que observa direitos e acordos, contradiz a distribuição igualitária. Veremos, na próxima seção, que as afirmativas "b" e "c" não são metodologicamente capazes de contrariar a perspectiva rawlsiana de justiça distributiva.

[5] A necessidade só faz sentido quando esta for do tipo objetiva, por exemplo, no caso de uma pessoa com deficiência mental ou de tratamentos de saúde onerosos que restabelecerão a qualidade de vida de um paciente. Concretamente, este possui desvantagens e requer "indenização". Ele recebe mais por algo que lhe falta. Com relação ao mérito, não é justo que alguém que já tendo sido agraciado com um talento especial da natureza receba um *plus* – cientistas receberiam *minus,* pedreiros e/ou garis receberiam *plus*. Em nossa sociedade o processo é inverso; um argumento puramente utilitarista. O merecimento na sociedade capitalista é injusto. No âmbito do direito adquirido a redistribuição de direitos afeta, por um processo temporal e próprio da sociedade humana, os direitos adquiridos.

Infelizmente, por uma questão de espaço, não teremos oportunidade para discutir profundamente essas críticas.

Na visão de Tugendhat, uma justiça distributiva com relação aos bens materiais não tem a menor possibilidade de ser justa. Ela mostra-se injusta, inefetiva e um tanto quanto totalitária (1996). Não é papel da moral distribuir direitos se a própria distribuição de direitos está contida de antemão na ideia da moral. Segundo ele, a justiça distributiva, aplicada aos interesses sociais, apenas poderá se referir à riqueza social, o que na maioria das vezes, dentro das sociedades socialistas ou que primam pelo bem-estar, é injusto. Tugendhat também afirma que em uma sociedade capitalista deve-se distinguir os argumentos morais dos argumentos que têm em vista a eficiência. Vejamos se essas críticas podem ser aplicadas ao trabalho do autor americano.

Indivíduos, instituições sociais e a justiça

No livro *Uma teoria da Justiça,* John Rawls faz uma leitura entre o moral e o legal a partir dos princípios da justiça social. Grosso modo, tem-se a ideia de que viver em uma instituição ou participar de uma cooperação é reconhecer a inviolabilidade das liberdades dos indivíduos. Se uma lei ou uma instituição não respeita os direitos e os deveres de seus indivíduos, ela deverá ser abolida. Logo, subentendemos que os fundamentos básicos para viver e conviver em um sistema cooperado guiado pelos princípios da justiça são, antes de qualquer coisa, morais, ou como diz Rawls, pertencem a uma teoria ética da sociedade. Assim como Tugendhat, também Rawls compreende que todos os que participam de uma comunidade e se tornam cooperados partem de um ponto de vista comum do qual podem fazer suas reivindicações; aceitam e sabem que os outros aceitaram os mesmos princípios; e as instituições básicas tendem a satisfazer os princípios da justiça.

Os dois princípios da justiça elaborados por John Rawls originam-se levando em conta a possibilidade de que todos os participantes da cooperação possam ser reconhecidos como indivíduos de direitos e, também, de

deveres, os quais deverão ser respeitados. Os dois princípios da justiça formulados pelo autor em questão têm o seguinte enunciado, admitindo o consenso na posição original:

> a) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras; b) as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (Rawls, 1997, p. 67).

Esses dois princípios se aplicam à estrutura básica da sociedade, governam a atribuição de direitos e deveres, bem como regulam as vantagens econômicas e sociais. Embora extremamente importante dentro da teoria da justiça de John Rawls, não será nossa pretensão neste estudo fazer a sua análise.

A ordem natural dentro de uma estrutura de sociedade básica, conceito fundamental para uma teoria da justiça, é a de que os indivíduos persigam a justiça afastando-se da injustiça, porém, de antemão, todos aqueles que possuem um senso de justiça sabem quais são seus direitos e deveres, sabendo disso, também sabem que nenhuma sociedade formada consensualmente é plenamente justa. Por fatores sociais, políticos e econômicos é evidente que até mesmo uma sociedade muito bem estruturada comete injustiças. Uma possibilidade para entendermos essa relação com as injustiças é que sociedades capitalistas e democráticas, como a nossa, tenham muito presente em suas teorias os aspectos contratualista e utilitarista. No primeiro aspecto, para participarmos de um contrato devemos abdicar de alguns direitos se quisermos que direitos fundamentais sejam respeitados e garantidos. Já no segundo, quando se instaura o princípio da maioria, é bem provável que a sociedade cometa atos de injustiça com as minorias. Independente da teoria adotada pela sociedade, o objetivo principal de uma instituição social é garantir a cooperação social, fazer com que os indivíduos se reconheçam, reciprocamente, como portadores de direitos e de deveres. Nela os indivíduos precisam reconhecer que justiça e injustiça são indissociáveis, ou seja, a existência das instituições

legais ou morais advém de fatos injustos ocorridos entre indivíduos ao não se respeitar direitos básicos, como a vida. O que sabemos, incontestavelmente, é que a justiça é a virtude mais importante das instituições sociais, a única virtude ou valor moral que não aceita dois opostos, ou você é justo ou é injusto. Assim, compreendemos que indivíduos razoáveis e capazes de perceber o outro como sujeito de direitos e interesses visualizam em seu horizonte moral a possível prática injusta de seu ato.

A tônica sobre o discurso da justiça de Rawls está na estrutura básica da sociedade. Segundo ele, "a estrutura básica é o objeto primário da justiça porque seus efeitos são profundos e estão presentes desde o começo" (Rawls, 1997, p. 8). Como se constitui este raciocínio? Se levarmos em conta valores e méritos, é bem possível que os homens tenham interesses e expectativas de vidas diferentes formados no sistema político, social ou econômico dos quais eles participam. Num viés intuicionista, por exemplo, uma sociedade sem uma teoria da justiça não poderia garantir uma distribuição igualitária de direitos e deveres, e muito menos garantiria seus acordos econômicos e políticos. É natural que todos os indivíduos persigam seus direitos e busquem a satisfação de suas necessidades, mas a concretização desses fins sem um órgão instituído e que equilibre todas as ações na direção de um acordo consensualmente aceito, não será possível. Por isso considera-se "que uma concepção da justiça social fornece primeiramente um padrão pelo qual se devem avaliar aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade. [...] É um ideal social" (Rawls, 1997, p. 10).

Podemos evidenciar que a teoria proposta por Rawls é uma teoria da justiça, que, por sua vez, é inspirada na teoria de um contrato social, com o diferencial de generalizar e criar um plano de abstração superior às tradicionais teorias contratuais de Locke, Rousseau e Kant – este último é tratado como contratualista a partir de seu tratado político. Na leitura de Rawls, os contratos (acordos), dentro da estrutura básica, não são criados a partir de uma sociedade particular ou de formas de governos específicas, mas pelo contrário, "a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto de consenso original" (Rawls,

1997, p. 12). Os princípios de justiça formulados por Rawls são evidentes para todos os indivíduos livres e racionais que têm como pretensão a realização de seus interesses mediante acordos aceitos consensualmente. O entendimento e aceite desses princípios garantem todos os tipos de acordos posteriores, isto é, os princípios da justiça regem a estrutura básica da sociedade como passo propedêutico para a criação de direitos e deveres dentro das associações, sendo definido também pelo conceito de *Justiça com Equidade*. Todos os que reconhecem uma cooperação social escolhem juntos a divisão equânime dos benefícios. Através do uso da razão, as pessoas devem decidir o que é bom, assim como fazer uma diferenciação entre o que é justo ou injusto. Tugendhat também poderia concordar com esta ideia, pois todos os acordos aceitos são admitidos a partir de certas capacidades que todos os indivíduos capazes de escolha têm – ao menos no Tugendhat da primeira fase contratualista (1981). Se eu tenho a possibilidade de escolher, eu também tenho a capacidade de saber quais serão meus direitos e deveres. Uma das dificuldades encontradas em Tugendhat ao criticar o contratualismo – segunda fase, não-contratualista (1983) –, até mesmo o contratualismo de Rawls, vincula-se ao fato de que nunca podemos ter plena evidência dos interesses e intenções dos indivíduos que participam dos contratos (acordos) (cf. LODÉA, 2013). Essa realidade é também trazida à tona em Kant e, posteriormente, na ética discursiva de Habermas.

Hipoteticamente, a garantia de uma justiça como equidade dá-se por uma posição original em que os indivíduos se encontram sob um véu de ignorância. Nesse estágio, ninguém poderá ser favorecido ou desfavorecido nas escolhas; ninguém reconhece sua inteligência ou *status* social, seu patrimônio, habilidades naturais, força etc. Poderíamos, nesse caso proposto hipoteticamente por Rawls, darmos fundamentos de que a moralidade ou a ética sobreponham-se ao legal[6]. Antes de instituirmos

[6] Tugendhat critica a postura adotada por Rawls onde todas as questões de justiça são decididas a partir da posição original. Rawls reluta em admitir, apesar de evidente, que seus princípios de justiça tenham fundamento ou nas intuições morais ou na posição original. Isso pode caracterizar a compreensão de que a posição original não é um bom representante para a constituição de uma teoria da justiça. Tugendhat cita que o modelo proposto por Ackerman é melhor, pois parte dos princípios igualitários fundamentais, evitando algo artificial como a posição original desenvolvida por Rawls (1996).

uma sociedade legal que siga os preceitos da justiça, seria razoável reconhecer, em um estado natural (tradição contratualista) ou na posição original[7] (Rawls), indivíduos capazes de reflexão e raciocínio para saber reconhecer entre o justo e o injusto, entre o bom e o mau. É por isso que a sua justiça com equidade é uma teoria dos sentimentos morais manifestados na ponderação de nossos juízos, em estado de "equilíbrio refletido". Aqui, o dilema do prisioneiro pode ser uma ótima fonte de análise sobre a nossa capacidade de reflexão, ponderação e concessões (Cf. Lodéa, 2018). Segundo Rawls (1997), este é o estágio inicial para a formação de uma sociedade justa. Tendo por base a posição original, será possível que a sociedade civilizada escolha sua constituição, seus legisladores para a criação de leis, entrando em conformidade com os princípios da justiça anteriormente acordados. Os acordos almejados por Rawls não dizem que devemos aceitar passivamente uma forma de governo ou determinada uma forma de sociedade, mas sim, aceitar certos princípios. É por isso que a teoria da justiça ou justiça com equidade representam os moldes de uma teoria contratualista em oposição a uma doutrina utilitarista. Nessa teoria, uma pessoa com falta de senso moral (*lack of moral sense*) não poderá decidir, e muito menos participar da forma legal constituída, ou seja, a questão da justiça está associada à teoria da escolha racional. Vale lembrar o conselho, hoje quase esquecido, de Hobbes para o fato de que um néscio – um idiota – não pode fazer parte de uma sociedade civil tomando decisões que afetarão a vida de outras pessoas.

[7] Chamada por Rawls de *status quo,* a posição original é o estágio inicial que garante a não disparidade entre indivíduos. Seria o lugar onde os indivíduos encontram-se sob um véu de ignorância, em que inclinações sobre o bem não afetarão os princípios adotados. É muito fácil vermos uma divergência de interesses ou inclinações no seguinte exemplo: duas pessoas que vivem em uma mesma sociedade podem discordar sobre a cobrança de impostos. Uma pessoa rica, devido às circunstâncias de seus rendimentos e bens adquiridos, mostra-se completamente desfavorável à cobrança de impostos. Já uma pessoa pobre, que seus rendimentos e bens são ínfimos, coloca-se a favor, pois devido a sua situação financeira não será afetada. No primeiro caso, a cobrança de impostos é injusta, para o segundo, justa. As partes na posição original são iguais, visto que "todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para a sua aceitação e assim por diante" (Rawls, 1997, p. 21). A posição original é o ponto de partida para tornar coerentes e justificar nossas convicções sobre de justiça. Porém, as avaliações sobre o justo podem ser constantemente revisadas, nenhum ponto é fixo.

Para além, a justiça é fruto de nossas interpretações morais e éticas. Somente podemos emitir juízos sobre o que é justo se possuirmos sensibilidade moral de avaliar as situações de forma consciente e inteligente. Conforme Rawls (1997, p. 52),

> [...] do ponto de vista da teoria ética, a melhor explicação do senso de justiça de uma pessoa não é a que combina com suas opiniões emitidas antes que ela examine qualquer concepção de justiça, mas sim a que coordena os seus juízos em um equilíbrio reflexivo. Esse estado é aquele que se atinge depois que uma pessoa avaliou várias concepções propostas e decidiu ou revisar seus juízos para conformar-se com um deles ou manter-se firme nas próprias convicções iniciais (e na concepção correspondente).

Assim sendo, o senso de justiça origina-se fundamentalmente da interação que temos com as decisões de nosso cotidiano, quanto maior interação, quanto mais participarmos de situações que envolvam casos referentes a princípios da justiça, maiores serão as chances de nossas qualidades morais mostrarem-se sem distorções.

A análise desenvolvida por Rawls tem como base a formação das instituições das quais os indivíduos fazem parte, pois aceitaram os princípios estabelecidos a partir de uma posição original. Nesse sentido, do ponto de vista de uma teoria da justiça, os indivíduos devem obedecer à instituição estabelecida ou lutar para a criação de uma instituição justa, caso ela ainda não exista. É importante que os indivíduos tomem suas decisões tendo por base os princípios da justiça previamente definidos. Se uma sociedade justa ou parcialmente justa foi instituída é um dever natural agir segundo o que rege os princípios da justiça. Se agirmos guiados pelo contrato livre e racionalmente assumido pela pessoa é razoável que ele tenha o dever e a obrigação (esse tem um papel apenas complementar) de manter-se fiel às regras contratuais assumidas. Consolida-se, nesse caso, o valor da pessoa moral. Consequentemente, querer participar e atuar em uma instituição justa supõe que o indivíduo tenha o dever moral e legal de respeitar as aspirações e os sentimentos da outra pessoa. Em outras palavras, assim como garantimos direitos, também assumimos deveres e obrigações para o mantenimento de uma sociedade justa e

equânime. Esse dever constitui a exigência fundamental em relação aos indivíduos, substituindo o princípio da utilidade (Rawls, 1997). É evidente que o reconhecimento de deveres e obrigações, por parte dos indivíduos, tem uma conotação moral, dado que são guiados pelas práticas do bom senso e do senso de justiça, adquiridas em uma instância anterior à própria instituição estruturada. Nessa situação, se o indivíduo assumiu os acordos, reflexiva e racionalmente, é bem sabido que ele também deve cumpri-los, fazendo valer seus deveres e obrigações previamente acordados, afinal, mesmo que algumas situações não são de nosso agrado, "é provável que lucremos em conjunto" (Rawls, 1997, p. 375). Portanto, os deveres naturais e as obrigações são princípios fundamentais para a organização social. Lembramos que a teoria da justiça proposta por John Rawls é especificamente endereçada para a ordenação de uma vida social justa e não para o comportamento do indivíduo como era feito na tradição. Notamos, aqui, uma diferença entre a proposta de Rawls e Tugendhat: para o primeiro, o justo é alcançado pelo reconhecimento dos princípios de justiça já estabelecidos dentro da instituição, já para o segundo, o justo apenas é tratado como motivação dos indivíduos que participam do acordo, ou seja, o justo está condicionado aos interesses particulares de cada pessoa. É sensato dizer que Tugendhat adota uma leitura voltada às regras e normas das teorias éticas, um apelo à moral, enquanto Rawls se satisfaz com os acordos assumidos pelas pessoas já dentro de uma instituição que tem seus próprios princípios de justiça. Rawls faz uma distribuição dos direitos levando em consideração o que seria razoável fazer para que se concretize uma distribuição igualitária dos bens presentes nessa sociedade, incluindo, nesse contexto, os bens de ordem moral.

O reconhecimento dos dois princípios da justiça pressupõe o vínculo com obrigações, pois subentende-se que a instituição é justa ou razoavelmente justa. Para Rawls, não há dever de obrigação dentro de uma sociedade injusta. Logo, esses deveres e obrigações são tarefas e responsabilidades assumidas entre indivíduos que cooperam conjuntamente, a título de exemplo, um candidato a um cargo público e que venha ocupá-lo.

Pela leitura que fazemos de Rawls, é compreensível que as obrigações cumpram uma função para com a equidade e para com a fidelidade dos comportamentos individuais dentro da estrutura básica da sociedade. Os deveres naturais podem ser positivos e negativos, e independem da sociedade. Assim, o dever de fazer algo de bom ao próximo é um dever positivo, por exemplo, a ajuda mútua. Por outro lado, o dever de não lesar ou não causar sofrimento é um dever negativo. Já a distinção entre as obrigações e os deveres naturais se dá pelo fato de que estes não dependem de atos voluntários ou de organizações sociais; eles existem independentemente de nos termos comprometido ou não com esses atos, de não ser cruel ou de ajudar o próximo. Dito de outra forma, os deveres naturais "se aplicam às pessoas independente de suas relações institucionais; vigoram entre todos, que são considerados como pessoas morais iguais" (Rawls, 1997, p. 123). De acordo com Rawls, um dever natural fundamental dentro da teoria da justiça como equidade é o dever da justiça. Embora os deveres naturais, dentro das instituições constituídas, sejam derivados de uma postura contratualista, eles não comportam nenhum assentimento, e nem mesmo um ato voluntário. Posto isso, "os princípios da justiça válidos nas instituições, são aqueles reconhecidos na posição original" (Rawls, 1997, p. 123). Contudo, quando instituída a organização com seus princípios, é bem provável que esqueçamos os deveres naturais da posição original. Por isso, as obrigações têm papel importante dentro das instituições como forma de fazer cumprir o dever natural da justiça. Aqueles que dentro das organizações políticas têm maiores privilégios, ou ocupam cargos públicos, terão maiores obrigações, pois a eles é transmitida a responsabilidade de promover o correto estabelecimento do justo, sabendo, de antemão, que ao cumprir uma obrigação estarão agindo segundo a rédea de um dever natural presente na posição original, ou seja, o exercício da obrigação é o exercício do dever natural. Segundo o autor americano,

> Assumimos obrigações quando nos casamos e também quando aceitamos cargos de autoridade judicial, administrativa, ou de outro tipo. Contraímos obrigações através de promessas e compromissos tácitos, e até mesmo quando entramos num jogo, ou seja, a obrigação de jogar seguindo as regras do jogo e com esportividade (Rawls, 1997, p. 121).

Cabe, diante disso, a pergunta: no caso da promessa ou da posição política de um cidadão comum, qual é o seu grau de dever e de obrigação e como eles podem ser cobrados? Sinalizamos que essa pode ser uma pergunta para outro momento.

Considerações finais

Nas análises que Rawls e Tugendhat desenvolvem sobre a justiça podemos perceber a preocupação de ambos para com uma sociedade igualitária e justa. O primeiro estabelece princípios de justiça como sendo a base para que os indivíduos possam se guiar na escolha dos acordos e na distribuição igualitária dos bens sociais. Assumindo uma postura contratualista, mas fugindo da sombra de outras teorias contratuais tradicionais, ele vislumbra a possibilidade de que os acordos livres e racionais sejam orientados por princípios da justiça, chamados pelo autor de justiça com equidade. A questão final é: o caráter hipotético de sua teoria é suficiente para a fundamentação de seus princípios de justiça e, assim, comprovar a possibilidade de uma sociedade menos desigual? Aos olhos de Tugendhat, a criação de uma estrutura artificial por parte do autor americano não se mostra fundamental. A própria existência dos dois princípios de justiça descaracterizaria a criação da posição original e do véu de ignorância. Se os dois princípios da justiça estão evidentes e postos, como é apresentado em *Uma teoria da Justiça*, os indivíduos já estariam armados com uma base comum para pensar e agir racionalmente, independentemente de eles saberem ou não sua posição na sociedade. Contudo, devemos pensar que o contratualismo moral pensado por Rawls é hipotético e, como tal, permite a criação desse enredo artificial, um terreno propício para nossa imaginação filosófica do dever, para re-

fletir racionalmente a possibilidade de uma sociedade justa e equânime nos moldes de um sistema democrático equilibrado. Entendemos que um sistema desse tipo só pode existir se as desigualdades humanas forem diminuídas. Definimos aqui como desigualdade humana toda a forma de distanciamento e antagonismo que impossibilite uma existência humana decente, podendo ser de diversas ordens: moral, política, econômica, social, cultural, dentre outras. Sem dúvidas essas afirmações necessitam de maior tempo de investigação e detalhamento, mas algumas estratégias de discussão, considerando o que foi anteriormente exposto, podem ser apresentadas:

a) Primeiramente os dois autores apresentam propostas éticas voltadas às relações vinculantes entre obrigações e direitos. O reconhecimento de direitos individuais e subjetivos necessita ser a verdadeira luta que sistemas democráticos devem garantir. Suas declarações, constituições e sistemas jurídicos precisam zelar para que esse binômio moral e político possa ser garantido para todos, pois sabemos que algumas exigências à moral comum, aquela de nossas relações cotidianas, não podem ser reconhecidas como suficientes para o reconhecimento intersubjetivo de direitos e obrigações. Assim, democracias devem, antes de salvar seus sistemas econômicos, reconhecer e garantir que a valorização de obrigações e direitos está sendo respeitada.
b) É função da moral e do direito (lei) a garantia dos direitos, bem como a cobrança de suas devidas obrigações. Os indivíduos, aqueles que são sujeitos morais, exigem direitos e, na maioria das vezes, dependem deles para uma vida digna de ser vivida. O argumento aqui é que, dentro desse cenário de sujeitos morais, todo direito precisa valer-se de uma consciência que possibilite entender as obrigações ou os deveres devidos. Os direitos são exigências, são conquistas humanas e precisam ser preservados, ora pelos próprios indivíduos, ao alcance de suas obrigações negativas, ora a pela ação Estado ao lançar mão de suas obrigações positivas. O bom entendimento e

compreensão dos direitos e deveres é o fruto de nossa responsabilidade cidadã, do respeito para com os direitos e deveres dos outros e da liberdade de usá-los e reivindicá-los a qualquer tempo.

c) Desentendimentos morais e políticos são naturais, fazem parte de nossa natureza humana, argumento que muitos utilitaristas defendem. Para nosso propósito, prefiro usar a expressão social e psicologicamente construídos, e esses desentendimentos devem atingir um grau ótimo de entendimento. Inúmeros experimentos sociais e psicológicos demonstram evidências plausíveis de nossa tendência à cooperação. À vista disso, um experimento realizado por Kiley Hamlin, Karen Wynn e Paul Bloom (2007; cf. Greene, 2018, p. 55) com bebês de seis e dez meses, mostrou sólidas evidências sobre julgamentos de valor favoráveis a indivíduos cooperativos em detrimento aos não cooperativos. Podemos ter divergências sobre o melhor sistema tributário, ou se o acesso à saúde deve ser universal e gratuito a todos, ou, ainda, se pessoas têm o direito de escolher entre morrer ou continuar vivendo. É bem provável que não teremos consenso, mas é possível reduzir a distância entre o "nós" e "eles". Pelas linhas de um contrato moral razoável, admite-se que concessões podem diminuir as barreiras que os desentendimentos morais e políticos ocasionam nos sistemas democráticos vigentes. Tudo isso é possível se os agentes privados e públicos possibilitarem o desenvolvimento de atitudes e práticas que motivem o entendimento através de argumentos justificáveis, razoáveis e fiéis à valorização de todos os indivíduos. Pouco se pode fazer se indivíduos, mesmo percebendo que a cooperação e as concessões são fundamentais e que delas dependem o respeito pelos direitos subjetivos dos indivíduos, não apresentam culpa ou vergonha perante o seu egoísmo irresponsável e a sua desonestidade moral.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos.* [Coleção os pensadores]. Trad. De Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril S. A. Cultural, 1984.

ALEXT, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BROWN, W. *Nas ruínas do neoliberalismo*: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. Trad. Mario A. Marino e Eduardo Atheman C. Santos. São Paulo: Filosófica Politeia, 2019

GREENE, J. *Tribos morais:* a tragédia da moralidade do senso comum. Trad. Alessandra Bonrruquer. Rio de Janeiro: Record, 2018.

HAMLIN, J. K. et al. (2007). Social Evaluation by Preverbal Infants. *Nature*, v. 450, nov. 2007, p. 557-559. Doi: 10.1038/nature06288. Disponível em: https://www.nature.com/articles/nature06288#article-info. Acesso em: 12 set. 2023.

HART, H. L. A. Are there any natural rights? In.: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. New York: Oxford University, 1984.

HÖFFE, O. *Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Petrópolis: Vozes, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e Agir comunicativo.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

KANT, I. *Metafísica dos Costumes:* contendo Doutrina do Direito e a Doutrina da virtude. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini (USP). São Paulo: EDIPRO, 2003. E-book.

LODÉA, A. L. Contratualismo Simétrico de E. Tugendhat. *Controvérsia,* São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 103-115, set.-dez. 2013. Disponível em: https://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/view/10168. Acesso em: 14 set. 2023.

LODÉA, A. L. *Contratualismo Simétrico e Direitos Humanos*: a evolução da moral autônoma de Ernst Tugendhat. Curitiba: CRV, 2018.

RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SMITH, A. *The Theory of Moral Sentiments.* São Paulo: Metalibri, 2006. E-book.

TUGENDHAT. E. *Problema da moral.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

TUGENDHAT, E. *Lições sobre Ética.* Petrópolis - RJ: Editora Vozes, 1996.

TUGENDHAT, E. O contratualismo na moral. In.: BRITO, A.N. (Org.). *Ética: questões de fundamentação.* Brasília: Ed. UnB, 2007. p. 37- 46.

Presunção de culpa: uma análise crítica acerca da constitucionalidade da execução automática da pena[1]

Fabrício da Silveira*

Resumo

O presente artigo científico possui como escopo elucidar o aspecto inconstitucional que permeia o instituto da prisão automática do réu, quando condenado à pena maior de 15 anos pelo plenário do Tribunal do Júri. O impasse se estabelece a partir da pré-existência de normas e princípios constitucionais, alémde jurisprudências, incompatíveis com o novel dispositivo. Tal juízo dar-se-á através da análise crítica acerca dos princípios que entornam o tema, mormente a presunção da inocência e a prerrogativa da soberania dos veredictos, das medidas cautelares ampla e historicamente aplicadas no ordenamento pátrio,

[1] Artigo científico apresentado ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do(a) professor Vinicius Francisco Toazza, no ano de 2023.

* Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. <: 179606@upf.br>. Link do currículo na plataforma Lattes: https://wwws.cnpq.br/cvlattes-web/PKG_MENU.menu?f_cod=6D7CDEE5DAC2C7085308CFC2AE275E99#

além de um estudo de caso das decisões jurídicas e teses que envolvem a tragédia da Boate Kiss. Ao final, conclui pela inadmissibilidade da aplicação do artigo 492, inciso I, alínea "e", do Código de Processo Penal, uma vez que fere os princípios da presunção da inocência e da isonomia, além de não ser adequado ao argumento do combate à impunidade, na medida em que não possui fundamento de cunho cautelar e deturpa a garantia da soberania dos veredictos. Ademais, traz evidente desrespeito ao marco temporal do trânsito em julgado, revestindo-se, assim, de inequívoco caráter de antecipação da pena.

Palavras-chave: execução antecipada da pena; inconstitucionalidade; presunção da inocência; prisão preventiva; soberania dos veredictos; tribunal do júri.

Introdução

A Lei 13.964/2019 trouxe ao ordenamento jurídico pátrio diversas alterações ao direito penal e processual penal, dentre elas, a norma constante no artigo 492, inciso I, alínea "e", do Código de Processo Penal. Através dela, foi instituída a execução automática da pena quando fixada em patamar superior a 15 anos, na hipótese de decisão proveniente do corpo de jurados. A partir disso, far-se-á uma análise acerca da constitucionalidade da nova regra.

Isto porque, como se sabe, o princípio da presunção da inocência prega que ninguém será considerado culpado ou tratado como tal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Fundado nisso, surge a discussão acerca da aplicabilidade da execução automática em consagração à prerrogativa da soberania dos veredictos em detrimento da presunção da inocência. Discute-se também acerca da carência de caráter cautelar da decisão que decreta a prisão, na medida em que não se faz qualquer análise do *periculum libertatis* ou da necessidade efetiva da custódia.

A partir disso, deverá ser conceituada e compreendida a instituição do júri, mormente a prerrogativa da soberania dos veredictos. Faz-se imperioso analisar e interpretar a gênese do Princípio da Presunção da Inocência, bem como da prisão preventiva no ordenamento pátrio. Por fim,

deverá ser analisa a normativa que prevê a execução automática da pena, utilizando-se como base teorias sobre princípios e regras.

A presente pesquisa justifica-se em razão da problemática que surge com o advento da execução provisória da pena em detrimento do Princípio da Presunção da Inocência, norma constitucional e tema pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. Sabe-se que o instituto da execução provisória da pena não faz uso dos requisitos assentados para a aplicação da prisão preventiva. Portando, faz-se mister analisar a compatibilidade entre a nova norma e as já estabelecidas e pacificadas no ordenamento pátrio.

Destarte, o trabalho proposto pretende contribuir para o conhecimento jurídico, entendendo tratar-se de um tema academicamente e socialmente relevante, uma vez que a execução provisória da pena vai de encontro às normas constitucionais e infraconstitucionais, violando a presunção da inocência, banalizando um dos maiores bens jurídicos tutelados pelo Estado, isto é, a liberdade.

Para isso, será feita uma análise acerca da natureza e aplicação das medidas cautelares, sobretudo da prisão preventiva. Ainda, analisar-se-á o contexto de aplicação dos princípios da presunção da inocência, da soberania dos veredictos, além do estudo de teorias acerca de eventuais conflitos decorrente entre princípios. Finalmente, o conteúdo desenvolvido será aplicado a um estudo de caso em torno da tragédia da Boate Kiss.

Prisão preventiva: medida cautelar ou pena processual?

Pelo teor do artigo 311 do Código de Processo Penal[2], depreende-se que, quando vislumbrada a necessidade de prisão de determinado réu, o juiz, mediante requerimento ou representação, poderá decretar a prisão preventiva do réu. Nessa toada, a medida poderá ser decretada tanto na fase investigatória quanto no deslinde do processo, inclusive em momento posterior ao da sentença condenatória recorrível, isto é, na fase recursal, caso o magistrado assim entender (LOPES JR, 2017, p. 86).

[2] Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Ainda, faz-se imperioso que toda prisão cautelar seja efetivamente fundamentada e que se dê por ordem escrita de autoridade judiciária competente, em respeito ao Princípio da Motivação, norma contida no artigo 93, IX, da Constituição Federal[3], bem como artigo 315, caput, do Código de Processo Penal[4]. Outrossim, infere-se a necessidade de fundamentação por meio de fatos concretos, evidenciando que a liberdade do réu colocará em risco a instrução criminal ou ainda uma provável condenação penal, não bastando, portanto, simples conjecturas, temores ou suspeitas, tampouco a utilização de repetição dos termos da lei, fórmulas vazias e carentes de amparo em fatos concretos (BADARÓ, 2015, p. 990).

A prisão preventiva será decretada quando vislumbrada sua necessidade, devendo ser pautada sobre a necessidade ou indispensabilidade da medida, que será aferida através de decisão fundamentada do juiz ou tribunal, devendo ter em vista determinada e relevante finalidade (PACELLI, 2021, p. 696). Outrossim, a lei não exige a existência de prova de materialidade ou da existência do crime, mas de qualquer prova que fundamente um juízo de probabilidade quanto à autoridade delitiva.

Cumpre salientar que, conforme nova redação do art. 311, do Código Penal, incluída pela Lei 13.964/2019, a prisão cautelar em apreço não poderá ser decretada de ofício pelo juiz, dependendo de impulso do Ministério Público, do querelante, do assistente ou ainda por representação da autoridade policial, excepcionando-se a conversão da prisão em flagrante para preventiva, bem como quando sobrevierem razões para nova decretação de preventiva já existente em momento anterior. Além disso, avulta-se que previamente ao juízo acerca da decretação da cautelar deverá

[3] Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

[4] Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada

ser ouvida a parte contrária, assim dizendo, o imputado, em consagração aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nessa senda, conforme assevera Aury Lopes Junior (2017, p. 14), a presunção da inocência admite relativização através das prisões cautelares, desde que observada a base principiológica: jurisdicionalidade, motivação, contraditório quando possível, excepcionalidade, proporcionalidade, provisoriedade e provisionaliedade. Por sua vez, Bonavides destaca o princípio da proporcionalidade, cuja função central é resguardar liberdades individuais fundamentais frente ao *jus puniendi*, isto é, o poder punitivo e coercitivo do Estado (2000, p. 359).

Conforme Nucci (2021, p. 992), razoável é a prisão preventiva cujo tempo de duração é o menor possível diante dos fatos e elementos concretos constantes no processo, quais sejam, a complexidade da causa, o número de réus, além no número de processos em tramitação na Vara ou Tribunal, a atuação do juiz e das partes. Por outro lado, a prisão cautelar proporcional é aquela que possui período de duração não excedente aos limites da pena mínima cominada ao delito, tampouco os prazos relativos à concessão de benefícios da execução penal.

Nos termos do artigo 313, do Código de Processo Penal[5], a prisão preventiva é admitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de

[5] Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos:

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; quando houver condenação por outro crime doloso em sentença transitada em julgado; nos crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para fins de garantia da aplicação das medidas protetivas; além do caso em que houver dúvida acerca da identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Aury Lopes Jr. (2022, p. 653), sustenta que na decisão que decreta a prisão preventiva, deve o juiz demonstrar a probabilidade e atualidade do *periculum libertatis*, de modo que se não há a atualidade não existe o risco e portanto a decisão é despida de fundamento. Da mesma forma, a decretação da prisão preventiva só ocorrerá quando houver demonstrada insuficiência e inadequação das medidas cautelares diversas. Nesse sentido, concebe-se que a prisão preventiva é instituto excepcional, assim, mesmo quando presente o *periculum in mora*, só será aplicado se não cabível medida cautelar diversa prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2016, p. 368).

Conforme se depreende do teor do artigo 312, caput, do Código de Processo Penal[6], a prisão somente pode ocorrer quando evidenciada situação de perigo ao meio socioeconômico, à ordem social, ao bom andamento do processo, além de servir como garantia ao *jus puniendi*. Em outras palavras, entende-se que faz-se necessária a evidência do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti*, análise que será feita pelo juiz/tribunal no momento da decretação da medida cautelar.

6 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada

Ao dissertar sobre o *fumus comissi delicti*, Aury Lopes Jr. enfatiza que tal expressão não significa juízo de certeza, mas a probabilidade razoável, sendo a análise do dolo diligência fundamental (2017, p. 90). Deve o juiz analisar todos os elementos integrantes do tipo penal, quais sejam, a conduta humana voluntária dirigida a um fim, presença de dolo ou culpa, resultado, nexo causal e tipicidade (LOPES JR, 2017, p. 91), em que pese a doutrina majoritária dispensar a ilicitude e culpabilidade. Ainda, é necessária a ausência de causas de exclusão da culpabilidade, caso contrário há ausência da fumaça de licitude na conduta.

Nesse sentido, Nucci (2020, p. 996) entende que, para que se torne possível a decretação da segregação preventiva, fazem-se necessários três requisitos mínimos, quais sejam: a prova de existência do crime (materialidade), exigindo-se a certeza da existência do crime; indício suficiente de autoria, traduzindo-se como a fundada suspeita da autoria do delito; e uma das situação descritas no artigo 312 do Código de Processo Penal, isto é, a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal.

Ao analisar-se pormenorizadamente o instituto do *periculum libertatis*, depreende-se que através da ”garantia da ordem pública” fica caracterizado o clamor público. É a expressão do fato que gera evidente abalo social ou grande comoção. Está associada à credibilidade das instituições e da justiça. Ademais, fundamenta-se sob o risco de reiteração das condutas criminosas, isto, é, a busca pela proteção da sociedade, da paz social, da ordem estabelecida (LOPES JR, 2017, p. 171/172). Segundo Nucci (2020, p. 996), a garantia da ordem pública fundamenta-se sob três pilares básicos, quais sejam, a gravidade concreta da infração, a repercussão social e a periculosidade do agente.

Por sua vez, a “garantia da ordem econômica”, em que pese sua similaridade com a “garantia da ordem pública”, é caracterizada pela existência de risco de práticas reiteradas que gerem perdas financeiras vultosas, estando relacionada aos delitos patrimoniais/econômicos, como a lavagem de dinheiro. Traduz-se como instrumento de defesa contra ações

que coloquem em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou ainda o mercado de ações e valores (LOPES JR, 2017, p. 173).

Já a conveniência da instrução criminal guarda relação com o risco efetivo para a instrução, bem como à coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja por destruição de documentos ou alteração do local do crime, ou ameaça, constrangimento ou suborno de testemunhas, vítimas ou peritos. Pode ter por causa a existência de ameaça ou intimidação ao juiz ou promotor do processo. Contudo, veda-se a instrumentalização do investigado, isto é, não se admite a prisão do réu para forçar algum ato probatório, tais como acareação ou reconhecimento, uma vez que o sujeito passivo não é visto como objeto de prova, sendo o interrogatório, em essência, um momento de defesa pessoal, sob pena de violação ao *nemu tenetur se detegere* (LOPES JR, 2017, p. 174/175).

Segundo Nucci (2011, p. 396), dentre os previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, a garantia da ordem pública é o mais abrangente dos requisitos, tendo a garantia da ordem econômica como um gênero, calcando-se em pontos básicos, tais como a periculosidade do agente, a gravidade do fato e a repercussão social. Por sua vez a conveniência da instrução criminal visa assegurar o equilibro do devido processo legal, compreendendo a colheita de provas de modo geral. Ademais, a garantia da aplicação da lei penal nada mais é do que garantia concretização do *jus puniendi*, utilizando-se, *exempli gratia*, por meio da aplicação das medidas cautelares, tais como a prisão cautelar.

Outrossim, admite-se a prisão preventiva como fundamento a garantia da aplicação da lei penal, de modo a evitar a fuga. Contudo, o risco de fuga não pode decorrer de presunção, exigindo-se a presença de circunstâncias concretas. Desse modo, não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. Ademais, é necessária a atualidade do perigo, não pode ser passado, tampouco futuro e incerto o *periculum libertatis*. Se não existe a atualidade do risco, não existe *periculum libertatis* e a prisão preventiva é despida de fundamento

Nucci (2011, p. 28) acentua o vínculo existente entre as medidas cautelares a proporcionalidade, na medida em que se faz necessário analisar o caso concreto e seu autor, de modo a aplicar a medida cautelar mais adequada, evitando-se uma padronização na aplicação da sanção penal e atingindo uma lídima individualização da pena. Assim, percebe-se que as medidas cautelares não devem ser decretadas na ausência de necessidade e adequação.

Em crítica ao instituto da prisão cautelar, Ferrajoli (apud LOPES JR, 2011, p. 68), assevera que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando em caráter de prevenção geral e especial e retribuição. Aury Lopes Jr., por sua vez, considera a prisão cautelar a consagração do primado das hipóteses sobre os fatos, haja vista que prende-se para investigar, na medida em que a maneira correta seria antes investigar e diligencias, para posteriormente prender, uma vez que devidamente demonstrados o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* (2012, p. 30).

Por fim, cumpre asseverar que, nos termos do artigo 313, §2°, do Código de Processo Penal[7], a prisão preventiva não será admitida como instrumento de antecipação de pena. Isto porque, conforme já explanado, a prisão em tela reveste-se de caráter cautelar, devendo ser decretada em *ultima ratio*, quando impossível aplicação de medida cautelar mais branda (artigo 282, §6º do Código de Processo Penal[8]) e desde que presentes os requisitos e fundamentos legais, inclusive em respeito ao Princípio da motivação das decisões judiciais.

O inconstitucional cumprimento antecipado de pena

A Lei n° 13.964/2019 trouxe diversas modificações e inovações que alteraram sensivelmente o processo penal brasileiro. Dentre as altera-

[7] § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia

[8] § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

ções, a nova norma incluída no artigo 492, inciso I, alínea "e", do Código de Processo Penal[9], que instituiu a possibilidade de execução antecipada da pena. Isso ocorre nos casos em que a decisão proveniente da Corte Popular constitui condenação à pena em patamar superior à 15 anos.

A exceção à regra reside nos parágrafos 3°, 4°, 5°[10] do mesmo artigo, ao prever que caso vislumbrada situação substancial com força de plausibilidade de revisão da decisão, o juiz poderá deixar de executar antecipadamente a pena. Ademais, de regra o recurso não possuirá efeito suspensivo, salvo quando evidenciada a ausência de propósito meramente protelatório ou quando vislumbrada causa que pode levar a absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou ainda redução da pena aplicada para patamar inferior a 15 anos.

A execução provisória da pena quando maior de 15 anos proveniente da Corte Popular surge como argumento de combate à impunidade. A alteração promovida pela Lei 13.964/2019 justifica-se pela aplicação do princípio da soberania dos veredictos, prerrogativa conferida constitucionalmente ao corpo do júri. De acordo com o ministro Dias Toffoli, durante fundamentação exarada no RE 1.235.340/SC, a soberania dos veredictos confere caráter de intangibilidade quanto ao mérito da decisão dos jurados. Assim, entende que, considerando que em sede revisional não há a

[9] Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

[10] § 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea *e* do inciso I do **caput** deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

possibilidade de substituir a decisão proferida pelo júri, a nova normativa não afronta a presunção da inocência.

O dispositivo em tela está em questionamento no Supremo Tribunal Federal através do RE 1.235.340, com repercussão geral reconhecida. No momento em que o presente artigo é redigido, foram proferidos os votos dos Ministros Roberto Barroso (Relator), Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Carmem Lúcia e André Mendonça pelo conhecimento e provimento ao recurso extraordinário para negar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, isto é, voto favorável a execução antecipada da pena, sendo proposta a fixação da tese (tema 1.068 da repercussão geral): *"A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada"*.

Já pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, que antecipou seu voto, foram proferidos votos contrários, negando provimento ao recurso extraordinário de forma a manter a vedação à execução imediata da pena pelo Tribunal do Júri, com a seguinte tese: "A Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (art. 8.2.h), vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados".

Ainda, pelo Ministro Edson Fachin foi proferido voto médio, discordando da maioria dos cinco, porém também em discordância com a minoria dos três. Sustentou a possibilidade de prisão automática, contudo somente quanto a pena é aplicada em patamar superior a 15 anos. Na sequência, em que pese já haver maioria formada, houve o pedido de destaque do processo pelo Ministro Gilmar Mendes.

Nessa senda, Souza e Leonardi (2021, p. 265/266) sustentam que a impossibilidade de execução direta das decisões do Tribunal do Júri ca-

racteriza afronta ao princípio da soberania dos veredictos, além de causar a ineficácia da persecução penal, causando maiores sentimentos de injustiça e impunidade à sociedade. Sendo assim, as decisões dos jurados não tolerariam limites, devendo a sua vontade ser cumprida imediatamente.

Noutra lógica, Aury Lopes Jr. (2021, p. 934), entende que a execução provisória da pena viola a presunção da inocência, uma vez que executa a sanção de forma antecipada ao trânsito em julgado, esgotando o estado de inocência do réu. Do mesmo modo, afirma (2021, p. 934) que a normativa é conflitante com o art. 313, §2°, do Código de Processo Penal, o qual prevê que a prisão preventiva não será usada com fins de antecipação de pena. Ainda, assevera que, tanto a soberania dos veredictos, quanto a própria instituição do júri, não podem ser usados em prejuízo do réu, haja vista que se tratam de garantias e direitos individuais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, através das ADCs 43, 44 e 54, julgadas no ano de 2019, nas quais foi relator o Ministro Marco Aurélio, fixou a tese de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal[11], ao estabelecer como condição do início do cumprimento da pena o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em respeito ao princípio da presunção da inocência previsto no artigo 5°, inciso LVII, da Constituição Federal e, desse modo, não admitindo a execução da sanção de forma provisória.

Ressalta-se ainda, que da decisão condenatória do júri, cabe apelação, com fulcro no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, ocorrendo o efeito devolutivo de forma vinculada aos fundamentos exarados no recurso de apelação, cuida-se do *tantum devolutum quantum appellatum*, em consonância com a Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal[12]. (LOPES JR, 2021, p. 1118). Há de se lembrar que o juiz presidente, ao vislumbrar a plausibilidade do recurso interposto, bem como a possibilidade

[11] Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

[12] O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

de provimento, pode deixar de executar antecipadamente a pena. Nessa lógica, em caso de provimento do recurso de apelação, ocorre a remessa para novo julgamento por novo corpo do júri, em consonância com a prerrogativa da soberania dos veredictos.

Além disso, trata-se de execução antecipada de julgamento em 1° grau, sem qualquer natureza cautelar (LOPES JR, 2021, p. 644). Destarte, o fato de a instituição do júri ser colegiada não afeta a colocação como órgão de 1° grau. Por conseguinte, a prisão obrigatória não faz qualquer análise acerca da necessidade de prisão antecipada, isto é, não se reveste de cautelaridade, dado que não faz qualquer análise acerca do *periculum libertatis* ou da efetiva necessidade da prisão, ressaltando-se ainda, a possibilidade de anulação do julgamento em sede de apelação.

Na mesma linha de raciocínio, Paulo Queiroz (2020, Online) afirma que a execução obrigatória da pena fere a isonomia no tratamento penal, dado que a execução em discussão engloba apenas os crimes dolosos contra a vida julgados pela competência do júri. Desse modo, *verbi gratia*, no delito de latrocínio, tipo penal que possui pena máxima cominada em trinta anos de reclusão, não há qualquer previsão acerca da execução obrigatória da pena, devendo ser observada a necessidade e adequação de eventual prisão cautelar.

A previsão da prisão automática fere o reexame obrigatório da preventiva a cada 90 dias, conforme artigo 316, §ú, do Código de Processo Penal, sendo que, decorrido o referido prazo, a prisão torna-se ilegal, devendo ser relaxada. Ainda, ressalte-se que o reexame é obrigatório e independe de requerimento das partes. Ademais, faz-se necessário que a decisão seja fundamentada, ou seja, não basta uma mera reiteração dos termos da decretação (QUEIROZ, 2020, Online).

Ainda Paulo Queiroz (2020, Online), assevera que os critérios para a prisão obrigatória são manipuláveis, além de incompatíveis com o princípio da legalidade penal, mormente a pena aplicada pelo juiz-presidente. Ademais, o jurista estabelece que a condenação não possui ligação necessária com a culpabilidade do réu, na medida em que a culpabilidade diz

respeito a prova produzida em Juízo e com sua consequente valoração, nada tendo a ver com o total de pena aplicado. Finaliza dizendo que a gravidade do crime não é condição suficiente para a decretação e manutenção da prisão cautelar, em que pese ser condição necessária.

Na mesma linha, Renato Marcão (2021, p. 459) concebe ser inconstitucional a execução provisória da pena contida no artigo 492, inciso I, alínea "e", do Código de Processo Penal, uma vez que já há entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, quando ausentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, e houver sentença sem trânsito em julgado, não é constitucional a execução provisória da pena.

Esse também é o entendimento de Nucci (2022, p. 918), segundo o qual não poderá o juiz decretar a prisão tendo por base exclusivamente a pena aplicada, em sentido semelhante ao do Supremo Tribunal Federal ao vedar a execução antecipada da pena. Assim, só é possível a prisão em tela quando presentes os requisitos da preventiva constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Outrossim, cumpre salientar que a alteração trazida ao artigo 492, inciso I, alínea "e" do Código de Processo Penal, pela Lei 13.964/2019 estabeleceu a execução antecipada das penas nos casos de condenação a pena igual ou superior a 15 anos como regra, visando o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal. Contudo, evidencia-se ser incabível, ou inválida, tal modificação ao sistema jurídico brasileiro, na medida em que contraria as disposições constitucionais, notadamente a presunção da inocência (SANTOS; NASCIMENTO, 2021, Online).

Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1441), assevera que o Tribunal do Júri, diversamente dos demais órgãos do poder judiciário que estão previstos no Capítulo do Poder Judiciário, a saber os artigos 92 a 126 da Constituição Federal, está inserido no rol de Direitos e Garantias Individuais e Coletivos (artigo 5°, XXXVIII da Constituição Federal), o que se justifica por se tratar de uma garantia de defesa do cidadão em face às

arbitrariedades do poder estatal, na medida em que é julgado por "semelhantes".

Pela soberania dos veredictos, diz-se que as decisões provenientes do Tribunal Popular não podem ser alteradas no seu mérito por Juízo *ad quem*, ou seja, não há a possibilidade de alteração do teor da decisão por qualquer outro tribunal em grau de recurso. Contudo, não significa dizer que das decisões do júri não incida a recorribilidade, ou que sejam definitivas. Isso porque, em que pese não poder alterar o mérito da decisão, o Tribunal *ad quem* poderá cassá-la, determinando a remessa a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, isso nos termos do artigo 593, inciso III, alínea "d", e §3° do Código de Processo Penal (LIMA, 2020, p. 1445).

À vista disso, Pacelli (2021, p. 940), defende a compatibilidade entre a soberania dos veredictos com os demais princípios, mormente o duplo grau de jurisdição, notadamente pelo fato de o Tribunal Popular ser composto de pessoas leigas e, portanto, mais suscetíveis a erros no sopesamento dos fatos e provas coligidas. Nesse sentido, a soberania da decisão do Júri deve ceder perante a garantia mínima da interposição de recurso, máxime no contexto da possibilidade da execução antecipada da pena.

Por fim, faz-se mister relembrar o antigo art. 393, do Código de Processo Penal[13], revogado, em razão da manifesta afronta ao preceito constitucional da presunção da inocência. A norma trazia dissociação no processo penal garantista e democrático, ao passo em que previa como efeitos da sentença recorrível a prisão, ou sua conservação, bem como o lançamento do nome do réu no rol de culpados. Ademais, vislumbra-se que o projeto do novo CPP – PL 8045/2010, não traz em suas hipóteses a prisão antecipada da pena proveniente do júri, evidenciando a contestabilidade da norma em discussão, senão seu completo anacronismo.

[13] Art. 393. ~~São efeitos da sentença condenatória recorrível:~~ (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).~~I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.~~ (Decreto-lei n° 3.689/41).

Justiça e equilíbrio: a necessária ponderação entre os princípios da presunção da inocência e soberania dos veredictos

Sabidamente, o tribunal do júri, ou Tribunal Popular, é o órgão competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Composto por um juiz presidente e vinte e cinco jurados, dentre os quais sete são sorteados para compor o conselho de sentença, tendo a atribuição de decidir sobre a matéria de fato. Possui previsão no art. 5° da Carta Magna[14], segundo o qual a instituição reveste-se pelos princípios da plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e, como supramencionado, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Pela prerrogativa da plenitude de defesa, entende-se que nenhum réu participará da audiência sem estar amparado pela defesa técnica. Nesse sentido, inevitável a correlação com o princípio da ampla defesa. Segundo Fernando Capez (2016, p. 676), a plenitude de defesa possui sentido diverso do princípio da ampla defesa, vez que possui maior abrangência, apresentando duas facetas: a defesa técnica, consistente na defesa através de defensor constituído ou nomeado, e a autodefesa, que ocorre pelo próprio réu, máxime durante o interrogatório.

Por sua vez, a garantia do sigilo das votações consiste em um meio garantidor da manifestação livre, clara e precisa dos jurados. Por meio do sigilo, o jurado, pessoa civil e, por consequência, desacostumada com as pressões da lide, poderá manifestar sua decisão de forma livre e consciente, sem medo de sofrer qualquer represália. Desse modo, a prerrogativa visa evitar que se exerça qualquer pressão sobre a votação dos jurados (RANGEL, 2018, p. 76)

Outrossim, a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida traduz um meio de se garantir a realização da democracia em sua plenitude, ao colocar na mãos de civis a decisão em torno

[14] Art. 5º: XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (Constituição Federal de 1988).

de um crime contra a vida, o maior bem jurídico tutelado pelo Estado. Segundo Lênio Streck (2001, p. 146), o júri é o ponto cabal para a democratização da justiça, deste modo, a transformação do júri em instrumento de soberania popular passa pela participação popular em sua amplitude.

Finalmente, pela soberania dos veredictos, entende-se que a decisão do júri é soberana, isto é, não poderá ser modificada por nenhum juiz togado. Tal preceito, surge com a intenção de tornar firme e segura toda e qualquer decisão proferida pelos jurados. Assevera Nucci (2022, p. 85), que a soberania dos veredictos compreende o cerne do Tribunal do Júri, na medida em que lhe confere efetivo poder jurisdicional, isto é, o veredicto goza de supremacia, sendo a última voz a ecoar na decisão.

Contudo, cumpre ressaltar, que da decisão do júri que manifestamente contrariar provas dos autos, caberá a anulação do julgamento, ensejando novo julgamento pelo júri. Nesse sentido, o juiz togado apenas possui poder para anular o júri, não para proferir nova decisão. Assim, conforme pontua Walfredo C. Campos (2018, p. 8) o mandamento da soberania dos veredictos é endereçada ao juiz presidente, o qual não poderá proferir sentença contrária ao já decidido por deliberação pelos jurados. Consoante Nucci (2012, p. 674), o respeito à decisão do júri significa a perda de parte do poder jurisdicional pelo juiz togado, que deverá apenas fiscalizar e corrigir eventuais excessos e abusos, sem, contudo, modificar o cerne do conteúdo decisório, isto é, não fazendo qualquer juízo de valor acerca da justiça ou injustiça que permeia a decisão.

Fernando Capez (2022, p. 241) acentua a relatividade do princípio da soberania dos veredictos, na medida em que não possui condão de excluir a recorribilidade das decisões, mas que, no entanto, limita o recurso às eventuais anulação da decisão e remessa para novo julgamento, o que chama de juízo rescindente, ou *judiciu rescindem*. Na sequência, defende a possibilidade de alteração do *meritum causae* em razão da revisão criminal, tendo como corolário o princípio maior da verdade e da plenitude defesa.

Desse modo, conclui-se pela imprescindibilidade da soberania dos veredictos, estando atrelada à própria existência e efetividade do Tribunal do Júri, na medida em que os jurados, e por conseguinte as decisões do júri, estão desjungidas de qualquer juízo formas de direito, mas sim da íntima convicção, ou análise racional, daqueles que são despidos de qualquer prática jurídica (AZEVEDO, 2007, p. 59).

Contudo, faz-se mister salientar, em consonância com o observado por Aury Lopes Junior (2021, p. 934), que a prerrogativa da soberania dos veredictos expressa-se como uma garantia dos jurados, estando a serviço do réu, na medida em que nenhum juiz togado poderá alterar o mérito da matéria já deliberada pelo corpo do júri. Em outras palavras, a prerrogativa atua como garantia de independência dos jurados, no intuito de dar força e validade aos veredictos, todavia não podendo ser aplicada em detrimento do acusado.

Nessa senda, imperioso que se faça uma análise acerca do conflito que surge da aplicação da prerrogativa da soberania dos veredictos em grau máximo, prerrogativa que atua como garantia fundamental que visa proteger a imparcialidade do julgamentos e a imparcialidade das decisões judiciais do corpo de jurados, em detrimento do princípio da presunção da inocência, corolário base do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica como um todo.

Conforme enunciava Cesare Beccaria (2014, p. 34), em seu clássico *Dos delitos e das penas*:

> Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado.

Nesse sentido, a presunção da inocência traduz-se em um princípio por meio do qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5°, LVII, Constituição Fe-

deral[15]). Cuida-se de prerrogativa constitucional, debatida e pacificada pela corte suprema. Segundo André Ramos Tavares (2020, p. 903), a presunção da inocência está intimamente relacionada Estado Democrático de Direito, de modo que, caso assim não fosse, estaríamos fadados ao integral e genuíno arbítrio estatal.

A presunção da inocência surge como instrumento apto a impedir a criação de presunções absolutas de culpabilidade e criminalização (BARBAGALO, 2015, p. 71). Outrossim, conforme assevera Barbagalo (2015, p. 88), o princípio da presunção da inocência possui duplo papel, qual seja, o de garantir que as dúvidas suscitadas a partir das provas atuem favoravelmente ao imputado (*in dubio pro reo*), e o intelecto de se aplicar medidas cautelares apenas em regime de exceção (*favor libertatis*). Em sentido próximo, Nucci (2011, p. 36) preceitua que em respeito à intervenção mínima do Estado, as medidas cautelares e, portanto, o estado de inocência só deve ser alterado quando relevantes os delitos.

Já para Fernando Capez (2016, p. 117), o preceito em tela possui três desdobramentos que consistem na presunção de não culpabilidade durante a instrução processual, de forma a inverter o ônus da prova; na valoração da prova em favor do acusado quando haja dúvidas acerca da mesma, ou seja, o *in dubio pro reo*; e como paradigma de tratamento durante o curso do processo, mormente no que concerne à análise de eventual prisão processual. Nesse sentido, a Súmula 9 do Supremo Tribunal de Justiça[16].

Fato é que a presunção da inocência não é apenas uma prerrogativa de tratamento ao réu, mas um pilar da ordem jurídica. Assim, sentencia James Goldschimidt (Apud LOPES JR, 2017, p. 26), ao afirmar que se o processo penal age como um termômetro existente entre os elementos autoritários ou democráticos de um sistema constitucional, então será a presunção da inocência o ponto de maior tensão entre estes.

[15] Art. 5°, LVII: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

[16] A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Feitas as considerações acerca do âmago de cada prerrogativa, é necessário que o juízo de valor se dê através da aplicação de teorias principiológicas. Por esse ângulo, Robert Alexy (2008, p. 90/91), em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", assevera que os princípios são "mandados de otimização", isto é, caracterizam-se como ordens que determinam a realização de algo em sua maior medida possível, respeitados limiares jurídicos e fáticos. Desse modo, os princípios possuirão sempre um cumprimento gradual, podendo ser satisfeitos em graus diversos.

Adiante, Alexy (2008, p. 92/94) afirma que na eventualidade de uma colidência entre princípios, um deles deverá ceder. No entanto, diferentemente como o que ocorre no conflito entre regras, ocasião em que alguma será invalidada ou excepcionada, no contexto dos princípios ocorrerá uma preponderância, na medida em que entre eles existem pesos díspares, devendo o mais pesado sobressair. Deverá, portanto, haver um juízo de ponderação diante do caso concreto.

Nesse sentido, não paira sobre os princípios um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie* (2008, p. 103). Os princípios não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas, sendo que suas razões podem ser afastadas por razões antagônicas, isto é, a forma de determinação da relação entre razão e contrarrazão não é determinada pelo princípio.

Desse modo, o autor (ALEXY, 2008, p. 116/117) formula a "lei da colisão", segundo a qual a natureza dos princípios é refletida como mandados de otimização, ou seja, a priori não há relação absoluta de precedência e a posteriori, sua referência a ações e situações não são quantificáveis. Conclui ainda, que a natureza dos princípios implica a máxima proporcionalidade em sua três dimensões clássicas, quais sejam, a da adequação (a melhor medida deve ser adotada), da necessidade (a medida menos gravosa deve ser adotada) e da proporcionalidade em sentido estrito (se dá através da ponderação, isto é, análise de vantagens e desvantagens).

Na mesma esteira do acima exposto, surgem diversos posicionamentos doutrinários. Assim, conforme sentencia Barbagalo (2015, p. 89), o

estado de inocência possui relatividade, isto é, trata-se de prerrogativa *juris tantum*, na medida em que deve ser sopesada em face de outros princípios, podendo-se inclusive excetuar-se o estado de liberdade do indivíduo através da decretação da prisão preventiva, desde que preencha os requisitos e seja devidamente fundamentada.

Por outro lado, Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 1656/1657), chama atenção acerca da relatividade garantia da soberania dos veredictos, ao passo em que deve ser atenuada em face aos direitos fundamentais quando há possível prejuízo ao sentenciado em eventual decisão revestida de injustiça. Nessa senda, as garantias constitucionais da liberdade e dignidade da pessoa, além da plenitude de defesa, possuem peso maior do que a prerrogativa da soberania, o que enseja a revisão e suprimento das falhas existentes na decisão. Afirma ainda, que o Júri, sendo uma instituição criada em prol do réu, não poderia ser utilizada como instrumento de prejuízo.

Nesse mesmo sentido, pontua José Frederico Marques (1963, p. 54/55):

> A soberania dos veredictos não pode ser atingida, enquanto preceito para garantir a liberdade do réu. Mas, se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentado algum se comete contra o texto constitucional. Os veredictos do júri são soberanos enquanto garantirem o jus libertatis. Seria incoerente, devido a isso, manter essa soberania e intangibilidade quando se demonstra que o júri condenou erradamente.

Possível concluir, portanto, que a instituição do Júri possui a prerrogativa da soberania dos veredictos como substancial à sua própria existência. Entretanto, deve possuir limitações, de modo a obstar a instrumentalidade da instituição do Júri em detrimento da justiça. Ainda, deve-se ressaltar que as supracitadas limitações não possuem condão de deteriorar a instituição do Júri, tampouco usurpar-lhe a credibilidade, mas reforça seu caráter democrático e garantista dentro do sistema jurídico nacional (SILVA, 2018, p. 33).

Da tragédia à pena automática: Uma análise crítica do Caso da Boate Kiss

Em 13 de dezembro de 2021 encerrou-se o julgamento do famigerado "caso Boate Kiss[17]". Imputados nas sanções do delito de homicídio doloso e tentativa de homicídio pelo incêndio em casa noturna que resultou na morte de 242 pessoas e mais de 600 feridos no ano de 2013, após condenação perante o Conselho de Sentença, os réus Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Luciano Augusto Bonilha Leao e Marcelo de Jesus dos Santos foram condenados, respectivamente, às penas de 22 anos e 06 meses, 19 anos e 06 meses e 18 anos de reclusão, em regime inicial fechado (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Online).

Após deliberação do júri, o juiz presidente Orlando Faccini Neto, ao fixar as penas definitivas em patamar superior a 15 anos, entendeu por decretar a execução imediata da pena, em conformidade com a normativa do art. 492, inciso I, alínea "e", do Código de Processo Penal. Em vias de fundamentação, asseverou que a decisão em tela tem via de apelo restrita, possuindo imutabilidade pelo Tribunal, em consonância com a soberania dos veredictos, tal qual a própria natureza da Corte Popular. Outrossim, ressaltou que eventual recurso apelação não possui efeito suspensivo, somente devolutivo. Dentre as razões, aduziu que, a execução imediata faz-se necessária diante da premência pela celeridade como resposta penal, de forma a consagrar a justiça como instrumento de prevenção e satisfação social.

Sem embargo, simultaneamente à prolação da sentença, pelo advogado Jader Marques, defesa de Elissandro, foi impetrado o Habeas Corpus preventivo Nº 70085490795, com fim de determinar a suspensão da decisão de execução imediata da pena. A liminar foi deferida pela 1ª Câmara Criminal do TJ/RS, com efeito estendido aos quatro réus, de forma suspender a execução imediata das penas.

[17] Incêndio ocorrido no dia 27 de janeiro de 2013 na Boate Kiss, casa noturna localizada na cidade de Santa Maria no Rio Grande do Sul, onde 242 pessoas foram mortas e outras 636 restaram feridas

Dentre os fundamentos exarados pelo Des. relator Manuel José Martinez Lucas, sustentou-se a relatividade da soberania dos veredictos, em virtude da possibilidade de desconstituição ou nulidade da decisão, colacionando precedentes das 5ª e 6ª Turmas que demonstram a pacificidade de entendimento pela inadmissibilidade da execução automática da pena decorrente do júri, sob pena de violação da presunção da inocência. Ademais, pontuou pela desnecessidade da decretação da preventiva naquele momento, eis que os réus encontravam-se em liberdade desde 2013, momento em que foi concedido o Habeas Corpus, sem que houvesse qualquer comprometimento à ordem e à segurança pública.

Incontinenti, pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul foi interposto pedido de suspensão de liminar, diretamente ao Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, contra a decisão proferida pelo Des. Manuel no Habeas Corpus Nº 70085490795. Em seus fundamentos, argui-se que, proferida decisão pelo Conselho de Sentença, resta preclusa qualquer discussão acerca da autoria e materialidade do delito, possibilitando a execução imediata da pena, em consagração à soberania dos veredictos. Desse modo, requereu o reestabelecimento da decisão proferida pelo Juiz Orlando Faccini Neto, de modo a evitar o risco à ordem pública.

Pelo Ministro Luiz Fux, através da SL 1504 MC / RS, considerou-se demonstrado risco à ordem e segurança pública pela decisão impugnada. Em seus fundamentos, sustentou a impossibilidade de reapreciação de fatos e provas pelo Tribunal. Ademais, afirmou que o recurso interposto contra sentença do Tribunal Popular carece de efeito suspensivo, o que enseja a imediata execução da pena imposta. Além disso, reafirmou a prevalência da soberania dos veredictos, inclusive diante do interesse público na execução e face ao risco gerado à ordem e segurança pública.

Por tais razões, restou deferida a liminar, de modo a suspender os efeitos do Habeas Corpus e, *ipso facto*, a execução imediata da decisão proferida pelo Tribunal Popular, em consonância com o mandamento do art. 492, §4°, alínea "e" do Código de Processo Penal. Ato contínuo, durante julgamento do mérito do Habeas Corpus, mais uma vez, após in-

terpelação direta do MP/RS ao Ministro Fux, deferida a medida liminar impedindo a concessão da ordem.

Irresignada, a Defesa de Elissandro recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Dentre os argumento exarados, alega que, tendo o MP/RS entrado com pedido de suspensão de liminar diretamente ao Ministro Presidente do STF, inverteu-se a ordem jurídica e violou-se a Constituição Federal, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que impedidos os efeitos da concessão do remédio constitucional. Ademais, argui que a decisão do Ministro fere o princípio do juiz natural, dado que a competência para julgamento da ordem é dos desembargadores. Grosso modo, aduz o ferimento à presunção da inocência, bem como ao duplo grau de jurisdição. Alega ainda que a prisão automática da decisão do júri fere o princípio da irretroatividade da lei, haja vista que a lei 13.964/2019 é posterior ao fato, ocorrido no ano de 2013.

Desse modo, a defesa composta pelos advogados Rodrigo Faucz Pereira e Silva e Jader da Silveira Marques (2021, p. 20, Online) finaliza o pleito sustentando que:

> Considerando que diversos juízes de primeiro grau, bem como o próprio Ministro do STF desrespeitam sistematicamente a regra de irretroatividade, requer que a CIDH solicite ao Estado que suspenda imediatamente tal prática, sob pena de que as violações se perpetuem, afetando um número elevado de restrições indevidas de liberdade. Assim, independentemente da bem demonstrada violação da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição, no presente caso, a execução imediata da pena colide com barreira insuperável: em nenhuma hipótese poderá incidir em relação à fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, ou seja, anteriores a 23 de janeiro de 2020.

Face a todo o acima exposto, forçoso concluir que o respeito à presunção da inocência é, inequivocamente, é a medida que mais faz jus ao Estado Democrático de Direito. É necessário o reconhecimento da soberania dos veredictos como base existencial do Tribunal do Júri, na medida em que torna os veredictos invioláveis em seu conteúdo, contudo não se pode aplicá-la de modo a romper o estado de inocência do acusado, sob pena de violação ao Estado Democrático de Direito e tudo aquilo que foi pacificado

pelos Tribunais Superiores, mormente acerca da inviolabilidade da presunção da inocência após segunda instância.

Ademais, adotando por base a teoria dos princípio de Robert Alexy, pontua-se que, no sopesamento entre a presunção da inocência e a soberania dos veredictos, aquela é a que mais pesa. Isso porque, de um lado fala-se em uma prerrogativa que garante a existência do Tribunal Popular, instrumento de soberania popular e democracia, mas que em nada seria prejudicada pela não aplicação imediata da sentença aos condenados, uma vez que a imutabilidade da decisão permanece. E por outro lado, falamos de princípio que garante o direito de liberdade de um cidadão enquanto não houver o transito em julgado de decisão que o condenou e que, não sendo aplicada em sua máxima, implicaria em notório dano pessoal e social.

De forma a evidenciar o dano potencialmente causado com a aplicação automática da pena, destaque-se que durante julgamento da apelação criminal n° 5123185-30.2020.8.21.0001/RS na data de 03 de agosto de 2022, após votação vencida por 2 a 1, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu a nulidade do júri que condenou os réus Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Luciano Augusto Bonilha Leao e Marcelo de Jesus dos Santo. Isto porque, dentre os motivos, houve descumprimento das regras para formação do Conselho de Sentença, uma vez que foram realizados três sorteios de jurados, com excesso de número de jurados, tendo o último sido realizado quatro dias úteis antes do julgamento, em detrimento do disposto no artigo 433, §1°, do Código de Processo Penal, além de que alguns jurados já haviam participado de Conselho de Sentença recentemente, trazendo a figura do jurado profissional.

Ainda, dentre as preliminares de nulidade acolhidas, encontra-se o ato da reunião ocorrida entre o magistrado presidente com os jurados, sem a presença dos advogados, nem qualquer registro do seu conteúdo. Ademais, entendeu-se pela inadequação da quesitação, haja vista que a forma como que foram construídas pelo juiz dificultou a compreensão dos

jurados, mormente acerca da distinção entre dolo eventual e culpa consciente, além de utilizar de elementos fáticos já excluídos no julgamento do RSE. Por fim, entendeu-se que a maquete virtual juntada pelo Ministério Público juntado no prazo pelo artigo 497 do Código de Processo Penal, porém inacessível às partes. Violação do artigo 478, o direito ao silêncio dos acusados. Questão do acesso por meio do Ministério Público aos sistemas de consultas integradas, os quais não estão disponíveis aos advogados, evidenciado a disparidade de armas.

Deste modo, e de forma a tornar evidente a relatividade dos veredictos, na medida em que, não podendo ser alterado o seu teor decisório, é passível de desconstituição em grau de recurso, decidiu-se pela nulidade do julgamento com fulcro no artigo 593, inciso III, "a", do Código de Processo Penal, e no momento em que o presente artigo é redigido, os réus encontram-se em liberdade, aguardando-se a realização de novo júri. Tal situação, demonstra a vulnerabilidade da aplicação do instituto da execução automática da pena, à proporção em que ainda se discute o reconhecimento da culpa eventual no caso Boate Kiss, o que poderia ensejar a condenação por homicídio culposo, e por consequência, a não sujeição dos denunciados ao regime fechado e as penúrias nele intrínsecas.

Considerações finais

Diante dos fundamentos supra expostos, denota-se que a novel previsão do artigo 492, inciso I, alínea "e", do Código de Processo Penal, fere o princípio constitucional da presunção da inocência, na medida em que desconsidera totalmente o trânsito em julgado da sentença condenatória, constituindo ainda, forma de cumprimento antecipado da pena, circunstancia vedada no ordenamento pátrio. Do mesmo modo, traz prejuízo à isonomia de tratamento, uma vez que os delitos que não forem de competência do júri popular, ainda que punidos com pena de prisão igual ou maior de 15 anos, não possuem qualquer previsão de execução automática da pena.

Ainda, percebe-se que o argumento da soberania dos veredictos não se sustenta, uma vez que se trata de prerrogativa dos jurados, não podendo servir como hipótese causadora de prejuízo ao réu e base para execução antecipada da pena e, por consequência, contrária aos preceitos constitucionais e processuais. Nessa senda, tal prerrogativa também não ampara a necessidade de se evitar a impunidade, na medida em que os institutos da prisão temporária e, sobretudo, a prisão preventiva, existem para tal fim, sendo inclusive, institutos revestidos de maior segurança, uma vez que partem de uma análise do *periculum libertatis* do réu.

Assim, tendo como cerne a teoria principiológica de Robert Alexy, na hipótese da colidência entre o princípio da presunção da inocência e a prerrogativa da soberania dos veredictos, deverá haver a preponderância daquele que é considerado mais importante dentro de cada caso concreto, de modo a não suprimir integralmente qualquer um dos preceitos, mas aplicá-los na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Adiante, da análise do caso da Boate Kiss percebe-se a perniciosidade contida no instituto da execução automática da pena, tendo em vista que, em se tratando de árdua discussão acerca da configuração de dolo eventual e culpa consciente na conduta dos réus, houve a desnecessária prisão dos mesmos no período compreendido entre a prolação da sentença e a sua desconstituição em grau recursal, causando danos irreparáveis. Tal situação fica ainda mais grave ao se constatar a aplicação de lei penal mais gravosa à fato pretérito, isto é, trata-se de uma *novatio legis in pejus*.

Deste modo, em respeito ao Estado Democrático de Direito, bem como as prerrogativas inerentes aos sujeitos passivos do processo penal, tais como a presunção da inocência, faz-se mister a análise crítica do dispositivo em questão, devendo ser levado em conta a conjuntura de normas e princípios que regem o ordenamento, de modo que a busca cega pelo combate à impunidade, não sirva de instrumento para a violação de inúmeras outras prerrogativas. Desta maneira, deve-se buscar a efetivação da segurança jurídica.

Referências

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

ALMEIDA, João Batista de. *Tribunal do Júri.* 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2001.

AMARAL, A. J.; CALEFFI, P. S. P. *Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal: Porto Alegre, vol. 3, 2017. Disponível em: https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/102/97. Acesso em: 29 jun. 2022.

AZEVEDO, Andre Mauro Lacerda. *Tribunal do Júri e soberania popular*. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13872. Acesso em: 14 mar. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro.* Brasília: TJDFT, 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Martin Claret, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal. *Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro de 1941*. DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. *Medida cautelar na suspensão de liminar 1.504 Rio Grande do Sul*, Brasília, 2021. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1345976512/medida-cautelar-na-suspensao-de-liminar-sl-1504-rs-0066478-6620211000000/inteiro-teor-1345976524. Acesso em: 29 jun. 2022.

CAMPOS, Walfredo C. *Tribunal do Júri - Teoria e Prática.* 6ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017724/. Acesso em: 19 jun. 2022.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho D. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal***.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224308/. Acesso em: 13 jun. 2022.

FÁVERO, A.A., GABOARDI, E.A (Coord.). *Apresentação de trabalhos científicos: normas e orientações práticas.* 5. ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

JÚNIOR, José Armando da Costa. *O tribunal do júri e a efetivação de seus princípios constitucionais.* Fortaleza: 2007. Disponível em: http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp049129.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo pena*l. 8. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal.* 18. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares.* 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 7. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963

NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Processo Penal***.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/. Acesso em: 13 jun. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza**.** *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Gulherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 19. Ed – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25. Ed – São Paulo: Atlas, 2021.

PINTO, Felipe Martins (Coord.). *Presunção da inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau*. Belo Horizonte: Editora instituto dos advogados de Minas Gerais, 2020.

QUEIROZ, Paulo. *A nova prisão preventiva – Lei n° 13.694/2019.* Disponível em https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/. Acesso em: 10 jun. 2022.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri - Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016598/. Acesso em: 19 jun. 2022.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 29. Ed – Barueri/SP: Atlas, 2021.

RIO GRANDE DO SUL. *Habeas Corpus n° Nº 70085490795 (Nº CNJ: 0062632-23.2021.8.21.7000), da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/condenados-boate-kiss-nao-podem-presos.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. *Sentença condenatória processo n° 001/2.20.0047171-0 (CNJ:.0047498-35.2020.8.21.0001),* Porto Alegre. 2021.Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/12/B2D28CB95C2B9B_sentenca-caso-kiss.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

SANTOS, Otacílio Rodrigo; NASCIMENTO Rafael Paulino. *A inconstitucionalidade da execução provisória da pena no Tribunal do Júri*. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/18364. Acesso em: 20 nov. 2022.

SILVA, João Victor Caetano. *Tribunal do júri: a relativização da soberania do veredito do júri popular*. 2018. Disponível em: http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/17604. Acesso em: 18 mai. 2022

SOUZA, André Peixoto de; LEONARDI, Lucas Cavini. *Rito do júri comentado: artigos 413 a 297 do Código de Processo Penal*. Curitiba: InterSaberes, 2021.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e rituais.* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TEIXEIRA, Iberê Athayde. *Caminhos da liberdade: a marcha do tribunal do júri no código penal e de processo penal*. Passo Fundo: UPF, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Caso Boate Kiss.* Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/. Acesso em: 28 mai 2023.

A possibilidade de cômputo de períodos descontínuos na aposentadoria por idade rural[1]

Gabriela Caroline Gheler Lauer* | Edimara Sachet Risso**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a possibilidade de cômputo de períodos rurais descontínuos superiores a trinta e seis meses, mesmo após a perda da qualidade de segurado especial, para fins de concessão de aposentadoria por idade rural. O assunto desenvolvido surge em virtude da controvérsia administrativa e judicial diante da aplicabilidade do artigo 48, parágrafo 2º da Lei nº 8.213/1991. No ponto de vista administrativo, a Autarquia Previdenciária sustenta que somente terá gozo da aposentadoria por idade rural o agricultor

[1] Trabalho de Curso, do curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo, Campus Sarandi, em 2023.2. 178553@upf.br

* Aluna do curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo, Campus Sarandi.

** Professora orientadora. Titular da disciplina de Direito Previdenciário na Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo. Mestra em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/RS. edimara@upf.br

que comprovar exercício campesino de cento e oitenta meses anteriores a data do requerimento do benefício, admitindo somente que, em casos de intervalos, estes devem ser menores de trinta e seis meses. Por outro lado, através da interpretação jurisprudencial de Tribunais e de estudo de caso concreto, busca-se evidenciar que o entendimento autárquico administrativo não está em conformidade com os preceitos legais, uma vez que limita o poder da concessão do referido benefício e pune agricultores que desempenharam por uma vida toda a atividade rural que por algum motivo e/ou razão ausentaram-se das lides rural por tempo superior a trinta e seis meses. Conclui-se que, havendo prova de desempenho de atividade rural em período imediatamente anterior ao requerimento administrativo, que se mostre significativo, ou seja, de no mínimo 1/3 do total da carência necessária, deve ser admitido o direito ao benefício, com o cômputo de períodos anteriores descontínuos, mesmo que tenha havido a perda da qualidade de segurado, para fins de implemento de tempo equivalente à carência exigido pela legislação vigente.

Palavras-chave: Aposentadoria; aposentadoria por idade; períodos descontínuos; rural.

Introdução

O presente estudo tem como finalidade abordar a possibilidade de cômputo de períodos rurais descontínuos para fins de contagem de tempo e carência mínima, mesmo em situações em que os intervalos sejam superiores a 36 meses. A temática proposta adentra na seara do direito infraconstitucional, especificamente, no âmbito previdenciário, haja que o tema apresenta divergentes interpretações em relação ao parágrafo 2º do artigo 48 da Lei nº. 8.213/91, tanto na esfera administrativa quanto na jurisprudência.

Em entendimento administrativo e de alguns juízos de primeira instância, ao observar o direito à concessão do benefício em pauta, o segurado especial deverá comprovar o exercício de labuta rural em tempo mínimo de 180 meses para fins de carência, faixa etária exigível em sua qualidade de segurado especial, em período imediatamente anterior ao

requerimento, mesmo que os respectivos períodos rurais sejam descontínuos. No entanto, na seara administrativa, a Autarquia Previdenciária e até mesmo juízes de primeira instância têm adotado entendimento da impossibilidade de computar períodos rurais quando existam intervalos superiores a 36 meses.

Em outro sentido, instâncias de grau superior, como o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) e a Turma Nacional de Uniformização (TNU), aplicando a legislação em casos fáticos, vêm entendendo de que, uma vez preenchidos os requisitos mínimos (idade mínima, qualidade de segurado especial e período de labuta rural de 15 anos, mesmo em períodos descontínuos), é o suficiente para o deferimento do benefício, sendo irrelevante o tempo de afastamento, desde que reste cabalmente comprovado por documentos idôneos, ratificados por provas testemunhais, que, na data imediatamente anterior ao requerimento, o segurado retornou em definitivo à atividade rural, a no mínimo 1/3 do total da carência exigida (ou seja, 5 anos), devendo com efeito, ser concedido o benefício.

Nesse contexto, a problemática jurídica se debruça sobre as seguintes questões: Existe uma baliza temporal determinante para aferição da descontinuidade do labor rural? Qual entendimento é de fato o juridicamente adequado, seguindo os preceitos legais e principiológicos, o administrativo ou o jurisprudencial?

A aplicação adotada pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) e por juízes de primeira instância entende, em aplicação análoga e inovadora, que o afastamento rural superior a trinta e seis meses resulta na perda da qualidade de segurado especial. Esse entendimento decorre da óptica de que a circunstância de não existir, antes do advento da Lei nº 11.718/2008, nenhum parâmetro legal que definisse a expressão “ainda que de forma descontínua”, a referida regra, bem mais gravosa, não poderia ser aplicada retroativamente, razão pela qual decidiu por aplicação analógica do artigo 15 da Lei nº 8.213/1991, que disciplina a manutenção da qualidade de segurado àquele que, por algum motivo, deixa de exercer a atividade contributiva durante o denominado “período de graça”.

Ainda se questiona: Caso ocorra a perda da qualidade de segurado especial, o requerente do benefício terá que recomeçar sua contagem para fins de carência?

Esse é o entendimento e a aplicação administrativa e de juízos de primeira instância. Todavia, não é possível que se adote entendimento restritivo quanto ao conceito de descontinuidade, o que acabaria por deixar ao desamparo segurados que desempenharam longos períodos de atividade rural, mas por terem intercalado períodos significativos de atividade urbana ou mesmo de inatividade, restam excluídos da proteção previdenciária.

Nesse contexto, o objetivo geral é analisar a desconformidade de decisões administrativas e jurisprudenciais referentes ao cômputo de períodos descontínuos rurais superiores a 36 meses, mesmo que tenha havido a perda da condição de segurado especial.

Por sua vez, os objetivos específicos são contextualizar a aposentadoria por idade rural e a descontinuidade da labuta do trabalhador rural, avaliar a aplicabilidade dos preceitos legais nos processos administrativos, comparar a aplicabilidade administrativa e jurisprudencial, apresentar decisões e execuções recentes do poder judiciário brasileiro e descrever um caso concreto de aplicabilidade da norma.

A presente pesquisa justifica-se em razão da problemática que surge com a controvérsia da aplicabilidade dos requisitos para a concessão de aposentadoria rural com a presença de períodos descontínuos no âmbito administrativo e judiciário. Sabe-se que as decisões administrativas devem enfatizar os princípios e normas do direito previdenciário, o que na prática não ocorre. Portanto, faz-se necessário adentrar na esfera judicial para corrigir as ações e/ou omissões anteriores.

A escolha do tema se prende ao fato de acompanhar as consequências geradas pela aplicação indevida da norma previdenciária em processos administrativos, uma vez que a pesquisadora estagia junto a um escritório particular de advocacia na cidade de Constantina/RS, em que se trabalha 80% dos processos no âmbito previdenciário. Nessa atividade,

verifica-se que muitos agricultores são prejudicados em processos administrativos, uma vez que desempenharam um árduo trabalho rural de anos ou até de uma vida toda, e são penalizados por possuírem períodos descontínuos rurais superiores a 36 meses. Diante dessa perspectiva, evidencia-se a problemática gerada pela aplicação indevida e seu posterior reconhecimento na esfera judicial.

Para que e atinjam os objetivos, inicialmente se discorre sobre a aposentadoria rural, passando-se pela análise da carência e da descontinuidade do trabalho rural para então apresentar-se o posicionamento jurisprudencial, que culmina com um estudo de caso.

Aposentadoria por Idade Rural

Em linhas gerais, esta seção faz um breve apanhado a respeito da aposentadoria por idade rural, aspectos históricos, seus requisitos, conceito de segurado especial, regime de economia familiar e carência.

A linha do tempo da proteção previdenciária no âmbito rural é formada por desafios superados e outros ainda persistentes. Inicialmente, os primeiros regimentos de previdência brasileira, cuja origem remonta há 100 anos, através da chamada Lei Eloy Chaves, se dedicaram a especificar a matéria voltada aos trabalhadores urbanos, sem nem ao menos abarcar o público agrícola, embora estes representarem metade dos habitantes brasileiros.

No decurso do avanço na luta previdenciária, houve tentativas de proteção aos trabalhadores rurais, através da Lei 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural), que, infelizmente, mostrou-se inapta para suprir as demandas necessárias e não atingiu o intuito de efetivar na parte em que se tratava dos benefícios previdenciários.

Em sequência, a Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, ganhou força e se mostrou mais eficaz para assegurar as particularidades apresentadas por esses trabalhadores e definitivamente foi o marco inicial a proteção social.

Outrossim, o olhar previdenciário em relação aos trabalhadores rurais ainda se mostrava de ordem social, visto que não era dada a devida importância do trabalho desempenhado por eles, o qual se evidenciava tão indispensável quanto o dos trabalhadores urbanos.

Somente em 1991, com a entrada em vigor da Lei nº 8.213, em cumprimento à determinação da Constituição Federal de 1988, acrescentou os trabalhadores abrangidos e o rol de benefícios, passando o trabalhador rural a ser visto de forma igualitária aos demais segurados protegidos pela Previdência Social. Tanto é assim que o artigo 194 da Constituição Federal, no seu parágrafo único, inciso II[2], elenca como princípio da uniformidade aos trabalhadores urbanos e rurais.

Desta maneira, para fazer jus à concessão de aposentadoria por idade rural, o segurado especial deverá implementar o requisito etário mínimo de 60 anos, se for homem, e de 55 anos, se for mulher. Além disso, comprovar cabalmente o exercício da labuta agrícola, ainda que de forma descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses mínimos de 180 meses.

O artigo 11, inciso VII, da Lei nº 8.213/91[3], elenca de forma taxativa as condições que configuram a qualidade de segurado especial, de forma que, para fazer jus aos benefícios previdenciários, devem-se analisar as

[2] Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; [...]

[3] Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (...) VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: 1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; 2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e *b* deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

regras estabelecidas, sob pena de o trabalhador ficar desprotegido do sistema previdenciário.

Outra disposição para o reconhecimento da qualidade de segurado especial e a respectiva concessão do benefício em pauta é a comprovação do regime de economia familiar, devendo ficar atento ao disposto no artigo 11, § 1º da Lei nº 8.213/91, que frisa que deve ser comprovada que a atividade desenvolvida é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar, sendo exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados.

De acordo com o artigo 24 da Lei º 8.213/91, "período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências".

Como o segurado especial não faz contribuições mensais, o período de carência para ele é o tempo mínimo de exercício efetivo de atividade rural, ainda que de maneira descontínua, igual ao número de meses necessários à concessão do benefício requerido. Desta forma, se exige tempo de exercício da atividade, não contribuições mensais, na forma do previsto no artigo 39, inciso I, da Lei n. 8.213/1991.

Importante nesse sentido é salientar que o período de carência de qualquer aposentadoria, salvo a por invalidez, é de 180 contribuições mensais, para os segurados que ingressaram no Regime após 24/07/1991. Para os segurados inscritos até 24.07.1991, bem como para o trabalhador e para o empregador rural cobertos pela Previdência Social Rural anteriormente à unificação dos regimes, a carência das aposentadorias por tempo de contribuição, por idade e especial ainda obedece à tabela disposta no art. 142 da Lei n. 8.213/91, de acordo com o ano de implementação das condições para a obtenção do benefício.

Logo, para fazer ter direito ao benefício, além de preencher as condições para ser segurado especial, o trabalhador rural precisa preencher a carência de 180 contribuições (15 anos), que podem ser contínuas ou descontínuas.

O problema surge, em especial, quando a descontinuidade é intercalada com períodos longos sem atividade ou com atividade urbana.

Descontinuidade da Atividade Rural

A pauta sobre a descontinuidade da atividade rural para fins de aposentadoria por idade rural (segurado especial) ganhou ênfase jurídica a partir do ano de 2007, quando a Instrução Normativa nº 20/2007 passou a vigorar na esfera administrativa. A referida Instrução, em seu artigo 58, § 1º, entendeu a forma descontínua como os períodos intercalados rurais, ou urbana e rural, com ou sem a ocorrência da perda da qualidade de segurado, remetendo ao artigo 148, onde salienta que deverá ser provado através de documentos o retorno efetivo as lides rurais após o afastamento da lavoura.

Vale lembrar ainda que esta foi a primeira Instrução Normativa depois da Lei 10.666/2003, onde passou a dispor que a perda da qualidade de segurado especial é irrelevante para a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, especial e também rural. A interpretação que a Autarquia adotou foi no sentido que deveria continuar sendo necessário o período imediatamente anterior do requerente nas lidas rurais, porém, no que tange a regra da qualidade de segurado especial não ser considerada para aplicar a descontinuidade, entendeu que seria indiferente o autor somar os quinze anos de contribuição e estar na atividade a qualquer tempo, inclusive podendo averbar períodos labutados na infância.

Em sequência, já no ano de 2010 tivemos a Instrução Administrativa nº 45, onde em linhas gerais permaneceu similar a IN anterior, dispondo sobre a possibilidade da soma dos períodos intercalados de atividade rural com a devida comprovação com prova material após cada período de atividade urbana.

No ano de 2015 passou a valer a Instrução Normativa nº 77, dispondo claramente que a Autarquia Previdenciária entende como forma descontinua os períodos intercalados, com ou sem a ocorrência da qualidade

de segurado especial, e remetendo ao artigo 157, mais uma vez frisando que deverá haver prova material do retorno a labuta campesina.

Por fim, no ano de 2022 passou a vigorar a Instrução Normativa nº 128, a primeira após a EC 103/2019, destacando que na hipótese de períodos intercalados de exercício de atividade rural e urbana superior a 120 dias, deverá ser apresentado documento a cada retorno atividade rural. Além disso, não só o artigo 259 diz que a perda da qualidade de segurado não será considerada, como também o artigo 116 trata da prova, explicando de forma geral o afastamento superior aos 120 dias.

Outrossim, a aplicação das Instruções Normativas vigentes não é uma realidade para os processos administrativos, visto que, muitos servidores não as conhecem, não concordam ou presumem que não deveriam ser desta forma a aplicação, o que em consequência, reiteradamente, gera o indeferimento dos requerimentos de aposentadoria por idade rural, tendo o segurado buscar "socorro" na via judiciária.

O antagonismo do direito à concessão da aposentadoria pro idade rural do segurado especial denota-se no entendimento administrativo em relação ao artigo 48, § 2º[4] e artigo 143 da Lei 8.213/91[5]. Em consonância com o entendimento administrativo, ao realizar o requerimento do benefício em questão, o agricultor deverá comprovar o preenchimento da carência, ou seja, o exercício da atividade rural nos 180 meses imediatamente anteriores ao requerimento, não admitindo intervalos superiores a 36 meses, que por consequência acarretaria sua desqualificação como segurado especial.

[4] Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (...)§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei.

[5] Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea "a" do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.

Desta forma, o segurado especial que deixar de exercer ou comprovar a labuta rural por período superior a 36 meses dentro do prazo mínimo da carência do benefício, perde esta qualidade perante a previdência social, prejudicando seu direito a aposentadoria por idade.

Tal entendimento resultou na aplicação judiciária pro analogia das regras aplicáveis ao segurado urbano que, na condição de desempregado, mantém sua qualidade de segurado especial por um prazo máximo de até trinta e seis meses, então no caso do segurado especial teria que ter algum entendimento equivalente.

Neste contexto, se faz uma menção aos agricultores que foram atingidos pela barragem de Mariana, em Minas Gerais no ano de 2015, onde segurados postularam benefícios previdenciários após três anos do ocorrido, sendo que não possuíam mais propriedades rurais nem mesmo terras, pois naquela situação foram desapropriados forçosamente, visto que, a terra não tinha mais viabilidade de produção. Neste caso, se trata de uma situação externa, fortuita, equiparada ao desemprego, onde os agricultores não deram causa, não deixaram suas propriedades por vontade, mas sim foram "expulsos".

Nesse sentido, para alguns doutrinadores, existe certa perversidade no entendimento administrativo diante do período descontínuo em relação à aposentadoria rural:

> A interpretação administrativa é perversa à medida que inviabiliza o direito à aposentadoria por idade daquele segurado especial que exerce a atividade rural em períodos descontínuos superiores a 36 meses, uma vez que, ocorrendo a perda da qualidade de segurado, não admite o cômputo dos períodos anteriores. E, para fazer jus ao benefício requerido, o segurado especial deverá, após o retorno às lides rurícolas, exercer e comprovar novamente 180 meses de atividade rural, o que, tendo em vista a idade e as condições de trabalho no campo, torna inviável o direito a aposentadoria por idade (LIBARDONI, 2015, p. 23).

A interpretação administrativa é punitiva, uma vez que inviabiliza o direito a aposentadoria por idade daquele segurado especial que exerce atividade na maioria das vezes desenvolveu um árduo trabalho de uma vida inteira e por algum motivo desenvolveu em períodos de labor urbano superiores a 3 anos.

Por fim, vale salientar que o artigo 39 da Lei 8.213/1991[6], por sua vez, assegura a aposentadoria rural no valor de um salário mínimo, desde que comprovado o exercício da labuta campesina, ainda que de forma descontínua, porém não especifica o que deve ser compreendido como descontinuidade. Desta forma, nota-se que essa "descontinuidade está entre os conceitos previdenciários ainda não uniformizados e pacificados. Ressalta-se que a lei não impõe qualquer restrição à soma de períodos intercalados de atividade rural" (BERWANGER, 2015, p. 229).

O Direito Previdenciário é regido pelo princípio da solidariedade, da vedação do retrocesso social e da proteção do hipossuficiente. Dessa maneira, qualquer decisão sempre deverá estar amparada nesses princípios.

O Princípio da Solidariedade é um princípio constitucional implícito, embora decorram da leitura atenta do texto da Constituição de 1988, em artigo 40[7], nos Regime Próprios, e no artigo 195[8], para o Regime Geral, e é dividido em três vertentes. A primeira se refere à solidariedade na instituição da seguridade social, cujo objetivo é resguardar a população contra necessidades advindas de contingências sociais. A própria instituição da seguridade social já deriva de um ato de solidariedade, diante do reconhecimento de que a ação individual não é suficiente para debelar as necessidades decorrentes das contingências sociais, razão da ação comum

[6] Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do caput do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão: (...) I - de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, e de auxílio-acidente, conforme disposto no art. 86 desta Lei, desde que comprovem o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido, observado o disposto nos arts. 38-A e 38-B desta Lei; ou II - dos benefícios especificados nesta Lei, observados os critérios e a forma de cálculo estabelecidos, desde que contribuam facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social. Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.

[7] Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e **solidário**, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (grifou-se).

[8] Art. 195. A seguridade social será **financiada por toda a sociedade**, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] (grifou-se).

(solidária) de todos os membros da sociedade no intuito de efetivar a proteção social em face dessas necessidades. A segunda vertente é a solidariedade na distribuição do ônus contributivo, sendo a equidade na forma de participação do custeio (quem detém maior capacidade, contribui com mais) e está no inciso V do parágrafo único do artigo 194 da Constituição de 1988. A terceira e última vertente é a solidariedade na prestação do amparo: as ações da seguridade social devem priorizar as pessoas mais necessitadas (MARTINEZ, 2015, p. 74).

Em se tratando de previdência, essa necessidade se dá em razão de contingências previstas no artigo 201[9] da Constituição Federal, ou seja, momentos em que o indivíduo não consegue, por si, em razão de uma das situações elencadas, prover seu sustento ou de sua família.

Além disso, à luz do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, visa-se a garantir a dignidade da pessoa humana, na direção de evitar redução ou extinção de direitos ou benefícios previdenciários. Diante disso, a legislação previdenciária não pode retroceder nos direitos já garantidos aos segurados, sendo qualquer alteração oi interpretação normativa que venha a diminuir ou limitar seus direitos já garantidos constitucionalmente, serem declarados inconstitucionais. Já em relação ao Princípio da Hipossuficiência, garante-se proteção a parte menos protegido do Estado, ou seja, o segurado (MARTINEZ, 2015, p. 101).

Diante disso, tendo em vista que a legislação vigente previdenciária não dispõe de um conceito sobre a abrangência da descontinuidade admissível para fins de concessão do benefício em pauta diante de uma intercalação de labor rural com atividade urbana, o entendimento administrativo deve ser embasado nos princípios que regem o direito previdenciário, de forma que não inviabilize os direitos do seguro especial.

[9] Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. [...]

Nesse sentido, o legislador não estabeleceu uniformemente qual seria a descontinuidade admissível, razão pela qual o entendimento deve ser no sentido de proteger a parte mais "fraca" da relação. Outrossim, ao estabelecer critérios limitantes, previu-se uma forma de punir o segurado que desenvolveu um árduo trabalho, na maioria das vezes, de uma vida toda, por dispor de períodos descontínuos.

Por fim, se justifica que a interpretação administrativa vai na contramão do princípio da vedação do retrocesso social, em razão de que a Constituição Federal vigente já ter garantido ao agricultor o direito à aposentação, sendo que qualquer situação que possa ameaçar o acesso ao direito representa um retrocesso na conquista da concretização da proteção social desses indivíduos.

A ilegalidade da Interpretação Administrativa e a posição jurisprudencial

A interpretação administrativa é equivocada, na contramão da legalidade previdenciária, visto que, no disposto do artigo 2º do artigo 48 da Lei 8.213/91, "o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício", ou seja, admite a descontinuidade do exercício rurícola, sem estabelecer limites que impliquem na perda da qualidade de segurando e, consequentemente, inviabilidade ao direito a concessão do benefício.

Além disso, a aplicabilidade administrativa infringe o disposto no artigo 39, inciso I, da Lei 8.213/91[10], que confirma a garantia a concessão do benefício em pauta, no valor de um salário mínimo, para agricultores

[10] Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do caput do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão: (...) I - de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, e de auxílio-acidente, conforme disposto no art. 86 desta Lei, desde que comprovem o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido, observado o disposto nos arts. 38-A e 38-B desta Lei; ou

que comprovarem labuta rurícola, ainda que de forma descontínua, por período mínimo da carência exigida. Dessa forma, não há óbice quanto à descontinuidade, muito menos quando ao "período descontinuo aceitável", sendo que a lei não impõe qualquer restrição a soma de períodos intercalados de atividade rural.

Ao aplicar um critério restritivo da descontinuidade rural, se mostra cristalina a ilegalidade a interpretação administrativa à medida que a Constituição Federal assegura ao segurado especial direito a aposentadoria sem fazer qualquer empecilho.

Outrossim, mesmo diante de toda ilegalidade referente à aplicação administrativa, se deparamos, mesmo assim, com a rigidez da postura da Autarquia Previdenciária. Esta postura tem, reiteradamente, feito com que segurados demandem em juízo revisão dos atos que geraram o indeferimento do requerido. Por fim, o Poder Judiciário tem resolvido os equívocos da Autarquia, dando ênfase a proteção previdenciária e, com embasamento jurisprudencial, garantindo o acesso aos benefícios previdenciários.

O tema mostra-se pertinente, visto que, a matéria ainda é controvertida na esfera judicial. Será realizado uma análise de decisões de Juízos de Primeira Instância, Tribunal Regional da 4ª Região, Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.

Outrossim, frisa o discurso de Berwanger, quando discorre que:

> A jurisprudência, por sua vez, não é uníssona, havendo soluções diversas. Ora entende-se que é possível interromper o labor apenas por curtos períodos, ora que interessa saber se efetivamente houve desempenho da atividade rural pelo período equivalente à carência. As decisões mais recentes do STJ se aproximam do entendimento administrativo (2015, p. 241).

Refletindo sobre o posicionamento de Berwanger, é notável a existência de discricionariedade entre os executores da Lei, em relação à execução legal diante dos períodos descontínuos aos benefícios previdenciários deferidos aos segurados especiais, uma vez que não existe pacificação legislativa, tampouco sintonia de entendimento jurisprudencial diante da

jurisdição. Diante disso, considerando o fato de que não há unicidade de entendimento jurídico, é possível que a administração previdenciária e os magistrados competentes utilizem a legislação como lhes convier, podendo ocasionar, diversos julgamentos desiguais em relação aos mesmos casos fáticos.

A partir do ano de 2008, a pauta sobre descontinuidade da labuta rural passou a ter maior relevância, em consequência do procedimento adotado pela Autarquia Previdenciária, ocasionando, frequentemente, o indeferimento dos pedidos de aposentadoria por idade rural. Diante disso, os segurados buscaram "socorro" ao judiciário a fim de assegurar seu direito.

Contudo, alguns juízes de primeira instância, adotam o mesmo entendimento administrativo, e desta forma, proferindo sentença de improcedência. Em instância superior, ou seja, no TRF4, mesmo não tendo uniformização, a grande maioria das decisões admitem o exercício da atividade rural em períodos descontínuos:

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. TRABALHO RURAL. COMPROVAÇÃO. IDADE MÍNIMA. IMPLEMENTO. CONCESSÃO. DESCONTINUIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Atingida a idade mínima exigida e comprovado o exercício da atividade rural em regime de economia familiar, pelo período exigido em lei, mediante a produção de início de prova material, corroborada por prova testemunhal consistente, o segurado faz jus à aposentadoria rural por idade. 2. Havendo prova de desempenho de atividade rural em período imediatamente anterior ao requerimento administrativo, que se mostre significativo, ou seja, de no mínimo 1/3 do total da carência necessária, deve ser admitido o direito ao benefício com o cômputo de períodos anteriores descontínuos, mesmo que tenha havido a perda da condição de segurado, para fins de implemento de tempo equivalente à carência exigido pela legislação de regência (TRF4, 2022) (grifou-se).

O entendimento jurisprudencial supramencionado é o que se pretende demonstrar no presente estudo, no sentido de que a legislação previdenciária admite a descontinuidade da atividade rural para fins de aposentadoria rural ao segurado especial. Ao adotar critérios restritivos de descontinuidade, o entendimento administrativo infringiria a cons-

titucionalidade, tendo em vista que a Constituição Brasileira garantiu proteção a classe dos trabalhadores rurais, lhes assegurando o direito a aposentação, sem impor qualquer restrição. Outrossim, não havendo legislação estabelecendo um conceito de descontinuidade, o entendimento da norma deve ser no sentido de não viabilizar o direito dos segurados especiais.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem posição firme no que se refere ao exercício da labuta agrícola para fins de aposentação do segurado deve se dar no período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário ou requerimento administrativo. Desta forma, a existência de vínculos urbanos no período de carência do benefício, inviabiliza o direito a aposentadoria por idade do segurado especial, confirmando, assim, o entendimento administrativo. Nesse sentido, é o entendimento exarado peço julgado a seguir:

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. ATIVIDADE URBANA. EXERCÍCIO DE FORMA DESCONTÍNUA. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO DA AUTARQUIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O exercício de atividade urbana, por si só, não afasta a condição de segurado especial. Assim, o trabalhador que implemente a idade mínima e comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, por tempo igual ao número de meses correspondentes à carência exigida, faz jus ao benefício de aposentadoria rural por idade, nos moldes definidos no art. 143 da Lei 8.213/1991. 2. No caso, o Tribunal de origem refutou a pretensão da parte autora, fundamentando-se, tão somente, no desempenho de atividade urbana durante o período de carência, o que destoa da orientação desta Corte sobre o tema. 3. Agravo interno da autarquia federal a que se nega provimento (STJ, 2021).

Diante disso, a Corte Superior vem aplicando, por analogia, o disposto no art. 15 da Lei 8.213/1991, que dispõe sobre a manutenção da qualidade de segurado àquele que, por algum motivo, deixa de exercer a atividade contributiva durante o denominado “período de graça”. Desta forma, assim, que o exercício de atividade urbana por período superior a 24 (vinte e quatro) meses no período de carência para a aposentadoria

rural por idade descaracteriza o labor em regime de economia familiar, ensejando, por conseguinte, a perda da qualidade de segurado especial".

Por fim, aduz que o Tribunal estaria estabelecendo critérios ainda mais rígidos acerca da descontinuidade do labor rural admitida pela legislação previdenciária para fins de aposentação.

Em 2012, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, em pedido de uniformização de Lei Federal, editou a Súmula 46[11], considerando que o exercício de atividade urbana intercalada não impede a concessão de benefício previdenciário de trabalhador rural, condição que deve ser analisada no caso concreto.

O disposto na Súmula 46 decorreu dos incidentes de uniformização levados à apreciação da referida instância recursal, tendo em vista a existência de acórdão distinto. Diante disso, firmou o entendimento de que o exercício da atividade rural intercalada com períodos de atividade urbana não constitui, por si só, óbice ao direito à aposentadoria pro idade do segurado especial, sendo necessária análise do caso concreto.

Recentemente, no ano de 2022, a TNU submeteu a julgamento o Tema 301, com o questionamento de saber se, à luz da exigência de que o período de exercício de atividade rural seja imediatamente anterior ao requerimento de benefício ou implemento da idade, ainda que descontínuo, conforme artigos 39, I, 48, § 2º e 143, todos da Lei 8.213/91, o exercício de atividade urbana por mais de 120 dias, corridos ou intercalados, no ano civil, na vigência da Lei 11.718/2008, implica, além da perda da qualidade de segurado especial, ruptura do perfil de trabalhador rural e interrupção da contagem do tempo de atividade rural (carência), impedindo o somatório dos períodos de atividade campesina anterior e posterior ao vinculo urbano que extrapolou o limite legal, exigindo nova contagem integral do intervalo exigido por lei para a aposentadoria por idade rural pura.

[11] Sumula 46: o exercício de atividade urbana intercalada não impede a concessão de benefício previdenciário de trabalhador rural, condição que deve ser analisada no caso concreto.

Durante o julgamento, ocorrido entre os meses de março a setembro, o Relator, Juiz Federal Ivanir Cesar Ireno Junior, votou no sentido de dar provimento ao incidente, com a fixação da tese de que o exercício de atividade urbana por mais de 120 dias, corridos ou intercalados, no ano civil, na vigência da Lei 11.718/2008, não implicaria a ruptura do perfil de trabalhador rural e interrupção da contagem do tempo de atividade rural (carência), não impedindo o somatório dos períodos de atividade campesina anterior e posterior ao vínculo urbano que extrapolou o limite legal, para fins da aposentadoria por idade rural pura do segurado especial. Outrossim, discorreu que somente o afastamento da atividade rural por mais de 36 meses ininterruptos implica ruptura do perfil rural e interrupção da contagem do tempo de atividade rural (carência), impedindo o somatório dos períodos de labor campesino anterior e posterior à ruptura, para fins da aposentadoria por idade rural pura do segurado especial, exigindo nova contagem integral.

Já o voto-vista do Juiz Federal Francisco Glauber Pessoa Alves, apesar de também dar provimento ao incidente, divergiu em relação à tese, apresentando proposição de que somente não é segurado especial o membro de grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento decorrente de exercício de atividade remunerada em período superior a cento e vinte dias, corridos ou intercalados, no ano civil em que isso ocorrer, além de que a descontinuidade acarretada pelo exercício de atividade remunerada em período superior a 120 dias, não implicaria perda do tempo de exercício de atividade rural até então existente, muito menos constitui-se em impeditivo à soma do tempo rural remoto e posterior.

A controvérsia apresentada no incidente está relacionada à compatibilização das expressões “imediatamente anterior” e “ainda que de forma descontínua”, sendo que a correta interpretação de cada uma das expressões é essencial para a construção da solução jurídica adequada.

O relator ainda discorreu que não haveria qualquer espaço hermenêutico para se afirmar que os 180 meses de atividade rural devem ocorrer de modo contínuo, contados retroativamente da data do requerimento,

justificando que a lei expressamente garantia o cômputo de períodos de trabalho rural de modo descontínuo. Por fim, restava a dúvida em saber se, de alguma maneira, o tempo que separava o período rural poderia afetar o direito à aposentadoria por idade rurícola, ou seja, se um intervalo superior a 120 dias entre dois períodos de atividade rural torna o primeiro "remoto" e o exclui da contagem do prazo exigido de 180 meses.

Outrossim, o voto do relator, acolheu a compreensão de que haveria uma proibição à descontinuidade ou interrupção da atividade da atividade rural por mais de 36 meses, ocasionando a interrupção da contagem do tempo rural e impedindo a sua utilização do período anterior na concessão de aposentadoria por idade rural, por ter se tornado remoto.

Neste contexto, apesar das fundamentações feitas pelo Relator, essas posições não condizem com a interpretação adequada do art. 48, §2º da Lei 8.213/91, visto que, não há previsão legal para "tempo rural remoto", inexistindo qualquer indicação de prazo máximo para aproveitamento de períodos de trabalho rural.

Diante disso, a exigência de imediatidade do labor rural se refere apenas ao momento do requerimento ou da implementação do critério etário, e consequentemente, não haverá motivo para se desconsiderar qualquer tempo trabalhado na lavoura. Desta forma, é possível somar períodos rurais antigos e novos, independentemente da distância entre eles, mesmo quando tiver ocorrido a perda da qualidade de segurado nesse intervalo, desde que comprovado esse retorno.

Assim, é dessa forma que o INSS interpreta a norma, embasado no artigo 259 da Instrução Normativa 128/2022, que refere que, para as aposentadorias por idade de trabalhadores rurais, não será desconsiderada a perda da qualidade de segurado nos intervalos entre as atividades rurais.

E foi nesse sentido que a Autarquia Previdenciária se manifestou nos autos do incidente de uniformização, retira qualquer dúvida a respeito da sua posição sobre o tema, quando se refere à IN 128/2022:

O artigo 259, combinado com o artigo 201, esclarece que, ainda que ocorra a perda da qualidade de segurado rural entre os períodos de ati-

vidade rural, os mesmos poderão ser computados para fins de carência. Significa dizer que todos os períodos de atividade rural poderão ser somados para fins de carência, ainda que entre eles tenha ocorrido a perda da qualidade de segurado, independente do motivo (exercício de atividade urbana, período sem exercício de atividade), não sendo necessário a partir do retorno à atividade rural cumprir toda a carência, tendo em vista a possibilidade de comprovação da atividade rural de forma descontínua, prevista no art. 39, I, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Diante destas razões, bem como da uniformização entre o entendimento do INSS e a correta interpretação do art. 48, § 2º da Lei 8.213/91, o Juiz Federal Fabio Souza considerou que a tese deve oferecer uma solução parcialmente diferente daquela apresentada pelo voto-vista proferido pelo Juiz Federal Francisco Alves, fixado da seguinte forma:

> Cômputo do Tempo de Trabalho Rural
>
> I. Para a aposentadoria por idade do trabalhador rural não será considerada a perda da qualidade de segurado nos intervalos entre as atividades rurícolas.
> Descaracterização da condição de segurado especial
> II. A condição de segurado especial é descaracterizada a partir do 1º dia do mês seguinte ao da extrapolação dos 120 dias de atividade remunerada no ano civil (Lei 8.213/91, art. 11, § 9º, III).
> III. Cessada a atividade remunerada referida no item II e comprovado o retorno ao trabalho de segurado especial, na forma do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91, o trabalhador volta a se inserir imediatamente no inciso VII, do art. 11, da Lei 8.213/91, ainda que no mesmo ano civil.

Por fim, deve-se salientar que este acórdão já transitou em julgado durante o mês de setembro de 2023, sem qualquer impugnação pela Autarquia.

Estudo de caso: aplicação do princípio da proteção previdenciária

No presente estudo utilizou-se como base o caso concreto presente no Processo Judicial nº 50005957720198210133 da Comarca de Seberi/RS.

No caso em tela, o autor postulou a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, na condição de trabalhador rural e em regime de economia familiar, visando ao reconhecimento dos períodos entre 13.02.1970 a 31.12.1983, 18.05.1984 a 08.09.1987 e de 28.10.2010 até a DER (10.04.2018). Após os devidos trâmites processuais, o juízo *a quo*, em sentença publicada em 14.09.2020, julgou parcialmente os pedidos, reconhecendo o exercício do labor rural nos intervalos de 08.04.1975 a 31.12.1983 e de 18.05.1984 a 08.09.1987 e por derradeiro, negou o reconhecimento do período rural imediatamente a DER (28.10.2010).

A parte autora irresignada buscou reforma da sentença no ponto específico que se refere ao lapso temporal de 13.02.1970 a 07.04.1975, 01.01.1984 a 17.05.1984 e de 28.10.2010 até 28.10.2010, questionando sobre a aplicabilidade do conceito da descontinuidade do labor rural.

No Tribunal Regional da 4ª Região, a Desembargadora Tais Schilling Ferraz decidiu que, havendo prova de desempenho de atividade rural em período imediatamente anterior ao requerimento administrativo que se mostre significativo, ou seja, de no mínimo 1/3 do total da carência necessária, deve ser admitido o direito ao benefício com o cômputo de períodos anterior, mesmo que tenha havido a perda da condição de segurado, para fins de implemento de tempo equivalente a carência exigido pela legislação. Discorreu ainda que não era possível adotar entendimento restritivo quanto ao conceito de descontinuidade, o que acabaria por deixar ao desamparo segurados que desempenharam longos períodos de atividade rural, mas por terem intercalado períodos significativos de atividade urbana ou mesmo de inatividade, restam excluídos da proteção previdenciário. Por fim, a desembargadora concedeu o benefício postulado pelo apelado.

Não contente com a decisão proferida pela Desembargadora do TRF4, a Autarquia Previdenciária, em sede de Recurso Especial, sustentou que a decisão violou o disposto no artigo 143, da Lei 8.219/91, porquanto alega "inviável o aproveitamento do período remoto para fins de carência, uma vez que passados mais de 24 meses da perda da qualidade de segurada

especial". Além disso, justificou que para o Tribunal Superior, deve-se aplicar de forma analógica as regras do período de graça previstas no artigo 15 da mesma lei, que não ultrapassem os 24 meses.

O Tribunal, para rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, no sentido da desconstituição do vínculo rural em razão da descontinuidade, compreendeu demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que seria inviável em sede de recurso especial, diante da vedação pela Súmula 7 do STJ, que prevê que "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (STJ, 1990).

Por fim, sem mais interposições de recurso, o processo transitou em julgado em 01.09.2022, consignando a seguinte jurisprudência:

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. TRABALHO RURAL. COMPROVAÇÃO. IDADE MÍNIMA. IMPLEMENTO. CONCESSÃO. DESCONTINUIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Atingida a idade mínima exigida e comprovado o exercício da atividade rural em regime de economia familiar, pelo período exigido em lei, mediante a produção de início de prova material, corroborada por prova testemunhal consistente, o segurado faz jus à aposentadoria rural por idade. 2. Havendo prova de desempenho de atividade rural em período imediatamente anterior ao requerimento administrativo, que se mostre significativo, ou seja, de no mínimo 1/3 do total da carência necessária, deve ser admitido o direito ao benefício com o cômputo de períodos anteriores descontínuos, mesmo que tenha havido a perda da condição de segurado, para fins de implemento de tempo equivalente à carência exigido pela legislação de regência (TRF4, 2022).

Dessa forma, mesmo o juízo de primeira instância tendo adotado entendimento semelhante a Autarquia Previdenciária, coube em grau recursal ao TRF4, o autor garantir o direito à aposentadoria rural, através de decisão embasada no artigo 143 da Lei 8.213/1991 e jurisprudência do STJ, mostrando a concretização dos princípios da solidariedade, da vedação do retrocesso social e da proteção do hipossuficiente, afim de não deixar desamparado o agricultor que desempenhou por uma vida toda a atividade rurícola que por algum motivo e/ou razão ausentaram-se das lides rurais por tempo superior a trinta e seis meses.

Conclusão

O presente trabalho científico procurou abordar o tema referente a contagem de períodos rurais com intervalos superiores de 36 meses em aposentadoria por idade rural e sua divergência de aplicabilidade e reconhecimento no âmbito administrativo pela Autarquia Previdenciária quando comparada a aplicabilidade judicial amplamente dominante.

Iniciado o processo administrativo, o segurado especial, ora requerente, deverá comprovar a labuta rural em período imediatamente anterior a DER (data de entrada do requerimento) de 180 meses. Outrossim, ocorrendo a descontinuidade da atividade rural, esta não pode ser superior a trinta e seis meses, acarretando a perda da qualidade de segurado especial. Nesse sentido, a via administrativa, ao fixar quesitos rigorosos em relação a descontinuidade do labor rurícola, acabou inviabilizando o direito à aposentação, tanto para o homem quanto a mulher, que intercalar a atividade rural com períodos urbanos.

A construção deste entendimento decorre da perspectiva e aplicação analógica dos quesitos ao segurado urbano, previstos no artigo 15, § 1º e 2º da Lei 8.213/1991, referindo que em caso de interrupção das contribuições, este permanece amparado pela previdência pelo prazo máximo de trinta e seis meses. Todavia, a interpretação administrativa diante da descontinuidade "permitida" pela legislação brasileira encontra-se na contramão com a evolução legislativa e aplicabilidade judiciária aos direitos dos trabalhadores rurais.

Diante disso, se justifica a crescente demanda no poder judiciário, cujo debate compreende a descontinuidade da labuta rural para fins de concessão de concessão de aposentadoria por idade rurícola. Contudo, na análise dos julgados e pacificação recente do Tema 301 da TNU (setembro de 2022), o entendimento acerca do sentido e alcance da descontinuidade admissível pela legislação previdenciária ganhou um novo rumo.

Todavia, ainda que o Poder Judiciário venha a sanar os equívocos praticados na esfera administrativa, o segurado especial ainda se encon-

tra sujeito aos requisitos estabelecidos pela Autarquia, ou seja, o trabalhador(a) rurícola que ao atingir a faixa etária, 60 anos homem e 55 anos mulher, deverá comprovar 180 meses de atividade rural imediatamente anteriores a DER, admitidos soma de períodos descontínuos inferiores a 36 meses. Desta forma, com o indeferimento administrativo, resta ao agricultor percorrer um longo caminho na esfera judicial a fim de que seja assegurado o seu benefício.

Conclui-se, assim, que, havendo prova de desempenho de atividade rural em período imediatamente anterior ao requerimento administrativo, que se mostre significativo, ou seja, de no mínimo 1/3 do total da carência necessária, correspondente a 5 anos ou 60 contribuições, deve ser admitido o direito ao benefício de aposentadoria rural, com o cômputo de períodos anteriores descontínuos, mesmo que tenha havido a perda da qualidade de segurado, para fins de implemento de tempo equivalente à carência exigido pela legislação vigente.

Referências

AGOSTINHO, Theodoro V. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado Especial**: Novas Teses e Discussões. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2018.

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

BRASIL. Lei 11.718, de 20 de junho de 2008. **Acrescenta artigo à Lei no 5.889, de 8 de junho de 1973, criando o contrato de trabalhador rural por pequeno prazo; estabelece normas transitórias sobre a aposentadoria do trabalhador rural; prorroga o prazo de contratação de financiamentos rurais de que trata o § 6o do art. 1o da Lei no 11.524, de 24 de setembro de 2007; e altera as Leis nos 8.171, de 17 de janeiro de 1991, 7.102, de 20 de junho de 1993, 9.017, de 30 de março de 1995, e 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991**. Brasília. Edição Federal. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11718.htm/. Acesso em 22 maio 2022.

BRASIL. Lei 3.807 de 26 de agosto de 1960.**Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social**. Brasília. Edição Federal. 1960. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm/. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Lei 4.214 de 02 de março de 1963. **Dispõe sobre o "Estatuto do Trabalhador Rural".** Brasília. Edição Federal. 1963. (Lei Revogada). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4214.htm/. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Lei 4.504 de 30 de novembro de 1964. **Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília**. Edição Federal. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L4504.htm/. Acesso em: 2022.

BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Brasília. Edição Federal. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm/. Acesso em 22 maio 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº. 11 de 25 de maio de 1971. **Institui o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, e dá outras providências. Brasília**. Edição Federal. 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp11.htm/. Acesso em: 22 maio 2022.

DIAS, Eduardo R.; MACÊDO, José Leandro Monteiro D. **Curso de Direito Previdenciário**. 3ed. São Paulo: Grupo GEN, 2012.

LIBARDONI, Cristiane Becker. **A descontinuidade para fins de aposentadoria por idade do segurado especial (agricultor)**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação, Direito) – Universidade de Ijuí (UNIJUÍ). Disponível em: https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/3195/. Acesso em: 27 mai. 2022.

MARANHÃO, Rebecca Lima Albuquerque; VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro. **Previdência rural no Brasil**. Textos para discussão. Brasília, Ipea, 2018. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8690/1/td_2404.pdf/. Acesso em 27 maio 2022.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. Disponível em: http://www.ltr.com.br/loja/folheie/5171.pdf/. Acesso em: 25 maio 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 557.666/CE**. Relator: Ministro Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF5) Primeira Turma. Brasília, 19 ago. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401909637&dt_publicacao=19/08/2021/. Acesso em: 25 jun. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf. Acesso em: 2023.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Apelação Cível nº 5001467-18.2021.4.04.9999/RS.** Relator: Taís Schilling Ferraz, 6ª Turma. Porto Alegre, 20 maio 2022. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40003191294&versao_gproc=3&crc_gproc=93c15fc5. Acesso em: 25 jun. 2022.

TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. **Súmula 46.** O exercício de atividade urbana intercalada não impede a concessão de benefício previdenciário de trabalhador rural, condição que deve ser analisada no caso concreto. Disponível em: https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=46/. Acesso em: 25 jun. 2022.

TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. **Tema 301.** Cômputo do Tempo de Trabalho Rural I. Para a aposentadoria por idade do trabalhador rural não será considerada a perda da qualidade de segurado nos intervalos entre as atividades rurícolas. Descaracterização da condição de segurado especial II. A condição de segurado especial é descaracterizada a partir do 1º dia do mês seguinte ao da extrapolação dos 120 dias de atividade remunerada no ano civil (Lei 8.213/91, art. 11, § 9º, III); III. Cessada a atividade remunerada referida no item II e comprovado o retorno ao trabalho de segurado especial, na forma do art. 55, parag. 3o, da Lei 8.213/91, o trabalhador volta a se inserir imediatamente no VII, do art. 11 da Lei 8.213/91, ainda que no mesmo ano civil. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-301/. Acesso em: 01º nov. 2022.

A Alienação Parental e as Falsas Denúncias de abuso sexual: a Justiça Sistêmica enquanto um instrumento de restabelecimento das relações familiares[1]

Larissa Demarchi* | Linara da Silva**

[1] Artigo científico apresentado ao curso de Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do(a) professor(a) Mestre Linara da Silva, no ano de 2023.

* Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: laridemarchi24@gmail.com.

** Advogada, Mestre em Direito, Pesquisadora, Professora do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. E-mail: linara@upf.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7114771715454815.

Resumo

O presente trabalho aborda o tema da alienação parental, as falsas denúncias de abuso sexual e as consequências jurídicas causadas ao genitor alienado, bem como, apresenta a Justiça Sistêmica como um caminho de solução à problemática. Ao longo do trabalho serão abordados pontos importantes para a compreensão do assunto tratado como, a conceituação de alienação parental, por quem e como ela pode ser praticada, a incidência das falsas memórias nas crianças, as falsas denúncias de abuso sexual e, a importância da escuta dessa vítima menor de idade, por meio do Depoimento Especial, da mesma maneira que, busca-se analisar às consequências processuais e psicológicas destes atos para todos os envolvidos. Desse modo, a aplicação da Justiça Sistêmica surge como um instrumento que auxilia na solução dos litígios no âmbito do Direito de Família, em especial, a alienação parental. No decorrer das explanações realizadas no presente artigo compreende-se que, a utilização da Justiça Sistêmica, a partir das Constelações Familiares e do Pensamento Sistêmico, trazem resultados positivos quando aplicados nos casos de alienação parental já que, trabalham o conflito de forma mais profunda permitindo que as partes percebam as dinâmicas ocultas que estão por trás das divergências.

Palavras-chave: Alienação Parental. Abuso Sexual. Falsas Denúncias. Justiça Sistêmica.

Introdução

A alienação parental e as falsas denúncias de abuso sexual são um problema presente na sociedade atual, mas pouco vislumbrado pelas pessoas que não fazem parte do ciclo familiar onde tal ato é praticado. Por conta disso, muitas vezes, o fato acaba por não receber a devida atenção ou, até mesmo, passa-se a acreditar que não existe. Ocorre que, enquanto acredita-se em uma falsa realidade, as vítimas desta ação sofrem psicologicamente e juridicamente os seus efeitos.

Diversas pessoas podem praticar a alienação mas, os mais recorrentes, são os pais que passaram por um término conturbado com o parceiro e buscam um meio de retaliação, vendo na criança a melhor forma para isso. O intuito do alienador é enfraquecer a relação afetiva entre as vítimas e, para isso, se utiliza de elementos que difamam o genitor alienado. Dessa forma, este tema merece atenção, principalmente, porque possuem como principais vítimas as crianças.

Nos casos mais graves, o alienador cria em sua cabeça que o outro genitor abusa sexualmente da criança e induz esta a acreditar que isso realmente ocorreu. O ato de introduzir na mente da criança fatos que não aconteceram na realidade chama-se de introdução de falsas memórias. Esse fato se agrava quando o suposto abuso é denunciado e passa a ser investigado, pois, é preciso muito cuidado e conhecimento técnico para identificar o que é verdade e o que não passa de mera invenção.

A justiça, nesses casos, deve ser acionada mas, precisa inovar nos meios utilizados para solucionar tal problemática e trazer novos meios de soluções para esse conflito. Uma dessas formas que pode e deve ser explorada pelo Poder Judiciário é a aplicação da Justiça Sistêmica que, busca trazer resultados mais eficientes ao possibilitar o restabelecimento das relações familiares e, assim, cessar a incidência da alienação parental.

Portanto, o presente trabalho aborda a questão da alienação parental, como ela se desenvolve e os motivos que levam os familiares a praticá-la, bem como, apontam-se caminhos de solução para que o Sistema Judiciário atue de forma efetiva nesses casos, a fim de garantir a proteção integral de crianças e adolescentes e o seu desenvolvimento em um ambiente familiar saudável e harmonioso.

A Alienação parental: premissas essenciais

A família é definida como uma instituição civil essencial para à sociedade independentemente de sua constituição, seja ela sanguínea ou afetiva, possuindo proteção constitucional. O ordenamento jurídico tam-

bém institui que homens e mulheres são iguais perante a lei e que, ambos, têm direitos e deveres quanto à criação e a educação dos filhos. Após o advento da possibilidade de dissolução do casamento e das uniões estáveis através das separações ou dos divórcios, criou-se uma nova adversidade para o Direito pois, a disputa pela guarda dos filhos, trouxe à tona, um novo problema: a alienação parental (GARCIA, 2003, p. 1).

A definição de alienação parental, bem como os atos que são considerados como alienadores estão dispostos no artigo 2°, da Lei 12.318[2] de 2010, que dispõe que, a alienação parental é o ato onde um dos genitores acaba por interferir na formação psicológica da criança ou do adolescente, com o objetivo de afastar o menor do outro responsável legal. Essa interferência pode se caracterizar através de atos como, difamar o outro responsável, dificultar a convivência, esconder informações importantes sobre a criança, entre outras ações que podem configurar alienação.

Desse modo, a alienação parental ocorre quando uma pessoa do círculo familiar da criança ou do adolescente, através de distorções da realidade ou até mesmo de invenções, começa a interferir na relação do infante com os outros responsáveis legais, tendo como principal objetivo, prejudicar o convívio e causar o distanciamento entre eles. A alienação

[2] Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

parental pode ser praticada pelos avós, tios ou pessoas próximas da criança ou adolescente mas, os casos mais comuns, são os praticados pelos genitores, seja de forma direta ou indireta (PINTO, 2018, 4).

As principais causas apontadas para a ocorrência da alienação parental são o divórcio entre os pais, a disputa pela guarda dos filhos ou a não superação do término, onde um dos responsáveis acaba usando a criança como um meio de vingança. Um ponto importante que deve ser considerado é que, mesmo que o casamento ou união tenha chegado ao fim, é direito do pai, da mãe e da criança o convívio com o genitor que não possua a guarda, para que não ocorra a ruptura dos laços afetivos e que, a responsabilidade sobre assuntos importantes, como, a criação, a educação e a saúde do filho seja compartilhada por ambos os responsáveis (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 16-17).

É nesse sentido, visando à proteção dos laços afetivos familiares que, o legislador elaborou o artigo 3° da Lei 12.318/2010[3] que, apresenta a alienação parental como uma forma de violação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes pois, prejudica o direito à convivência familiar saudável e caracteriza abuso moral e psicológico contra os menores, além, do descumprimento dos deveres impostos aos genitores.

A alienação inicia quando o alienador começa a interferir no desenvolvimento psicológico da criança frente a imagem do outro genitor, criando distorções da realidade e induzindo a criança a acreditar que o pai ou a mãe não gosta do filho e, nas situações mais graves, pode introduzir falsas memórias de supostos abusos sofridos (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 17). É principalmente quando a alienação chega a este ponto que o Poder Judiciário é acionado pelo alienador, onde procura, através da justiça, formas de punir o genitor alienado, bem como, busca trazer veracidade aos fatos inventados.

[3] Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

A alienação parental pode ser identificada no menor alienado quando esta já está em um grau mais avançado de desenvolvimento, sendo observado mudanças no comportamento da criança que já teve a memória do genitor(a) alienado(a) constantemente destruída por meio de comentários difamatórios. Nesse ponto, a violação psicológica sofrida pela criança é tanta que esta não deseja mais manter qualquer vínculo com o responsável alienado e demonstra uma dependência psíquica do alienador (LIMA, 2021, p. 29).

Não há como definir um padrão específico para o alienador mas, alguns comportamentos e características pessoais possuem influência e podem ajudar a detectar a alienação. Como pano de fundo para este tipo de comportamento pode ser citado o medo e a sensação de abandono que o cônjuge alienante possui, a dependência que este possuía do ex companheiro, a manipulação e a dominância que exercia, a baixa autoestima, o não reconhecimento do fim da relação, o ciúme dos novos envolvimentos amorosos do ex cônjuge, dentre outras condutas que podem ser utilizadas para traçar um possível perfil alienador (LIMA, 2021, p. 30).

A intervenção do alienador na relação se dá por meio de comportamentos como, interferências telefônicas, dificultar a visitação, não entregar presentes ou recados deixados pelo ex companheiro(a) ao filho, esconder desse, informações importantes em relação a criação do filho, desqualificar o ex cônjuge, como também, advertir os filhos que, caso venham a se relacionar com o outro genitor, serão punidos. Essas manobras vão aumentando, gradativamente, por isso, muitas vezes, não é possível a identificação da alienação logo no início (LIMA, 2021, p. 30-31).

A edição da Lei de Alienação Parental, no ano de 2010, veio com o intuito de que se gerasse uma diminuição na prática dessa conduta nociva, tendo em vista que, ela torna mais grave o delito pois, implica sanções para quem aliena. A referida Lei busca trazer em seus artigos a exemplificação do que é a alienação parental, quem pode realizar, os cuidados e os passos que o juiz deve tomar no processo, além de trazer as sanções aplicáveis tanto para o genitor alienante quanto para o genitor alienado

que, mesmo sendo vítima, sofre durante o curso do processo restrições quanto à convivência com seu filho. (FREITAS, 2015, p. 40-41; 46-47).

Assim como aconteceu com diversas normativas legais, a Lei da Alienação Parental sofreu duras críticas quando de sua promulgação, especialmente, das pessoas (genitores alienadores) que foram vítimas de suas sanções punitivas. Em 2022, o legislador promoveu algumas alterações na Lei, dentre elas, a proibição da suspensão do poder familiar, bem como, fortaleceu o direito da visitação assistida, garantindo, assim, a continuidade dos laços afetivos que foram prejudicados e diminuindo os impactos causados pela alienação. (DIAS, 2022, p. 2).

Portanto, verifica-se que, à prática da alienação parental, independentemente de quem a realiza, gera uma situação extremamente prejudicial à criança e deve ser levada a sério tanto pela sociedade como pelo Poder Judiciário, tendo em vista que, os efeitos deste ato podem deixar traumas para uma vida inteira. Além disso, neste cenário, ocorre a violação direta de direitos previstos no ordenamento jurídico, que buscam assegurar a criança e adolescente um ambiente saudável, em que impere amor, carinho e, principalmente, convivência familiar, para que esta possa se desenvolver da melhor forma possível.

As falsas denúncias de abuso sexual no contexto da alienação parental

Como já mencionado anteriormente, a alienação pode ser praticada pelo genitor alienante através de pequenas atitudes que, na sua somatória, vão prejudicando e enfraquecendo a relação afetiva das vítimas. O grau mais grave deste ato é quando o alienador cria supostos abusos contra o menor e vem a denunciar o ex-companheiro(a) alienado, mesmo sabendo que tudo não passa de mera invenção e de uma forma drástica de vingança.

O abuso sexual infantil está historicamente presente na sociedade, desde os primórdios da humanidade, crianças e adolescentes, comumen-

te, são submetidos a violação de sua integridade física para satisfazer as vontades sexuais de seus pais, pessoas próximas ou até mesmo completos desconhecidos (AMARAL, 2008, p. 15). Diante disso, a Constituição Federal de 1988 determinou como um dever da família, a proteção da criança e do adolescente, assegurando, entre outros direitos, à segurança, à dignidade e ao respeito. Entretanto, esses deveres são violados quando ocorre a prática do abuso sexual, onde a criança é exposta ao perigo, além de ter sua a sua dignidade violada, trazendo graves problemas psicológicos e sociais.

Existem duas formas de abuso sexual. A primeira é a intrafamiliar, praticada por pessoas que estão diariamente com a vítima e possuem superioridade perante ela. Normalmente, é praticado pelo genitor, padrasto ou algum outro parente próximo que possui fácil acesso a casa e, trata-se, muitas vezes, de um crime em que a única testemunha é a própria vítima e, por ser praticado dentro da família, os números de denúncias são reduzidos, não trazendo à tona a realidade dos números de abuso infantil. A outra forma de abuso sexual é a extrafamiliar, praticado por pessoas completamente desconhecidas ou que não são próximas a vítima ou de sua família (BITENCOURT, 2022, p. 50).

O abuso sexual infantil pode se caracterizar através da relação sexual de fato praticada contra a vontade da vítima, pela sedução, pela prática de atos libidinosos, como carícias nas partes íntimas ou a exibição dos órgãos sexuais por parte do abusador (MOURA, 2019, p. 1). Durante o abuso, a criança é exposta a uma situação humilhante, além de perigosa, pois está suscetível a contrair doenças que podem ser transmitidas sexualmente e, até mesmo, uma gravidez, cujo corpo e a própria vítima não estão preparadas.

Independentemente do tipo de violação sexual que a vítima sofreu, intrafamiliar ou extrafamiliar, os abusadores possuem o mesmo objetivo, satisfazer suas necessidades sexuais não se importando com as consequências físicas e psicológicas que a criança sofrerá. Diante dos fatos, além do infante ser a vítima do crime, passará também, a ser a testemu-

nha, tendo que repassar mentalmente por toda a dor, rejeição e culpa do abuso sofrido, causando a sua revitimização (BITENCOURT, 2022, p. 50).

Além da família, a escola e os professores possuem um papel fundamental na identificação dos abusos em crianças e adolescentes. A vítima de violência sexual apresenta alguns comportamentos que podem auxiliar na descoberta do crime pelos profissionais da educação. Dessa forma, é fundamental a preparação dos educadores para que saibam agir de forma correta perante a situação, comunicando os órgãos responsáveis sobre os fatos para que estes sejam investigados e as medidas cabíveis sejam tomadas (SILVA; CARVALHO, p. 7-8).

O abuso sexual infantil acaba sendo utilizado nos casos de alienação parental como forma de punição para com o genitor alienado, que pode sofrer duras sanções ao longo da investigação. As falsas denúncias surgem quando o alienador começa a criar na sua mente que, os momentos que, não passam de puro cuidado do ex companheiro, são, na verdade, abusos que este realiza contra o(a) filho(a), passando a induzir a criança ou adolescente a acreditar que realmente está sofrendo violações sexuais, com o intuito de afastar a criança do outro genitor.

Tanto a alienação parental quanto as falsas denúncias de abuso sexual são duas formas graves de violência e abuso psicológico, que podem ocorrer em situações de conflito entre pais separados. Ao ingressar com o processo de abuso sexual o objetivo do autor, que neste caso é o genitor alienador, é buscar convencer o juiz que, de fato, ocorreu o abuso e que a convivência com o ex companheiro(a) deve ser rompida pois, se mantida, o filho estará em risco, tendo, assim, a concretização do seu objetivo principal, sendo este, o distanciamento entre o filho e o responsável alienado. Logo, para que a sentença prolatada lhe seja favorável, busca provar, através do testemunho da criança alienada que, os abusos relatados, são verdadeiros.

A prova testemunhal sempre teve alto grau de valoração nos processos judiciais, pois, muitas vezes, é um dos únicos meios de provar que o fato realmente aconteceu, principalmente, nos casos que não deixam sinais materiais. Nos processos de alienação parental não é diferente, por

não deixar vestígios, o depoimento das pessoas envolvidas são as principais provas e possuem grande influência na hora de o juiz tomar a decisão. No entanto, este deve ter cuidado e apoio técnico profissional ao tomar o depoimento do infante (SEGER; JÚNIOR, 2011, p. 2).

Todo ser humano possui memórias, sejam elas de momentos tristes ou felizes de suas vidas. No entanto, nem sempre, determinadas memórias são frutos de lembranças de momentos passados pois, através de influências externas, o cérebro pode produzir falsas memórias de momentos que nunca aconteceram na realidade ou distorcer as já existentes (STEIN, 2010, p. 20).

A memória humana é formada pelos fatos que ocorrem no dia a dia, além de outros elementos que podem ser acrescentados pela própria pessoa ou por um terceiro em relação ao acontecimento principal. E, quando há esta interferência de terceiros ou não, surgem as falsas memórias, fazendo com que as lembranças ganhem novos significados que não são verdadeiros. A alteração de memórias é mais fácil de ser realizada em crianças ou pessoas que sofreram algum tipo de trauma, assim, o infante, vítima de alienação parental, se torna um alvo fácil para o alienador pois, reúne as duas características: é uma criança e está sofrendo constantemente uma agressão psíquica que lhe causa traumas (FLECH, 2012, p. 64).

É a partir desta manipulação das lembranças que surgem as falsas denúncias de abuso sexual, no entanto, distinguir uma falsa lembrança de uma lembrança verdadeira é difícil e requer conhecimentos técnicos de psicólogos ou psiquiatras e, mesmo assim, pode haver dúvidas da veracidade ou não dos acontecimentos narrados pela criança (GUAZZELLI, 2015, p. 6-7).

As falsas memórias, nas lembranças da criança, são transformadas quando o adulto alienador distorce e manipula a compreensão do infante sobre a realidade dos fatos e, devido a constante repetição, o filho acaba por incorporar as invenções a suas lembranças e, passa a relatar os acontecimentos com as novas informações acreditando que são verdadeiras (BERTI, 2022, p. 13).

Durante a instrução do processo judicial, no momento em que a testemunha/vítima menor de idade estiver prestando o seu depoimento e houver a suspeita de que os fatos por ela narrados não correspondem com a realidade, não pode o juiz a acusar de estar dando um falso depoimento pois, para o depoente, aquilo que está sendo dito é verdadeiro, tendo em vista que, sofreu influências de terceiros em suas memórias principais e não mais consegue distinguir o que é mentira e o que é verdade, sendo este fato denominado como falsas memórias sugeridas (FLECH, 2012, p. 68-71).

Como demonstrado, a criança acaba sendo suscetível à implantação de falsas memórias sugeridas. Assim, deve ser cuidada a forma em que é tomado o seu depoimento, o modo como a pergunta é realizada, o ambiente em que está sendo perguntado para que, assim, a criança possa responder com maior clareza possível, trazendo qualidade para o relato que servirá de prova nos autos. Além disso, o modo escolhido para ser realizada a inquirição não deve basear-se apenas em perguntas, mas, sim, estimular a criança a fazer desenhos pois, através destes, ela expressa com mais fidelidade e exatidão dos fatos (FLECH, 2012, p. 82-84).

Outro ponto que merece atenção ao se falar em depoimento de crianças é a quantidade de vezes em que ela é exposta a testemunhar, visto que, quanto mais vezes relatar a mesma coisa, mais fácil será apresentar informações novas que não condizem com a realidade e que podem terem sido inseridas em sua memória por um terceiro, devido ao lapso temporal entre o acontecimento e os testemunhos. Portanto, o primeiro relato apresentado será o mais fiel aos fatos verdadeiros, devendo este, ser considerado no processo (FLECH, 2012, p. 82).

Buscando, a todo o momento, a proteção da criança, bem como, o seu bem estar físico e emocional e, respeitando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, o Poder Judiciário institui um método para tomar o depoimento desse grupo de pessoas, o denominando de Depoimento Sem Dano que, depois, foi alterado para Depoimento Especial. Essa forma de

depoimento possui aplicabilidade em todo o território nacional e traz um procedimento específico a ser aplicado.

Anteriormente à instituição do Depoimento Especial, a criança era ouvida na sala de audiências comum, pois era tratada como uma testemunha normal e, as perguntas eram feitas sem o auxílio de um profissional da área da psicologia ou da assistência social. Ademais, a vítima era exposta a presença de seu abusador durante toda a sua declaração. Tal modo de inquirição demonstra que não havia preocupação com os impactos que o crime causou na vítima, além de representar violação aos direitos e princípios que protegem o público infanto-juvenil (BERTI, 2022, p. 16-17).

O Depoimento Sem Dano foi instituído em 2007, com o objetivo de tornar a inquirição da criança menos traumática. E, em 2017, foi promulgada a Lei 13.431, que estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, regulamentando a escuta especializada e o Depoimento Especial a partir do art. 7º. Ou seja, o Depoimento Sem Dano passou a ser designado como Depoimento Especial. A Lei 13.431, buscou trazer um lugar mais acolhedor e aconchegante para o depoente do que a tradicional sala de audiências. É realizado por profissionais das áreas de psicologia ou da assistência social, pois apresentam maior instrução técnica e cuidado para colher o testemunho de forma que a criança não se sinta violada ou assustada e que, assim, atenda de forma satisfatória seu objetivo (BRITO, 2008, p. 2).

A lei do Depoimento Especial, foi criada pelo legislador com o principal objetivo de garantir a criança e ao adolescente seu direito de se expressar e contar a violência que sofreu seja ela física, sexual, psicológica aqui apresentada nos casos da alienação parental e quando ocorre as falsas denúncias de abuso sexual, violência patrimonial e instituconal. Além de assegurar prioridade nas questões que envolvam menores, bem como ter as suas informações preservadas para que seja evitado possíveis discriminações e garantir que estas vítimas tenham acesso a assistência especializada jurídica e psicossocial a fim de que compreendam os acon-

tecimentos do processo judicial, mas que também possam tratar-se dos traumas sofridos (BRASIL, 2017, 01).

O depoimento especial busca: I- a redução do dano durante a produção de provas e processos judiciais, II- a garantia dos direitos da criança, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao ser ouvida em Juízo, sua palavra seja valorizada, bem como sua inquirição respeite a sua condição de pessoa em desenvolvimento; e III- melhoria na produção de provas (CEZAR, 2007, p. 62).

Dessa maneira, para que seja evitada a revitimização da criança, a coleta do depoimento será realizada uma única vez em sala apartada da que está o juiz, promotor e o acusado. Isto se dá para que a criança não se sinta intimidada com a presença de seu abusador e relate o que aconteceu. As perguntas são feitas pelo juiz ao assistente social ou psicólogo e este a dirige para a vítima, sem que esta se dê conta de que está passando por uma inquirição (BRITO, 2008, p. 3-4).

Como em todos os processos judiciais e respeitando o disposto no artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, é assegurado ao acusado o contraditório durante o depoimento da criança, além de que, após o encerramento da oitiva da vítima é juntado aos autos uma cópia gravada de toda a declaração realizada, buscando garantir o acesso para possíveis consultas posteriores além de evitar que seja necessário a realização de um novo depoimento especial (BERTI, 2022, p. 17-18).

Via de regra o depoimento especial é solicitado pelo Ministério Público ao entrar com o pedido de medidas protetivas para o menor e antes de apresentar a representação/denúncia contra o autor do fato. Por este motivo, o depoimento especial é realizado de forma cautelar, a fim de produzir antecipadamente provas que serão base para a propositura da ação penal principal e da decisão do juiz quanto ao convívio da criança com o responsável acusado/alienado, além de ser uma forma de ter um relato mais exato do crime não comprometendo, assim, a autenticidade da prova (BERTI, 2022, p. 18).

Com as exposições acima pode-se concluir que, a criança, mesmo em seu lar, pode estar exposta a diversas formas de violação, sendo as mais frequentes a violação sexual, nos casos de abuso, e psicológica, nos casos de alienação parental. A exposição da criança a estas transgressões põe em risco a sua saúde mental e física onde, as consequências poderão perdurar por uma vida inteira, mesmo que conte com o acompanhamento de profissionais especializados.

Portanto, para que seja amenizado o sofrimento desta criança é de suma importância que, cada vez mais, o Poder Judiciário crie formas de tornar a escuta destas vítimas, quando necessário, menos dolorosas, fazendo com que, as lembranças, sejam elas do abuso ou da alienação que sofria, não causem ainda mais traumas. Ademais, deve sempre ser assegurado o seu direito de fala, a sua dignidade, bem como, a sua proteção.

As Consequências desencadeadas pela alienação parental no desenvolvimento das crianças e dos adolescentes

Nos casos de alienação parental é notório que tal prática gera duas vítimas. A primeira vítima, é a criança ou adolescente que tem sua mente manipulada de forma cruel por uma das pessoas que ama e que passa a agredir a imagem do outro genitor. A outra vítima, é o genitor alienado que tem sua relação afetiva minada através de invenções produzidas e introduzidas na mentalidade da criança, causando danos ao relacionamento de ambos. As vítimas possuem perdas que, em muitos casos, são irreparáveis e que perduram uma vida inteira.

Uma das principais consequências para a criança que sofreu alienação parental é o desenvolvimento da Síndrome da Alienação Parental. Em 1985, Richard Gardner, famoso psicólogo e psiquiatra da época, definia, pela primeira vez, a Síndrome da Alienação Parental como um distúrbio infantil que se origina da alienação parental. Esse estudo leva em consideração os efeitos e as consequências desta prática, onde Gardner afirmava que a criança passava por uma espécie de lavagem cerebral

fazendo com que, ela mesma, com o passar do tempo, começasse a contribuir com algumas invenções (ROMERO; NORONHA, 2021, p. 08).

Durante todo o percurso da alienação parental a criança é utilizada pelo alienador como uma peça de jogo, causando danos psicológicos e um conflito interno pois, deve escolher entre as duas pessoas que mais ama (DIAS, 2008, s/p). Ainda, o grau de intensidade, a idade e a relação que o infante possuía com o genitor alienado são importantes aspectos que influenciarão diretamente nos efeitos causados pela alienação parental (ZANATTA; CRUZ, 2021, p. 4).

A criança vítima de alienação parental se sente abandonada pelo genitor alienado, criando um sentimento de que este não lhe ama mais, assim, passa a se sentir excluída e, como ainda não possui um desenvolvimento mental suficiente, é incapaz de lidar de forma sensata com essas situações, o que, por sua vez, vem a causar todos os efeitos das agressões psíquicas que sofreu de seu guardião legal (SANTOS; CARDOSO, 2019, p. 430).

A pressão psicológica exercida pelo alienador faz com que a criança desenvolva problemas como ansiedade, depressão, isolamento, insegurança, agressividade e sentimento de culpa em ter que escolher um de seus responsáveis. Além das consequências já mencionadas, o sentimento de abandono ou o reconhecimento de que foi utilizado como um meio vingança entre as pessoas que deveriam lhe dar amor, afeto, carinho e cuidado pode levar o jovem a buscar meios de consolo ou formas para esquecer como o uso de álcool e ou drogas (PEREIRA, 2021, p. 17).

Contudo, a consequência mais devastadora e que causa grandes traumas na criança é o sentimento de ser rejeitado pelo seu pai ou pela sua mãe, que também foi vítima da alienação parental. Ainda, a criança pode apresentar, em alguns casos, certa aversão às tentativas de aproximação para restabelecimento dos vínculos familiares entre ambos, devido à forte campanha difamatória do adulto alienador (NETO, 2019, p. 24-25).

Para o genitor alienado as consequências da alienação parental não divergem muito daquelas geradas na criança, podendo vir a desenvolver ansiedade, depressão, estresse, agressividade e tristeza devido a incon-

formidade com a situação. Mesmo o adulto já possuindo um maior grau de desenvolvimento psicológico do que a criança, o afastamento com o convívio de seu filho(a) gera uma sensação de incapacidade perante a situação (NETO, 2019, p. 25).

Já em relação ao alienador, este também sofrerá punições, caso seja confirmado através das perícias psicológicas e biopsicossocial, que realizou alienação. Conforme apresentado no artigo 6°, da Lei 12.318/2010[4], o alienador poderá ser punido com uma sanção de multa em casos de descumprimento das ordens proferidas pelo juiz, ter decretada a inversão da guarda para o genitor alienado e poderá ser encaminhado para acompanhamento psicológico.

O encaminhamento dos envolvidos para acompanhamento psicológico é medida indispensável e fundamental a ser tomada pelo juiz. Através desta assistência dada pelo profissional as partes começam a entender os papéis que exerciam dentro da alienação, os motivos que levaram a essa prática e, formas para minimizar os efeitos gerados para todos os envolvidos na situação, ou seja, alienador e as vítimas (NETO, 2019, p. 27).

Anteriormente à alteração legislativa provocada pela Lei 14.340/2022, na Lei de Alienação Parental, havia a previsão da destituição do poder

[4] Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

§ 1º Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022)

§ 2º O acompanhamento psicológico ou o biopsicossocial deve ser submetido a avaliações periódicas, com a emissão, pelo menos, de um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e o indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento. (Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022)

familiar perante o genitor alienador, sendo de todas as punições previstas, a mais severa, tendo em vista que, dessa forma, as ligações afetivas e familiares são totalmente rompidas entre os envolvidos. No entanto, esta possibilidade foi suprimida da legislação após a sua modificação, entretanto manteve-se a possibilidade da perda da guarda do genitor alienador para o responsável alienado, bem como, a instituição de guarda compartilhada quando possível, pois tais sanções apresentam um grau mais leve de severidade do que a destituição uma vez que não interrompem por completo os vínculos (NETO, 2019, p. 29).

Ademais, poderá o alienador responder nas esferas criminais e cíveis. Para o genitor que pratica a alienação há a possibilidade de responder criminalmente quando vier a violar ordem do juiz que autoriza a visitação do ex cônjuge alienado ao menor alienado (artigo 330, do Código Penal). Além disto, nos casos ainda que houver as falsas denúncias de abuso sexual, poderá responder por denunciação caluniosa ou comunicação falsa de delito ou contravenção penal, assim, conforme o ato praticado, enquadrar-se-á em um dos crimes acima narrados (NETO, 2019, p. 31-32).

Já civilmente, será possível a indenização por danos morais para ambas as vítimas, visto que, o artigo 186, do Código Civil, dispõe que será cabível indenização por danos morais quando por ação ou omissão voluntária violar o direito de outrem. Para que este ato produza o direito à indenização, deve tratar-se de ato ilícito, ser um dano indenizável e existir nexo de causalidade entre as condutas. No caso da alienação parental, o ato ilícito é configurado pela própria prática de alienar que causa danos às vítimas. O dano se caracteriza pela campanha difamatória feita pelo alienador de seu ex companheiro ao seu filho e o nexo de causalidade dá-se pois, o resultado danoso para as vítimas só acontece porque o alienador praticou as omissões ou ações e difamou a vítima (NETO, 2019, p. 33-34).

Conforme se vê, a alienação parental pode acarretar uma série de consequências negativas para a criança que acaba crescendo em um ambiente familiar conturbado, para o genitor alienado que sofre com o dis-

tanciamento de seu filho e para a família como um todo que devido aos conflitos não proporciona um convívio familiar adequado para os integrantes. Essas consequências vão além dos aspectos emocionais e podem afetar diversos aspectos da vida da criança, incluindo seu desenvolvimento psicológico, relacionamentos interpessoais e perspectivas futuras.

É fundamental reconhecer a gravidade da alienação parental e suas repercussões, bem como, tomar medidas para preveni-la e combatê-la. Isso envolve a conscientização da sociedade, a capacitação de profissionais para identificar e intervir nos casos de alienação parental e, a implementação de políticas públicas que promovam o respeito aos direitos da criança e do genitor alienado. A proteção do bem-estar das crianças e a preservação dos laços familiares saudáveis devem ser priorizadas no ordenamento jurídico pátrio, visando garantir um ambiente propício para o crescimento equilibrado dos filhos, mesmo em situações de separação ou divórcio dos pais. É nesse viés, que a Justiça Sistêmica surge como um instrumento de restabelecimento das relações familiares.

A possibilidade de aplicação da Justiça Sistêmica nos casos de alienação parental

A justiça possui como objetivo principal trazer soluções para os casos em que é solicitada. Ocorre que, nos casos de alienação parental, nem sempre o meio tradicional de resolução de problemas utilizado pelo Poder Judiciário será eficiente. Elaborar uma sentença que imponha punições para quem alienou e meios para que se tente restabelecer os laços quebrados entre as vítimas alienadas, podem vir a ser ineficazes perante a gravidade do que ocorreu. Dessa forma, o Judiciário deve ofertar formas alternativas para a solução desses casos, como, por exemplo, a Justiça Sistêmica (FILHO, 2014, p. 157).

A aplicação da Justiça Sistêmica nos casos de alienação parental tem se mostrado uma abordagem eficaz e promissora para lidar com essa problemática complexa que é a alienação parental. A Justiça Sistêmica é uma

abordagem que busca compreender os conflitos familiares dentro de um contexto mais amplo, considerando não apenas as questões jurídicas, mas também, as dinâmicas e os relacionamentos familiares, para que se possa entender os motivos que levaram a essa situação (STORCH, 2016, p. 01) .

Nesse sentido, a Justiça Sistêmica busca uma atuação mais abrangente, levando em conta não apenas as demandas dos indivíduos envolvidos mas, também, o impacto dos conflitos nas relações familiares e no bem-estar das crianças, buscando promover a conscientização, a prevenção e a intervenção adequada nos casos de alienação parental, com o objetivo de garantir a proteção dos direitos da criança e a preservação das relações familiares saudáveis.

Ao adotar a Justiça Sistêmica, os profissionais envolvidos, como juízes, advogados e psicólogos, buscam compreender a dinâmica familiar, identificar os padrões de alienação parental e desenvolver estratégias de intervenção. Além disso, procura-se estimular a colaboração entre os pais, visando a construção de acordos que priorizem o melhor interesse da criança e promovam uma convivência saudável com ambos os genitores. Dessa forma, a aplicação da Justiça Sistêmica nos casos de alienação parental visa não apenas resolver disputas legais, mas também restaurar a saúde emocional e a estabilidade familiar, proporcionando um ambiente propício para o desenvolvimento saudável das crianças envolvidas (STORCH, 2016, p. 02-03-05).

O Pensamento Sistêmico e a Constelação Familiar foram desenvolvidas pelo filósofo alemão Bert Hellinger, que, por meio de estudos sobre as leis naturais que regem as relações humanas, compreendeu como a inobservância desses pressupostos influência nas relações familiares (LIMA, 2021, p. 39). A família, na concepção sistêmica, vai muito além das pessoas que ainda estão presentes no plano terrestre pois, os atos praticados pelos ancestrais, possuem forte influência nas ações tomadas pelas pessoas durante a vida, assim, como, são incluídas na família, todos os seres humanos que tiveram atuação definitiva para o prosseguimento da vida e da trajetória da família (STORCH, 2022, p. 21).

Este meio alternativo de resolução de conflitos foi aplicado, pela primeira vez, no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro pelo juiz de Direito, Sami Storch, onde inicializou o uso do Pensamento Sistêmico e a Constelação Familiar na Vara de Direito de Família em que atuava no estado da Bahia. Levando em consideração o sucesso dos casos envolvendo conflitos familiares em que a Constelação Familiar foi aplicada naquele estado, os demais entes federativos começaram a procurar entender e aplicar nas suas jurisdições este método alternativo de solução de conflitos (SILVA; MELO, 2020, p. 64).

O Pensamento Sistêmico e a Constelação Familiar são formas de aplicação da Justiça Sistêmica ou do Direito Sistêmico uma vez que, trazem à tona, os medos, inseguranças, traumas e problemas nos relacionamentos e o quanto as ações dos ancestrais estão relacionadas com essas dinâmicas disfuncionais que as pessoas vivenciam no presente. Muitas decisões tomadas pelo círculo familiar ou pelas pessoas intimamente ligadas a ele podem deixar marcas que afetam os seus descendentes e, a Justiça Sistêmica, ajuda a trazer consciência para essas questões (STORCH, 2022, p. 21).

Hellinger acreditava que o Direito Sistêmico também deveria ser utilizado nos processos judiciais que versam sobre direito de família, levando em consideração que, a aplicação sistêmica, busca alcançar verdadeiras soluções para os conflitos, pois procura o fato gerador que veio a embasar todo o atrito envolvendo aquele núcleo familiar e não apenas dar um fim ao litígio através de uma sentença judicial, que, inclusive, pode enfraquecer ainda mais os laços afetivos da família ao polarizar a ação entre o vencedor e o perdedor (LIMA, 2021, p. 39).

A Constelação consiste em uma pessoa que apresente nestes casos um conflito familiar e queira ser constelada, onde se escolhem pessoas aleatórias que também estão ali para representar figuras importantes da família do constelado, como, os pais, os irmãos e os avós. Os representantes não sabem nenhum detalhe da vida do constelado. Durante a constelação os representantes dos entes familiares da pessoa que está

sendo constelada passam a expressar, através de palavras ou gestos, as relações recíprocas, trazendo à tona destinos que nem mesmo a pessoa imaginava. Schneider (2007, p. 15) demonstra, a seguir, de forma clara e precisa, como é realizada uma sessão de constelação:

> O método da constelação é muito simples em seu processo básico. O terapeuta pede ao cliente, num grupo terapêutico ou de desenvolvimento pessoal, que posicione, de acordo com suas mútuas relações, pessoas significativas no tocante à questão ou necessidade apresentada por ele. São, por exemplo, pessoas mais íntimas de sua família de origem, a saber, ele próprio, seus pais e irmãos, às vezes apenas ele e seus pais ou ele e um sintoma que o incomoda. Para representar os personagens, o cliente escolhe certos participantes do grupo e os posiciona no recinto, de acordo com suas mútuas relações, sem fazer comentários. Ele deve fazer isso a partir de seu sentimento ou do "coração", portanto, sem buscar justificativas, sem escolher um determinado período de sua vida, e sem imaginar determinadas cenas que vivenciou em sua família. Simplesmente se deixa conduzir por um impulso interno indiferenciado e por uma atitude amorosa. Normalmente, é preciso haver clareza sobre quem representa uma determinada pessoa da família ou algum sintoma, como o "medo" ou alguma entidade abstrata, como o "segredo" ou a "morte."

A esse respeito, após o posicionamento dos integrantes, estes passam a experimentar os sentimentos/vivências das pessoas que estão representando. É nessa hora que ocorre a manifestação da experiência fenomenológica. Esse sentir é possível, pois, segundo Rupert Sheldrake, biólogo, bioquímico e parapsicólogo inglês, todas as pessoas participam de um mesmo campo morfogenético e estruturas espaço-temporais sendo que, estes determinam os comportamentos dos seres humanos (SANTOS; CARDOSO, 2019, p. 444).

Iniciada a sessão, caso o constelador perceba que a dinâmica desenvolvida ainda não está satisfatória, deve perguntar aos representantes quais emoções ou sensações estão sentido e, com as respostas, deve sugerir a alteração de posições ou incluir novos personagens para que, assim, seja identificado o emaranhamento que sobrecarregou a alma do referido sistema familiar. Com essa identificação, será possível contemplar o nível de consciência quebrado, causador das divergências familiares (SANTOS; CARDOSO, 2019, p. 446).

A Constelação Familiar alcança seu objetivo quando os representantes dos integrantes da família relacionam-se entre si com respeito, harmonia e, nos casos em que havia ocorrido a exclusão de um ente, com a reintegração do familiar. Assim cada um passa a integrar o lugar que lhe é devido. Ao final da constelação, o constelado é instigado a assumir o seu próprio lugar, para que, assim, possa sentir a reconciliação e a reordenação, podendo finalizar a sessão com uma frase ou um gesto para que as almas entendam que houve a resolução dos conflitos (SCHNEIDER, 2007, p. 16).

Como se percebe, a Constelação Familiar, é uma abordagem que busca compreender e lidar com os problemas jurídicos e sociais a partir de uma perspectiva mais ampla e sistêmica, reconhecendo que, os conflitos e desafios enfrentados por indivíduos e grupos, estão enraizados em sistemas maiores, como, famílias, comunidades e organizações. A abordagem da Justiça Sistêmica se baseia na compreensão de que as relações humanas são complexas e influenciadas por dinâmicas ocultas e interconexões não inesperadas. E, nesse sentido, busca trazer luz a essas dinâmicas e encontrar soluções que levem em consideração o bem-estar de todos os envolvidos, bem como, o equilíbrio dos sistemas em que estão inseridos.

Essa abordagem pode ser aplicada em diversos contextos, como, o direito de família, o direito penal, o direito do trabalho e outros campos da justiça e, envolve técnicas e metodologias específicas, que são utilizadas para representar visualmente o sistema e as relações envolvidas, permitindo uma compreensão mais profunda dos problemas e identificação de possíveis soluções.

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça de 2010, reconheceu a importância da aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário e trouxe os parâmetros e as formas que devem ser colocadas em prática. Sendo assim, o uso do Pensamento Sistêmico e a Constelação Familiar são formas de resolução de conflitos que visam diminuir os atritos entre as partes e trazer um ambiente mais harmônico propagando a cultura de pacificação social estando de acordo com as diretrizes propostas pela Resolução em questão.

Perante o exposto, a Justiça Sistêmica busca promover a cura, a reconciliação e a transformação de conflitos, considerando não apenas os aspectos jurídicos, mas, também, o viés emocional, psicológico e social ao enfatizar a importância de abordar os problemas de forma holística, levando em conta, não apenas os indivíduos envolvidos, mas também, as dinâmicas sistêmicas e as consequências a longo prazo das decisões tomadas.

Considerações finais

Pode se concluir que, a alienação parental está presente, principalmente, nas relações conjugais que tiveram um fim onde um dos ex cônjuges não aceita o término, e que movido pelo sentimento de raiva ou o simples medo de ficar sozinho, começa a interferir na relação do filho com o outro guardião, com o objetivo de que estes se afastem. Essa interferência é realizada por meio de uma campanha difamatória diária e contínua contra o adulto alienado. Logo, tamanha é a insistência que a criança passa a acreditar nas invenções e acaba criando um sentimento de repulsa ao alienado difamado.

Nos casos mais extremos da alienação parental, o alienador inventa supostos abusos cometidos pelo genitor alienado contra o filho, aqui, o Poder Judiciário é acionado e deve ter o máximo de cautela possível no transcurso do processo, tendo em vista que, provar que tudo não passa de uma invenção é extremamente difícil. A criança vítima de alienação parental pode passar pelo fenômeno da criação de falsas memórias, tendo as suas lembranças alteradas ou até mesmo criadas pelo alienador podendo, demonstrar que, efetivamente, sofreu os abusos sexuais.

Ao se judicializar a demanda, a criança passa a ser vítima e testemunha do suposto crime cometido, assim, precisa ser ouvida no processo. E, para que essa escuta seja positiva e não prejudique ainda mais a vítima/testemunha, deverá ser realizada pela modalidade do Depoimento Especial, em que as perguntas são feitas por profissionais das áreas da

psicologia ou assistência social, sendo capazes de identificar se o que foi relatado pela criança é verdade ou não.

Todos os envolvidos acabam sofrendo com a alienação parental e, assim, todos devem contar com o apoio e acompanhamento de profissionais da área da psicologia para que possam entender o fato gerador da alienação parental e desenvolver meios para reparar os estragos por ele causados, mesmo que, por muitas vezes, este caminho seja longo e talvez nunca seja totalmente solucionado, principalmente, por parte da criança ou adolescente, que é o mais prejudicado e quem mais sofre com toda a situação.

Na grande maioria dos casos, quando há um conflito, busca-se solucioná-los pelas vias judiciais, no entanto, nos casos que envolvem direito de família a justiça deve ter uma visão mais humanitária, visto que, se trata de uma relação que algum dia já envolveu muito amor e respeito. A questão é que, muitas vezes, os próprios litigantes esquecem do início da relação e que um dia já gostaram um do outro e trazem para as audiências o rancor e a raiva que sentem após o término, não se importando com os efeitos que isso gera para os filhos e dificultando a realização de acordos e conciliações que seriam muito mais benéficas para ambos.

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, no decorrer de seu texto traz exatamente a importância da resolução de conflitos por meios alternativos aos da justiça comum, a exemplo disto pode-se citar a conciliação e a mediação, além de enfatizar que essas formas alternativas de solução de conflitos causam uma diminuição nas demandas judiciais, pois tratam os desentendimentos com uma visão mais humana e sensível.

É com base nesta mesma Resolução que entra a Justiça Sistêmica como forma alternativa e eficiente de solucionar, de fato, os conflitos que envolvem questões familiares, dentre elas, a alienação parental. Através das técnicas de observação utilizadas na Constelação Familiar busca-se entender o fato gerador do conflito. Portanto, o Pensamento Sistêmico e a Constelação Familiar demonstram-se eficazes perante as situações de alienação parental, trazendo efeitos positivos para os envolvidos, como,

o restabelecimento das relações familiares, além de que, como a solução apresentada mostra resultados a longo prazo, é uma forma de diminuir as demandas judiciais e trazer uma visão mais sensível para a resolução de conflitos principalmente, quando estes envolvem assuntos delicados como a alienação parental e a participação de crianças e adolescentes.

Referências

AMARAL, Ana. **Manifestações do abuso sexual de menores e o desenho:** Dores a Cores em Folhas de Papel. Disponível em: <https://repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/3717/1/11886.pdf>. Acesso em: 23 de março de 2023.

BERTI, Jadi Cristina. **ABUSO SEXUAL X ALIENAÇÃO PARENTAL:** O DIFÍCIL DIAGNÓSTICO E A APLICABILIDADE DO DEPOIMENTO ESPECIAL. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/32213/JADI%20CRISTINA%20BERTI%20._2719434_assignsubmission_file_ABUSO%20SEXUAL%20X%20ALIENA%c3%87%c3%83O%20PARENTAL%20o%20dif%c3%adcil%20diagn%c3%b3stico%20e%20a%20aplicabilidade%20do%20Depoimento%20Especial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 de maio de 2023.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal: Parte especial:** crimes contra a autonomia sexual até crimes contra a fé pública - arts. 213 a 311-- Vol. 4 . São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555597141. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597141/. Acesso em: 06 de abril de 2023.

BRASIL. Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. **Lei da Alienação Parental.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

BRASIL. Lei 13.431 de 4 de abril de 2017. **Lei de Depoimento Especial.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2023.

BRASIL.Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de junho de 2022.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Diga-me agora...o depoimento sem dano em análise.** Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652008000200009>. Acesso em: 25 de maio de 2022

CEZAR, José Antonio Daltoé. **Depoimento sem dano:** uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n° 125. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Conselho Nacional de Justiça, [*S. l.*], 29 nov. 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf>. Acesso em: 13 junho 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Ajustes na Lei da Alienação Parental.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1814/Ajustes+na+Lei+da+Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental>. Acesso em: 30 de março de 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?**. Disponível em:<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/463/S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental,+o+que+%C3%A9+isso>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2. ed. –São Paulo : Saraiva, 2014.

FLECH, Larissa Civardi. **Falsas Memórias no Processo Penal**. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67291/000872494.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 de maio de 2023.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010** – 4.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GARCIA, Marco Túlio Murano. **Separação e divórcio no novo Código Civil.** Disponível em:<https://ibdfam.org.br/artigos/103/Separa%C3%A7%C3%A3o+e+div%C3%B3rcio+no+novo+C%C3%B3digo+Civil>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

GUAZZELLI, Mônica. **Falsa denúncia de abuso sexual.** Disponível em:<https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/artigo_monic.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2022

LIMA, Anna Julia de Farias. **ALIENAÇÃO PARENTAL E A JUSTIÇA SISTÊMICA:** A UTILIZAÇÃO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR SISTÊMICA COMO MEDIDA EFICAZ DIANTE DA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/31621/1/Aliena%c3%a7%c3%a3oParentalJusti%c3%a7a.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2023.

MOURA, Andreina. **Alguns aspectos sobre o abuso sexual contra crianças**. Disponével em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-75.html#>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

NETO, Luiz Antônio da Costa. **CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL**. Disponível em: <https://repositorio.ivc.br/bitstream/handle/123456789/75/Mon%20Luiz%20Ant%c3%b4nio%20da%20Costa%20Neto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

NORONHA, João Luiz de Almeida, ROMERO, Leonardo Dalto. **A lei da alienação parental**: da inconsequência dos pais para o bem estar da criança e do adolescente. Disponível em: <IBDFAM: A lei da alienação parental: da inconsequência dos pais para o bem-estar da criança e do adolescente>. Acesso em: 26 de maio de 2022.

PEREIRA, Alan Rodrigues. **Aspectos jurídicos da alienação parental:** uma análise do perfil do alienador e as sequelas geradas. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1693/Aspectos+jur%C3%ADdicos+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+uma+an%C3%A1lise+do+perfil+do+alienador+e+as+sequelas+geradas>. Acesso em: 15 de março de 2023.

PINTO, Saulo Góes. **Alienação parental intrafamiliar- ambiente familiar hostil**. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/esmam-artigos/4421-alienacao-parental-intrafamiliar-ambiente-familiar-hostil/file>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

SANTOS, Débora Cristina dos. CARDOSO, Ana Lúcia Brunetta. **A PRÁTICA DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR:** nos casos de alienação parental. Revista Jurídica & Sociedade, v. 4, n. 1, p. 397-463, 2019. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/774>. Acesso em: 26 de maio de 2023.

SCHNEIDER, Jakob Robert. **A prática das constelações familiares.** Tradução Newton A. Queiroz. Patos de Minas: Atman, 2007.

SEGER, Mariana da Fonseca. JUNIOR, Aury Lopes. **Prova Testemunhal e Processo Penal:** A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mariana_seger.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2023.

SILVA, Alan Minas Ribeiro da; BORBA, Daniela V. **A morte inventada:** alienação parental em ensaios e vozes. In: FILHO, Gildo Alves de Carvalho. Alienação parental. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. *E-book*. ISBN 9788502616226. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616226/>. Acesso em: 30 de março de 2023.

SILVA, Kesia Patrícia Pereira da. CARVALHO, Elizabete Aparecida de. **ABUSO SEXUAL NA INFÂNCIA:** uma prática que pode causar danos físicos e psicológicos para a criança. Disponível em: <https://www.univale.br/wp-content/uploads/2019/09/PEDAGOGIA-2018_2-ABUSO-SEXUAL-NA-INF%C3%82NCIA-UMA-PR%C3%81TICA...-KESIA.pdf>. Acesso em: 31 de maio de 2022.

SILVA, Sandriélen Cardoso da. MELO, José Octávio de Castro. **Constelações familiares como meio de solução de conflito:** possibilidade de sua aplicação aos casos de alienação parental**.** In: LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati; MAGALHÃES, Natália de Andrade (Orgs.). Perspectivas jurídicas: novas reflexões [recurso eletrônico]- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p. 64-81.

STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STORCH, Sami (org). **Estudos de Direito Sistêmico –** Volume 1 / Sami Storch, Roberta Rotta Messias de Andrade, Amilton Plácido da Rosa, Karla Ramos da Cunha (organizadores) – Brasília : Tagore Editora, 2022.

STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. *In* **Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4**. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015.

ZANATTA, L. M. O.; DA CRUZ, M. E. S. **Alienação parental e suas consequências irreversíveis** / Parental alienation and its irreversible consequences. Brazilian Journal of Development, *[S. l.]*, v. 7, n. 4, p. 42164–42174, 2021. DOI: 10.34117/bjdv7n4-602. Disponível em: https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/28847. Acesso em: 19 de maio de 2023.

Uma avaliação da implementação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil no âmbito municipal[1]

Lucas Freitas da Mota*

Resumo

Este trabalho apresenta uma análise da institucionalização do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, mediante a Lei 13.019/14, no âmbito municipal. As mudanças no ordenamento jurídico que estabeleceram as normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, modificaram procedimentos administrativos adotados para estabelecimento desta relação jurídica. Nesse sentido, a implementação desta Lei no âmbito municipal proporciona o fortalecimento da efetivação das competên-

[1] Artigo científico apresentado ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Ezequiel Paulo Zanellato, no ano de 2023.

* Aluno do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Lagoa Vermelha-RS. 180501@upf.br e currículo lattes http://lattes.cnpq.br/7667453848003203

cias constitucionais municipais que perpassam as entidades do terceiro setor, resultando na desburocratização, parametrização e celeridade dos processos administrativos, como também, de primordial importância, a participação da sociedade civil nas demandas locais. Nesse sentido é apresentado o papel fundamental da presença do Estado (ente municipal) junto as entidades do terceiro setor (sociedade civil organizada) na implementação do poder local e efetividade das políticas públicas.

Palavras-chave: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil; Poder local; Políticas Públicas.

Introdução

A participação cidadã na elaboração e acompanhamento das políticas públicas sempre foi objeto fundamental na instauração da ordem social estabelecida pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), ofertando o fortalecimento da busca de justiça social e condicionamento de responsabilização dos indivíduos através das bases constitucionais, principalmente implementadas por seu Art. 5°. A atuação do cidadão como agente protagonista no processo de planejamento, seleção, celebração, execução, elaboração, acompanhamento e fiscalização das políticas públicas, enquanto ferramenta de controle social, é foco catalizador na correlação entre as interações da sociedade civil organizada (SCO) e o Estado. Pois, propicia não só um sentimento de pertencimento dos indivíduos na gestão administrativa, como também, aponta para maior transparência nas ações de governança por parte dos representantes eleitos pelo povo.

Assim, é objeto desta análise, uma breve apreciação da conquista social do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – Lei Federal 13.019/2014 ou Lei das Parcerias, sob escopo de que o Estado se consubstancia no liame entre governo (1° setor), mercado (2° setor) e organizações da sociedade civil (3° setor), onde cada "pilar de sustentação", labora harmonicamente exercendo seu papel e competência característica. Tão logo, remete que as relações do Estado com a sociedade, são de

extrema valia para o regime de mútua cooperação junto ao ente estatal, é claro, desde que haja segurança tanto jurídica quanto institucional.

Nesse sentido, esta pesquisa apresenta uma tríade lógica. Primeiramente aborda a importância da participação cidadã e da implementação de mecanismos legais para promover a transparência, eficiência e efetividade das políticas públicas no Brasil. A Constituição Federal de 1988 se materializa como marco fundamental da democracia participativa, ao estabelecer diversos instrumentos de comprometimento da sociedade civil na formulação e controle das políticas públicas.

Por sua vez, em um segundo momento é abordada a evolução legislativa do terceiro setor e das organizações da sociedade civil no Brasil, com ênfase no Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC). Este Marco Regulatório, representa um avanço ao reconhecer e fortalecer as organizações da sociedade civil como atores importantes na participação social e na prestação de serviços públicos, buscando melhorar o ambiente jurídico e institucional para estas entidades, proporcionando segurança jurídica e transparência nas relações com o poder público.

Destarte, a terceira base desta perspectiva, se consubstancia na reflexão da implementação da Lei nº 13.019/2014, através do MRSCO, que tem um impacto significativo no âmbito municipal. Afinal, é neste ente federado, onde a maioria das parcerias entre o poder público e as organizações da sociedade civil são estabelecidas. Esse marco introduziu um novo modelo de parcerias que enfatiza a qualificação das organizações, transparência, controle social e planejamento dos projetos. Sendo que, estas parcerias devem ser formalizadas por meio de chamamentos públicos, com ampla divulgação e participação popular.

Ainda tem como escopo, fortalecer as organizações da sociedade civil, proporcionando- lhes maior segurança jurídica, transparência e autonomia na gestão dos recursos públicos e privados. Desse modo, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), necessitam de qualificação legal no cumprimento de requisitos, como transparência na

gestão dos recursos, auditorias independentes e prestação de contas aos órgãos de controle.

A reflexão sobre o caráter resultante da institucionalização do MROSC no âmbito municipal é essencial para compreender os impactos desta legislação na gestão pública local, uma vez que, as competências constitucionais do município e a efetivação do Marco Regulatório são de extrema importância para a implementação eficaz das políticas públicas. A seguir são analisados os temas propostos, inicialmente pelo importante marco estabelecido pelo Constituição Federal de 1988, no que corresponde a participação do cidadão na edificação do Estado brasileiro.

A institucionalização da participação social a partir da Constituição Federal de 1988

A instauração de evolução da ordem jurídica, social, econômica e política garantida pela promulgação da Constituição Federal de 1988, promoveu no Estado Brasileiro um marco importante de garantias fundamentais aos cidadãos. Desde então, houve o aprimoramento de participação nas relações de poder social e local, proporcionando abertura na construção cidadã do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a institucionalização da participação social a partir da Constituição Federal de 1988 representa um marco significativo na consolidação da democracia participativa no Brasil. O artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal estabelece fundamentalmente o exercício do poder popular tanto de forma direita, quanto indireta através dos representantes eleitos democraticamente[2]. [3]

Como leciona Moraes (2001, p. 41) e Canotilho (2003, p. 123), a introdução do parágrafo único no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, reflete o reconhecimento explícito da importância da participação popular na tomada de decisões e na definição das políticas públicas no contexto

[2] Constituição Federal: Art. 1°, Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

brasileiro. Essa inclusão constitucional representa um marco fundamental na consolidação da democracia participativa no país.

A Constituição Federal de 1988, reafirma o princípio da soberania popular como a base legítima do exercício do poder político no Brasil. Essa disposição constitucional, ressalta a importância da participação ativa dos cidadãos, seja por meio da escolha de seus representantes eleitos, seja pela participação direta em processos decisórios, de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos na própria Carta Magna. Dessa forma, a inclusão desse parágrafo na Constituição Federal de 1988 não apenas reconhece o direito e o dever dos cidadãos de participar na vida política do país, mas também estabelece as bases jurídicas e institucionais para a efetivação da participação popular. Essa participação se manifesta por meio de diferentes instrumentos e mecanismos, como consultas populares, audiências públicas, conselhos de políticas públicas e outros espaços de deliberação e interação entre governo e sociedade civil (CANOTILHO, 2003, p. 129).

A consolidação da democracia participativa demanda constantemente o desenvolvimento de mecanismos legais e institucionais que garantam a efetividade e a transparência da participação popular. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 representa um importante marco normativo ao reconhecer a participação cidadã como um valor fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil (NOHARA, 2015, p. 191).

Embora a Constituição estabeleça como seu principal alicerce o cidadão, é notório que, em várias ocasiões, não ocorre a devida apropriação dos instrumentos legais previamente determinados para participação, representação e organização. Esses instrumentos são essenciais para garantir a eficiência e eficácia no âmbito social, buscando efetivamente transpor as ações do Estado em benefício daqueles que dependem desses serviços públicos. Sendo assim, é evidente que o uso adequado dos mecanismos legais disponíveis para promover a participação ativa dos cidadãos nas construções das políticas públicas, garante uma representação e estabelece uma or-

ganização eficiente, pois há o encurtamento da necessidade com a realidade social. Esses elementos são cruciais para que as políticas públicas sejam implementadas de forma eficaz (MOTTA, MÂNICA, OLIVEIRA, 2019, p. 18).

A promoção da participação social no Brasil tem sido um processo gradual e contínuo, em análise a este pensamento acadêmico, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a aprovação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) em 2014. A Constituição de 1988 desempenhou um papel fundamental na consolidação da democracia participativa no país, ao estabelecer diversos mecanismos de participação da sociedade civil na formulação e no controle das políticas públicas.

De acordo com Avritzer (2013, p. 21), a Constituição Cidadã representou um avanço significativo no que diz respeito à participação popular, ao reconhecer e institucionalizar a participação da sociedade civil como um princípio fundamental do Estado democrático de direito. Essa constituição estabeleceu diversos instrumentos de participação social, como as conferências, os conselhos e os orçamentos participativos, que possibilitam a atuação direta dos cidadãos na definição e no monitoramento das políticas públicas.

Segundo Avritzer (2013, p. 132), embora esses mecanismos tenham sido previstos na Constituição, sua implementação efetiva depende de fatores como vontade política, capacitação dos atores envolvidos e garantia de condições adequadas para a participação cidadã. Além disso, a participação social no Brasil passou por avanços e desafios ao longo das últimas décadas, com momentos de maior ou menor protagonismo da sociedade civil e variações na efetividade dos mecanismos participativos.

Já o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), conforme destacado por Salamon e Anheier (2014, p. 439), foi um marco importante no reconhecimento e fortalecimento das organizações da sociedade civil como atores fundamentais no processo de participação social e na prestação de serviços públicos. Essa legislação buscou aprimorar o ambiente jurídico e institucional para as organizações da

sociedade civil, estabelecendo regras claras para parcerias e colaborações com o Estado.

Em 2014, foi aprovado o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) que tem como base jurídica a Lei n° 13.019/14, tendo como objetivo fortalecer a atuação das organizações da sociedade civil e garantir sua participação na elaboração e no controle das políticas públicas (DI PIETRO, 2019, p. 247). O MROSC estabelece diretrizes para a celebração de parcerias entre o poder público e as organizações da sociedade civil, buscando maior transparência, eficiência e efetividade na utilização dos recursos públicos.

Além disso, outros mecanismos de participação, como as conferências, os conselhos, os orçamentos participativos, as audiências públicas e as ouvidorias que permitem a participação direta dos cidadãos na definição e no monitoramento das políticas públicas, promovendo o diálogo, a inclusão e o controle social (NOHARA, 2015, p. 201)

Destaca-se também a importância dos movimentos sociais na defesa de direitos e na transformação social, atuando como agentes de atuação política e mobilização da sociedade. As leis de acesso à informação e de consórcios públicos são mencionadas como instrumentos que fortalecem a participação social e a cooperação entre entidades públicas e a sociedade civil. No geral, é ressaltada a necessidade de fortalecer a participação cidadã e garantir a implementação efetiva dos mecanismos legais existentes, a fim de construir uma sociedade mais justa, inclusiva e igualitária, onde os cidadãos tenham voz ativa na definição das políticas públicas (NOHARA, 2015, p. 208).

Neste diapasão, Di Pietro (2019, p. 212) também destaca, como mecanismos sociais de participação cidadã, as conferências, os conselhos e os orçamentos participativos, e ainda complementa que é necessário haver uma visão abrangente sobre estes mecanismos de participação social, para que se construa a efetiva participação e interesse social na construção de tomada de decisão sobre as políticas públicas.

Em conformidade com essa argumentação, as conferências representam uma importante forma de participação democrática, possibilitando o

diálogo entre diferentes atores sociais e a formulação de políticas públicas mais inclusivas e legitimadas pela sociedade. No que diz respeito aos conselhos, sua relevância tem embasamento na democratização das decisões governamentais e no controle social das políticas públicas e são espaços de participação da sociedade civil e do Estado, nos quais são discutidos temas de interesse público e propostas de melhorias (DI PIETRO, 2019, p. 215).

Além destas ferramentas mencionadas, há também que se considerar a importância das audiências públicas como um instrumento de consulta e debate, permitindo que os cidadãos apresentem suas opiniões e contribuições sobre questões relevantes para a comunidade. As ouvidorias também são aludidas como mecanismos de participação, sendo responsáveis por receber denúncias, sugestões e reclamações da sociedade em relação aos serviços públicos, promovendo a transparência e o controle social (DALLARI, 1996, p. 14).

Ao longo do tempo, outras leis foram criadas no intuito de fortalecer a participação social. Um exemplo é a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que estabelece o direito dos cidadãos de terem acesso às informações públicas, possibilitando maior transparência e controle sobre as ações governamentais (DI PIETRO, 2019, p. 240). Através dessa lei, a participação social é fortalecida, uma vez que os cidadãos podem exercer um papel mais ativo na fiscalização e no monitoramento do Estado.

Outra importante lei que visa promover a participação e a cooperação entre entes federativos é a Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005). Essa legislação permite a formação de consórcios entre municípios, estados e até mesmo entre diferentes esferas de governo, com o objetivo de promover ações conjuntas e compartilhadas para a execução de políticas públicas (DI PIETRO, 2019, p. 245). Dessa forma, a participação social é fortalecida através da cooperação entre entidades públicas e a sociedade civil. Além disso, as legislações mencionadas, como a Lei de Acesso à Informação, a Lei de Consórcios Públicos e o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, têm proporcionado instrumentos e diretrizes para a participação efetiva dos cidadãos. A Lei de Acesso à Informação, por exemplo,

garante o direito dos cidadãos de terem acesso a informações públicas, promovendo maior transparência e controle sobre as ações governamentais. Já a Lei de Consórcios Públicos permite a formação de parcerias entre entes federativos, fortalecendo a participação social através da cooperação entre entidades públicas e a sociedade civil, principalmente a respeito de infraestrutura, saúde e transporte público. Por sua vez, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil reconhece e fortalece o papel dessas organizações como atores fundamentais na participação social e na prestação de serviços públicos (DI PIETRO, 2019, p. 248).

A participação social e a busca por uma gestão pública mais transparente e democrática têm sido fortalecidas através da implementação de diversos mecanismos e leis. A atuação dos movimentos sociais desempenha um papel fundamental nesse processo, juntamente com legislações como a Lei de Acesso à Informação, a Lei de Consórcios Públicos e o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Essas iniciativas têm contribuído para ampliar a voz e a participação dos cidadãos na esfera pública, permitindo que suas demandas e interesses sejam levados em consideração (MOTTA, MÂNICA, OLIVEIRA, 2019, p. 20).

Os movimentos sociais se destacam como importantes formas de participação e atuação política, operando na defesa de direitos e na transformação social. Esses movimentos têm se mostrado essenciais na luta por uma sociedade mais justa e inclusiva, mobilizando-se em prol de causas específicas e promovendo a conscientização e o engajamento da sociedade (DI PIETRO, 2019, p. 245). Através de suas ações coletivas e organizadas, os movimentos sociais conseguem dar visibilidade a problemas sociais, conscientizar as autoridades e nortear a formulação e implementação de políticas públicas.

As parcerias entre o Estado e as organizações da sociedade civil têm desempenhado um papel fundamental na implementação de políticas públicas no Brasil. Ao longo do tempo, essas parcerias evoluíram de uma abordagem assistencialista para uma perspectiva mais participativa, na qual as organizações têm maior protagonismo na definição e implementa-

ção das políticas públicas. As organizações da sociedade civil contribuem com conhecimentos técnicos, expertise local e capacidade de mobilização social, agregando valor às ações do Estado (LOTTA, 2019, p. 127).

Em conjunto, essas medidas e ações têm impulsionado a participação ativa dos cidadãos na esfera pública, fortalecendo a democracia participativa e contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa, inclusiva e igualitária. É fundamental que os mecanismos e leis existentes sejam efetivamente implementados e que haja um contínuo aprimoramento das práticas participativas, garantindo que os cidadãos tenham voz ativa na definição e no monitoramento das políticas públicas (MANAF, FILHO, 2017, p. 542). Portanto, verificada a questão da participação cidadã, se apresenta a construção legislativa relacionado ao MROSC.

A evolução legislativa do terceiro setor com a implementação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil

Ao longo dos anos, a legislação brasileira tem passado por uma evolução significativa no que diz respeito ao terceiro setor e às organizações da sociedade civil. Uma das principais marcas dessa evolução é a implementação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), previsto na Lei nº 13.019/2014. Esse Marco Regulatório trouxe importantes mudanças para o setor, estabelecendo regras claras para parcerias e colaborações entre o Estado e as organizações da sociedade civil (DI PIETRO, 2019, p. 324).

De acordo com Carvalho Filho (2018, p. 421), o MROSC representa um avanço significativo ao reconhecer e fortalecer as organizações da sociedade civil como atores fundamentais no processo de participação social e na prestação de serviços públicos. Essa legislação busca aprimorar o ambiente jurídico e institucional para as organizações da sociedade civil, proporcionando maior segurança jurídica e transparência nas relações com o poder público.

A evolução legislativa do terceiro setor no Brasil pode ser observada através de diversas leis e normas ao longo do tempo, nos moldes da própria evolução do Estado brasileiro de burocrático para gerencial e, enquanto a administração pública burocrática é autorreferente, a administração pública gerencial é orientada para o cidadão (BRESSER PEREIRA, 2015, p. 25). Neste contexto, conforme Cerdeira (2018, p. 86) a mudança formal do art. 37 da CF/88 através da Emenda Constitucional nº 19/1998, adotou medidas de desburocratização, ou seja, disciplinar a Administração Pública para que se alcance os melhores resultados na promoção dos serviços públicos.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a fluente manutenção legislativa para que se alcance os objetivos recíprocos e inerentes em atender as necessidades dos cidadãos, assim como o MROSC, outras leis importantes corroboram tal arcabouço jurídico relacionado ao terceiro setor, como a Lei nº 9.790/1999, que instituiu as normas para criação e funcionamento das OSCIPs, a Lei nº 11.079/2006, que estabeleceu normas para parcerias público-privadas, e a Lei nº 4.320/1965, que estabeleceu normas gerais de direito financeiro para entidades do terceiro setor que recebem recursos públicos (JUSTEN FILHO, 2018, p. 497).

O objetivo dessas leis e normas é garantir transparência, legalidade e eficiência na gestão dos recursos públicos e privados e promover uma atuação responsável e efetiva das organizações da sociedade civil na implementação de políticas públicas. O MROSC, em particular, estabeleceu diretrizes e regras para as parcerias, incluindo chamamento público, critérios transparentes de seleção e exigência de prestação de contas (DI PIETRO, 2019, p. 367).

Segundo Di Pietro (2019, p. 289) destaca, o MROSC trouxe uma série de inovações, como a exigência de seleção pública para a celebração de parcerias, a definição de instrumentos jurídicos específicos para a formalização dos termos de colaboração e fomento, e a criação do Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública (CNEs). Essas medidas visam

promover uma gestão mais eficiente e transparente dos recursos públicos destinados às organizações da sociedade civil.

A implementação do MROSC reflete a preocupação em estabelecer um ambiente favorável para o fortalecimento do terceiro setor e para a participação ativa das organizações da sociedade civil na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. A evolução legislativa, com a promulgação dessa lei, é um importante passo para a consolidação e o reconhecimento das organizações da sociedade civil como atores fundamentais na promoção do bem-estar social e no desenvolvimento do país e, representa um avanço na relação entre o Estado e o terceiro setor, estabelecendo um novo paradigma baseado na cooperação e na construção de parcerias sólidas e sustentáveis. Essa nova abordagem incentiva a participação da sociedade civil na formulação e no monitoramento das políticas públicas, fortalecendo a democracia participativa (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 11).

Há de se convir, que as parcerias assim como os convênios administrativos, se distinguem diametralmente dos contratos. Conforme Mendes (2019, p. 43), estas parcerias pelo novo instituto, corroboram o regime de mútua cooperação de esforços dos partícipes, onde estes, possuem interesses comuns e recíprocos, todavia nos contratos, as partes têm interesses antagônicos.

Assim, mesmo que o Art. 8° da Lei Federal n° 13.019/14, inciso I, estabeleça a capacidade operacional do Estado para celebração da parceria, os cumprimentos de todos os ritos administrativos, tanto do acompanhamento e fiscalização do processo, como também, das responsabilidades da própria Organização da Sociedade Civil, esta deve motivar seus partícipes a responsabilidade de prestar contas (Art. 70, CF). Assim, conforme se apresenta a Lei das Parcerias, o Estado detendo de capacidade operacional deve cumprir todos os atos pautados em responsabilidades[3].

[3] Art. 8º Ao decidir sobre a celebração de parcerias previstas nesta Lei, o administrador público: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015); I - considerará, obrigatoriamente, a capacidade operacional da administração pública para celebrar a parceria, cumprir as obrigações dela decorrentes e assumir as respectivas responsabilidades; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015).

Segundo Di Pietro (2019, p. 323), a falta de uniformidade de pensamentos e orientação entre membros de governo e organizações da sociedade civil geram transtornos que causam confusões legais, inclusive no uso adequado dos instrumentos formais para cada relação jurídica, por exemplo, a diferença entre convênios e parcerias. Ainda importante salientar, que o Terceiro Setor é composto por entidades da sociedade civil que exercem atividades de interesse público e não lucrativas. O terceiro setor é composto por entidades que possuem características distintas. Segundo Bresser Pereira (1998, p. 16), essas entidades não são criadas pelo Estado, embora algumas possam ser autorizadas por lei ou depender de algum tipo de incentivo estatal para sua instituição. Além disso, diferentemente do Estado, essas entidades não desempenham serviços públicos delegados, mas sim atividades de interesse público, conhecidas como serviços sociais não exclusivos do Estado.

Essas entidades do terceiro setor recebem algum tipo de apoio do poder público, que pode incluir a concessão de títulos como o de utilidade pública, além de auxílios, subvenções e recursos provenientes do orçamento estatal (DI PIETRO, 2019, p. 362). Muitas delas também estabelecem vínculos jurídicos com o poder público por meio de convênios, termos de parceria, contratos de gestão ou outros instrumentos similares. Nesses casos, estão sujeitas às condições estabelecidas nos acordos e são obrigadas a prestar contas ao órgão da Administração Pública competente em relação ao cumprimento dos objetivos pactuados (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 16).

No que diz respeito ao regime jurídico, as entidades do terceiro setor são regidas pelo direito privado, porém, sujeitas a algumas normas de direito público que afetam parcialmente seu funcionamento e suas relações com o Estado. Essas organizações, também chamadas de organizações não governamentais (ONGs), desempenham um papel relevante na sociedade, complementando as ações do Estado e contribuindo para o desenvolvimento social. Tão logo, atentar para uma construção conjunta entre as OSC's e o Estado, é de notória necessidade para que este tema de relevante importância, possa oferecer para a sociedade serviços públi-

cos de mais e melhor qualidade e transparência. Assim, a Administração pública deve continuadamente renovar-se e modernizar-se, no estabelecimento das relações entre público e privado. (DI PIETRO, 2019, p. 324)

As parcerias entre o Estado e as organizações da sociedade civil têm desempenhado um papel fundamental na implementação de políticas públicas no Brasil (MACHADO & REZENDE, 2017, p. 19). Ao longo do tempo, essas parcerias passaram por transformações significativas, deixando de ser apenas incentivos a iniciativas caritativas para se tornarem instrumentos estratégicos na consecução dos objetivos fundamentais do Estado.

A evolução das parcerias pode ser percebida na transição de uma abordagem puramente assistencialista para uma perspectiva mais ampla e participativa (MACHADO & REZENDE, 2017, p. 21). Anteriormente, as organizações da sociedade civil eram vistas como meras executoras de programas sociais, recebendo recursos e diretrizes do Estado. No entanto, atualmente, essas parcerias são concebidas como processos colaborativos, nos quais as organizações têm maior protagonismo na definição e implementação das políticas públicas.

Nesse contexto, o papel das organizações da sociedade civil na implementação de políticas públicas se fortaleceu (MACHADO & REZENDE, 2017, p. 30). Elas contribuem com conhecimentos técnicos, expertise local e capacidade de mobilização social, agregando valor às ações do Estado. Além disso, as parcerias proporcionam maior eficiência e efetividade na execução das políticas, uma vez que as organizações estão mais próximas das demandas e necessidades da população-alvo.

O guia elaborado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão do Brasil destaca a importância de estabelecer relações de confiança e transparência entre o Estado e as organizações da sociedade civil, bem como a necessidade de definir objetivos claros, responsabilidades e mecanismos de prestação de contas (MACHADO & REZENDE, 2017, p. 30). Essas diretrizes visam garantir a efetividade das parcerias e o alcance dos resultados desejados em benefício da sociedade. Desta feita, as regulamentações municipais se tornam de valia primordial, ao tempo que

possam efetivar as políticas públicas relativas à participação da sociedade civil organizada, com intuito de garantia da democracia participativa e deliberativa. A evolução legislativa do terceiro setor no Brasil pode ser observada por meio de diversas leis e normas que foram criadas ao longo do tempo. A Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, foi um marco inicial ao instituir o Conselho Nacional de Serviço Social e regulamentar a profissão de assistente social (BRASIL, 1935). Outra lei importante foi a Lei nº 4.320, promulgada em 1965, que estabeleceu as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, incluindo as entidades do terceiro setor que recebem recursos públicos (BRASIL, 1965).

Em 1999, foi promulgada a Lei nº 9.790, que trouxe as normas para criação e funcionamento das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), permitindo parcerias com o poder público para a realização de atividades de interesse público (BRASIL, 1999).

Posteriormente, em 2006, foi aprovada a Lei nº 11.079, que estabeleceu as normas gerais para a contratação de parcerias público-privadas, incluindo as parcerias com as organizações do terceiro setor (BRASIL, 2006). E em 2014, foi aprovado o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), que busca fortalecer as organizações da sociedade civil e estabelecer regras para a celebração de parcerias com o poder público (DI PIETRO, 2019, p. 195).

Além das leis específicas para o terceiro setor, outras normas regulam a atuação das organizações, como a Lei de Licitações, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Responsabilidade Fiscal (DI PIETRO, 2019, p. 158). Essas leis têm como objetivo garantir a transparência, a legalidade e a eficiência na gestão dos recursos públicos e privados, visando uma atuação responsável e efetiva das organizações da sociedade civil na implementação de políticas públicas.

A evolução legislativa do terceiro setor no Brasil teve um marco importante com a implementação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC). Esse marco resultou na promulgação da Lei

Federal 13.019/14, que estabeleceu o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil (MACHADO & REZENDE, 2017, p. 23).

O MROSC foi resultado de discussões e debates que se intensificaram a partir de 2010, buscando aprimorar o estabelecimento das parcerias com as organizações da sociedade civil. Essa lei estabeleceu um novo modelo de parceria, baseado no regime de mútua cooperação entre o Estado e as organizações da sociedade civil, visando à consecução de finalidades de interesse público e recíproco, por meio da execução de atividades ou projetos (MACHADO & REZENDE, 2017, p. 23).

O objetivo desta ferramenta jurídica regulamentara é fortalecer as organizações da sociedade civil e garantir sua participação ativa na implementação de políticas públicas. Por meio desse Marco Regulatório, se busca promover maior transparência, eficiência e efetividade na utilização dos recursos públicos, bem como incentivar a participação cidadã e o controle social (CARVALHO FILHO, 2018, p. 331).

Assim, este marco estabeleceu diretrizes e regras para a celebração de parcerias entre o poder público e as organizações da sociedade civil, como a obrigatoriedade de chamamento público, a definição de critérios de seleção transparentes, a exigência de prestação de contas e a realização de auditorias independentes. Além disso, a lei estabeleceu a criação de um ambiente propício para o desenvolvimento das parcerias, por meio da simplificação de procedimentos e da promoção de capacitação e qualificação das partes envolvidas (DI PIETRO, 2019, p. 195).

Portanto, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil representa um avanço significativo na evolução legislativa do terceiro setor no Brasil, proporcionando um arcabouço legal que visa fortalecer as organizações da sociedade civil e promover uma gestão mais transparente e eficiente dos recursos públicos destinados às parcerias com o setor. Sendo assim, após esta breve análise a respeito da evolução legislativa do terceiro setor coadunada ao Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, é referenciada a correlação no âmbito do poder municipal.

Os impactos do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil no âmbito municipal: uma avaliação das mudanças e implicações

A Carta Magna de 1988, não somente, ampliou a participação dos cidadãos no contexto do poder local, como também, aportou aos Municípios o rol de ente federado, acostando competências quanto as suas atribuições junto a sua circunscrição. Esse rol, está elencado no Art. 30 da CF/88, ampliando o campo de atuação do Município e renovou a concepção de Poder Local como campo democrático e eficiente para a realização das políticas públicas (SANTIN, 2017, p. 129).

Ainda segundo Santin (2017, p.132), há que se considerar, que esse *status* que elevou os Municípios à categoria de ente federado, tornou promissora a possibilidade de uma gestão compartilhada entre poder público e sociedade civil em âmbito local. Cabendo também aos cidadãos decidir seu destino e a condução das políticas públicas mais elementares em âmbito local.

A partir disso, possuem uma responsabilidade compartilhada com o poder público em construir um ambiente favorável ao desenvolvimento democrático e social para a democratização das decisões públicas, o que as torna mais eficientes e legítimas, na medida em que podem ser compartilhadas com a população diretamente interessada (SANTIN, 2017, p. 137).

A implementação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), por meio da Lei nº 13.019/2014, tem implicações significativas no âmbito municipal, uma vez que a maioria das parcerias entre o poder público e as organizações da sociedade civil são estabelecidas nesse nível de governo (CARVALHO FILHO, 2018, p. 371).

Segundo Di Pietro (2019, p. 336), este marco introduziu um novo modelo de parcerias, enfatizando a qualificação das organizações, a transparência, o controle social e o planejamento das ações. As parcerias devem ser formalizadas através de chamamentos públicos, com ampla divulgação e participação da sociedade civil.

Nesse contexto, sob a esteira do preâmbulo da Lei 13.019/14 que institui consecução de finalidades de interesse público cominada ao Art. 30 da CF/88, que determina a competência dos municípios, em especial as políticas relacionadas ao interesse local, é imperioso salientar a importância dos entes federados municipais agregarem esforços conjuntos ao terceiro setor para a busca da resolução dos desafios locais (MOTTA, MÂNICA, OLIVEIRA, 2019, p. 145).

Este esforço é caracterizado pelo estímulo às diversas entidades sem fins lucrativos que atuam no impulso ao desenvolvimento social. São as chamadas entidades do terceiro setor, integrantes de uma espacialidade pública não-estatal. É por esta razão que as municipalidades desfrutam do exercício um verdadeiro poder municipal, que abrange a elaboração de políticas públicas, sem as quais restaria inerte a própria existência das municipalidades (CORRALO, 2012, p. 127).

Um dos principais objetivos do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) é fortalecer as organizações da sociedade civil, conferindo-lhes maior segurança jurídica, transparência e autonomia na gestão dos recursos públicos e privados (CARVALHO FILHO, 2015, p. 378). Para alcançar esse propósito, o MROSC estabelece requisitos específicos que as organizações devem cumprir para se qualificarem como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

Entre os requisitos exigidos, destaca-se a transparência na gestão dos recursos. As organizações devem adotar práticas transparentes, disponibilizando informações sobre a utilização dos recursos financeiros recebidos, bem como mantendo registros contábeis claros e acessíveis (DI PIETRO, 2019, p. 365). Essa medida busca garantir a prestação de contas e o uso adequado dos recursos, contribuindo para a confiança e a credibilidade das organizações.

Como leciona Di Pietro (2019, p. 328), a busca pelo interesse público, através do MROSC, permite que as organizações da sociedade civil atuem de forma mais efetiva na formulação e execução das políticas públicas. Por conseguinte, no âmbito municipal, a implementação do MROSC exige

uma adaptação dos processos e procedimentos administrativos, visando uma gestão mais eficiente das parcerias com as organizações da sociedade civil. A exemplo desta eficiência, se destaca, a criação de comissões de Monitoramento e Avaliação das Parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil (COMAP) nas prefeituras. Com a criação destas comissões, coexistente o poder local com o interesse público social, pois perpassa as demandas locais com a responsabilização efetiva dos cidadãos nas decisões do poder público. Nesse sentido, é necessário estabelecer mecanismos de divulgação ampla e participação da sociedade civil na seleção e acompanhamento das parcerias, promovendo uma maior transparência e controle social.

Além disso, o MROSC determina a realização de auditorias independentes nas OSC's e OSCIPs, visando avaliar a regularidade e a eficiência de suas atividades e o cumprimento das obrigações legais e contratuais. Essas auditorias proporcionam uma análise imparcial e profissional das práticas organizacionais, conferindo maior segurança e confiabilidade na gestão dos recursos (JUNIOR, 2011, p. 73).

A prestação de contas aos órgãos de controle também é um requisito fundamental para as organizações se qualificarem como OSCIPs. Elas devem apresentar relatórios detalhados sobre a execução de suas atividades, demonstrando como os recursos foram utilizados e quais resultados foram alcançados (JUNIOR, 2011, p. 79). Essa prestação de contas contribui para a transparência e a responsabilidade na gestão dos recursos públicos e privados.

Dessa forma, o MROSC busca estabelecer um ambiente propício para o fortalecimento das organizações da sociedade civil, conferindo-lhes condições adequadas para atuarem de forma eficiente e transparente na gestão dos recursos. A qualificação como OSCIPs, mediante o cumprimento dos requisitos estabelecidos, promove a confiança e a legitimidade dessas organizações, consolidando-as como importantes parceiras do poder público na implementação de políticas públicas e no alcance de objetivos sociais (JUNIOR, 2011, p. 82).

Além disso, o MROSC estabelece a participação da sociedade civil na elaboração e no controle das políticas públicas, por meio dos conselhos de políticas públicas e dos conselhos de acompanhamento e controle social. As organizações da sociedade civil são incentivadas a participar das instâncias de participação social, contribuindo para aprimorar a gestão pública, como também, busca simplificar e desburocratizar os processos de celebração e gestão das parcerias, reduzindo custos e tempo. As parcerias devem ser formalizadas por meio de termos de colaboração ou de fomento, com prazos definidos e objetivos claros (NOHARA, 2015, p. 204).

A participação cidadã, assim como enfatiza Resende (2019, p. 143), é estimulada pelo MROSC ao estabelecer a participação da sociedade civil na elaboração e no controle das políticas públicas por meio dos conselhos de políticas públicas e dos conselhos de acompanhamento e controle social (DI PIETRO, 2019, p. 351). Esses mecanismos permitem que as organizações da sociedade civil tenham voz ativa na definição das políticas que as afetam diretamente, contribuindo para a construção de soluções mais democráticas, representativas e que representem as necessidades e prioridades da comunidade.

Além disso, o MROSC promove a transparência na gestão dos recursos públicos e privados ao estabelecer requisitos específicos para as organizações da sociedade civil, como a prestação de contas aos órgãos de controle (JUNIOR, 2011, p. 81). Essa transparência é fundamental para assegurar que os recursos sejam utilizados de forma adequada, evitando desvios e garantindo a efetividade das ações realizadas pelas organizações.

A efetividade na implementação das políticas públicas é um objetivo central do MROSC. Através da qualificação das organizações da sociedade civil, do controle social e da transparência na gestão dos recursos, se busca garantir que as parcerias entre o Estado e as organizações sejam eficientes e alcancem os resultados esperados (DI PIETRO, 2019, p. 426). Isso implica em monitorar e avaliar as parcerias, assegurando que os recursos sejam aplicados corretamente e que os objetivos propostos sejam alcançados.

Esta ferramenta jurídica agregou a sua égide, inovações como a exigência de seleção pública para parcerias, a criação de instrumentos jurídicos específicos para formalizar termos de colaboração e fomento, e a criação do Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública. Essas medidas visam promover uma gestão mais eficiente e transparente dos recursos públicos destinados às organizações da sociedade civil. Dessa forma, o MROSC representa um avanço significativo na relação entre o Estado e as organizações da sociedade civil, proporcionando maior participação cidadã, transparência e efetividade na implementação das políticas públicas. Através desse Marco Regulatório, se estabelece parcerias mais sólidas e colaborativas, que possam gerar resultados positivos para a sociedade (RESENDE, 2019, p. 143),

Além disso, o MROSC estabelece a participação da sociedade civil na elaboração e controle das políticas públicas, por meio dos conselhos de políticas públicas e dos conselhos de acompanhamento e controle social. As organizações da sociedade civil são incentivadas a participar dessas instâncias de participação social, contribuindo para aprimorar a gestão pública em seus diversos âmbitos, neste contexto, em relação ao aprimoramento da circunscrição municipal. O marco também busca simplificar e desburocratizar os processos de celebração e gestão das parcerias, reduzindo custos e tempo. As parcerias devem ser formalizadas por meio de termos de colaboração ou de fomento, com prazos definidos e objetivos claros (MENDES, 2019, p. 29).

Nesse sentido, o MROSC visa garantir a efetividade das políticas públicas, por meio da qualificação das organizações da sociedade civil, do controle social e da transparência na gestão dos recursos públicos e privados. As parcerias devem ser monitoradas e avaliadas pelos órgãos de controle e pela sociedade civil, assegurando a correta aplicação dos recursos e o alcance dos objetivos propostos (DI PIETRO, 2019, p. 396). Assim, não se esgota em enunciar que o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil representa este avanço e contribui para a maior

participação cidadã, transparência e efetividade na implementação das políticas públicas.

Considerações finais

O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) no âmbito municipal representa um passo importante para aprimorar a gestão das parcerias entre o poder público e as organizações da sociedade civil (OSCs) no Brasil. Ao estabelecer novas regras e diretrizes, o MROSC visa garantir maior transparência, eficiência e segurança jurídica para ambas as partes envolvidas. A criação da Comissão de Monitoramento e Avaliação das Parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil (COMAP) nas prefeituras tem o propósito de fortalecer o acompanhamento e avaliação dessas parcerias.

Uma das principais inovações trazidas pelo MROSC é a exigência de cadastramento e avaliação da capacidade técnica e financeira das OSCs antes de firmarem parcerias com o poder público municipal. Isso contribui para uma seleção mais criteriosa e qualificada das organizações, promovendo a efetividade e o alcance dos objetivos propostos. Além disso, a elaboração de um plano de trabalho detalhado, que deve ser monitorado e avaliado periodicamente pela COMAP, possibilita um acompanhamento mais eficaz e contínuo da execução das atividades pactuadas.

Outra importante mudança trazida pelo MROSC é a disponibilização de recursos públicos para as OSCs por meio de termos de colaboração ou de fomento. Esses instrumentos jurídicos estabelecem as condições e obrigações das partes envolvidas na parceria, promovendo uma relação mais equilibrada e transparente. Isso contribui para fortalecer o papel das OSCs na promoção do interesse público e no desenvolvimento de ações voltadas para o bem-estar e real necessidades da sociedade.

A adoção do MROSC no âmbito municipal reflete a preocupação em promover uma gestão pública mais participativa e democrática. A lei proporciona uma maior abertura para a sociedade civil participar ativamente

na formulação e execução de políticas públicas, fortalecendo a democracia e ampliando a representatividade dos diversos setores da sociedade.

Além disso, o MROSC está alinhado com a perspectiva do setor sem fins lucrativos no Brasil, ao promover aprofundamento da cooperação entre o poder público e as OSCs para o alcance de finalidades de interesse mútuo.

No contexto da administração pública, o MROSC representa uma mudança significativa na forma como são estabelecidas as parcerias com as OSCs. Este marco regulamentar representa, como também as diversas legislações citadas neste estudo, a transição da administração pública burocrática para a gerencial. Este significativo marco, se enquadra nesse contexto, ao introduzir uma abordagem mais flexível e participativa nas relações entre o Estado e as OSCs. A legislação também se baseia em fundamentos do direito administrativo que tratam das diferentes formas de parcerias e da necessidade de diretrizes claras para a cooperação entre o setor público e as OSCs.

Em conclusão, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil no âmbito municipal busca promover uma gestão mais eficiente, transparente e participativa das parcerias entre o poder público e as OSCs. A criação de comissões de monitoramento e avaliação e a avaliação da capacidade técnica e financeira das organizações, antes da celebração das parcerias são mecanismos que visam garantir a seleção criteriosa e a qualidade das parcerias estabelecidas para que efetivamente sejam cumpridas as obrigações estabelecidas.

A disponibilização de recursos por meio de termos de colaboração ou fomento, acompanhados de um plano de trabalho detalhado, fortalece a relação entre o Estado e as OSCs, estabelecendo condições e obrigações claras para ambas as partes. Essa abordagem contribui para uma parceria mais equilibrada, em que os interesses públicos e privados se alinham em busca da efetivação das políticas públicas inerentes as atividades fins de cada organização da sociedade civil.

O MROSC também promove a participação da sociedade civil na formulação e implementação de políticas públicas, fortalecendo a democracia e ampliando a representatividade dos diversos setores da sociedade. A implementação do Marco Regulatório no âmbito municipal reflete o compromisso em promover uma gestão pública mais democrática, inclusiva e responsável.

Em suma, o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil no âmbito municipal é uma importante ferramenta para fortalecer as parcerias entre o poder público e as OSCs. Por meio da transparência, eficiência e segurança jurídica proporcionadas pela legislação, se busca potencializar o impacto positivo das organizações da sociedade civil na promoção do interesse público e na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Referências

AVRITZER, L. **Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. Dados (Rio de Janeiro), v. 50, n. 3, p. 443, 2013.**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53ª.ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

_____. Lei n° 4.320, de 17 de março de 1964. **Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>, acesso dia 09 de abril de 2023.

_____. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. **Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>, acesso dia 09 de abril de 2023

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º , no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011- 2014/2011/lei/l12527.htm>, acesso 02 de março de 2023.

_____. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. **Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999**. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm > Acesso em 15 out. 2021.

_____. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. **Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências**. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9790.htm>, acesso 09 de abril de 2023.

BRESSER PEREIRA, L. C. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 2015. DOI: 10.21874/rsp.v47i1.702. Disponível em: https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702. Acesso em: 05 jun. 2023.

_____. **Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado.** São Paulo: Atlas, 1998. Diponível em < http://bresserpereira.org.br/papers/1998/98-GestaoDoSetorPublico-Estrategia&Estrutura.pdf>, acesso em 12 de mio de 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2017. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CERDEIRA, P. ; VASCONCELLOS, F. ; SGANZERLA, R. **Três décadas de reforma constitucional : onde e como o Congresso Nacional procurou modificar a constituição de 1988** - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2018. 528 p. ISBN: 978-85-9597-031-1

CORRALO, G. DA S. **O Poder Municipal na elaboração e execução de políticas públicas**. Revista do Direito, p. 116-130, 9 jan. 2012.

DALLARI, Pedro B. de Abreu. **Institucionalização da participação popular nos municípios brasileiros**. Instituto Brasileiro de Administração Pública, Caderno n. 1, p. 13-51, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada**. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, .524p.

JUNIOR, Glauco Pimentel Vasconcelos. **A Fiscalização das Organizações Sociais e das OCISP's pelos Tribunais de Contas**. Revista TCE-PE Recife v. 18 n. 18 p. 70-83 jun. 2011. Disponível em <file:///C:/Users/Windows/Downloads/22-Texto%20do%20artigo-81-1-10- 20130201.pdf> , acesso em 10 de maio de 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1423 p. --- Localização: 342.9(81) / J982cu / 13.ed

LOTTA, Gabriela. **Teoria e análises sobre implantação de políticas públicas no Brasil**. - Brasília: Escola Nacional de Administração Pública - Enap, 2019. 324 p

MACHADO, Igor; REZENDE, Flávia. **Parcerias entre o Estado e Organizações da Sociedade Civil: uma análise da experiência brasileira**. In: BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Guia para Elaboração de Parcerias entre o Setor Público e Organizações da Sociedade Civil. Brasília, 2017. p. 19-30.

MANAF, Marcos Aurélio; FILHO, Adalberto Simão. **A Atuação do Terceiro Setor, enquanto Esfera Pública-Não Estatal, na prestação de Serviços Públicos, como corolário à efetivação de direitos sociais no Brasil**. ANAIS DO V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, n. 5, p. 537-562, out. 2017. ISSN 2358-1557.

MENDES, Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 402p. ISBN 978-85-450-0602-2.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 460 p. ISBN 978-85-450-0483-7.

NOHARA, Irene Patrícia. **Democracia e participação direta: reflexões sobre os limites e as novas possibilidades de efetivação da soberania popular pela governança pública**. In:

MESSA, Ana Flávia; BARBOSA, SIQUEIRA NETO, José Francisco; BARBOSA, Susana Mesquita (Orgs.). Transparência Eleitoral. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 191-212.

RESENDE, Tomaz de Aquino; RESENDE, André Costa; SILVA, Bianca Monteiro da. **Roteiro do Terceiro Setor: associações, fundações e organizações religiosas**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 228p. ISBN 978-85-450-0682-4.

SALAMON, L. M., & ANHEIER, H. K. (2014). **The nonprofit sector in Brazil: A cross- national perspective**. Journal of Latin American Studies, 46(3), 437-461.

SANTIN, J.R. ; FAVRETTO, M. **Poder Local, Participação Popular e Clientelismo / Local Power, Popular Participation and Clientelism**. Direito, Estado e Sociedade , p. 126-148, 2017.

O whatsapp como meio de prova no direito processual brasileiro[1]

Lucas Giacomini Picolotto* | Roberto Carlos Gradin**

Resumo

A presente pesquisa está focada nas provas que são produzidas pelos meios digitais e busca estudar com mais enfoque as provas obtidas a partir do WhatsApp e a sua (i)licitude, diante de diversas decisões de tribunais que padecem de regulamentação e um sistema sólido sobre essa questão. Os objetivos gerais do presente artigo é compreender qual o papel da tecnologia na prática processual e averiguar se o WhatsApp pode ser um meio de prova no direito processual. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, se utilizando de diversas fontes como doutrinas jurídicas, leis, artigos e outras. Conclui-se

[1] Artigo científico produzido pelo acadêmico Lucas Giacomini Picolotto, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021 e 2022.

* Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, e-mail 168671@upf.br.

** Professor do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. Especialista em Curso de pós-graduação Lato Sensu em Direito Civil pela Faculdade CESUSC. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo/RS. E- mail: gradin@upf.br

que existe a possibilidade de usar o conteúdo do WhatsApp como prova em processos judiciais, porém, é necessário que se tenha um registro, ou seja, pelo menos se utilizar da ata notarial para registro do conteúdo dessas conversas ou ter a autorização judicial, para ter acesso ao conteúdo do aplicativo que será usado como prova.

Palavras-chave: Provas digitais; Prova (I) lícita; Whatsapp.

Introdução

O século 21 trouxe consigo diversas novidades e desafios a serem enfrentados pela sociedade, sendo um desses, o avanço tecnológico que é um dos principais temas neste artigo, em virtude, que mudou totalmente a rotina da população mundial, seja em casa, no trabalho, na faculdade ou em qualquer lugar que tenha internet. E não é diferente no ramo jurídico, pois, a internet e os aplicativos de smartphones passaram a fazer parte do dia-a-dia dos profissionais das áreas do direito, além disso, se utilizando os mesmos para produções de provas no campo processual.

A finalidade deste artigo tem como causa analisar as indagações a respeito do WhatsApp como meio de prova possível ou não em nosso ordenamento jurídico, diante que, este aplicativo é usado por quase toda a população mundial, por isso, surge a chance de pode-lo utiliza-lo como prova para obter um resultado favorável em determinado processo, uma vez que, já se é muito utilizado pelos advogados como meios de prova, tanto em processos cíveis como penais.

Em geral, tem como propósito aprofundar o estudo referente às provas digitais, já que o Direito está em constante mudança, e sendo o mesmo cada vez mais tecnológico e digital, com isso, fica evidente que se precisa pensar como, daqui para frente, será a produção de provas a partir de aplicativos e se terão (i)legalidade e qual sua validade para o ordenamento jurídico.

Assim, é necessário estudar a colaboração positivas e negativas que o WhatsApp vai trazer para o ramo do Direito Processual, onde nos pro-

cessos, aplicativos como este, tem ganhado grande protagonismo, diante das grandes discussões, a respeito da sua legitimidade e veracidade das provas produzidas através do aplicativo, diante que, na internet tudo é possível sofrer fraudes ou até alterações de conteúdo, onde a comunicação pessoal está cada vez mais virtualizada.

Com isso, tem-se por objetivos principais, compreender qual o papel da tecnologia e sua "amizade" com o direito processual, e se existe a possibilidade de utilizar o WhatsApp como um mecanismo de fabricação de provas no meio judicial e administrativo, considerando claro sua insegurança, diante que, sempre sua licitude será contestada pela parte adversaria. Portando, será mencionado sobre a atuação das redes sociais e aplicativos no ramo do Direito Brasileiro, e como venho surgir o WhatsApp, para se tornar o aplicativo mais utilizado para comunicação das pessoas, ainda, analisar também o sistema de proteção do referido aplicativo.

Por fim, um estudo mais aprofundado sobre provas no Direito, sua classificação e princípio e por último dar maior atenção às provas digitais, onde verá se precisa ou não de autorização judicial, para investigar um celular de um suspeito, além disso, focando em jurisprudências e posicionamentos de Ministros, onde perceberá as melhores formas de captação e possibilidades de utilizar tal prova em um processo.

Meios de comunicação

Os meios de comunicação atualmente se transformaram em algo relativamente complexo, mas basicamente se pode definir como meios de comunicação, os dispositivos que buscam gerar ou auxiliar uma comunicação entre pessoas de locais distintos. Começou a surgir primeiramente com a carta se tornando está, um meio de comunicação bastante utilizado para enviar informações de um lugar até outro, estabelecendo uma comunicação interpessoal, com passar do tempo venho a surgir, o telefone, no ano de 1876, modificando quase que totalmente o jeito de se comunicar entre as pessoas, e simultaneamente quase, surgiu o rádio, que permi-

tia a transmissão de informação de um individuo para várias pessoas através de ondas eletromagnéticas propagadas no ar seu auge como meio de comunicação foi durante a Primeira Guerra Mundial. Ao passar do tempo, venho por surgir à invenção da televisão entre os anos de 1817 a 1920, foi um grande avanço para os meios de comunicação já que não trazia mais só o som, mas também imagens, e como o passar dos anos evoluiu tanto, que está cada vez mais repleta de tecnologia. Após, mais alguns anos surgiu o smartphone e a internet, sendo uma grande virada de chave nos meios de comunicação, sendo os mais utilizados no mundo todo, desde fazer ligação até armazenar dados em massa, e diante disso, foi capaz de aproximar pessoas cada vez mais e diminuindo o tempo para transmitir uma informação. A internet atualmente passa por modificações ao todo momento buscando cada vez mais melhorias e incorporando diversos outros meios de comunicação, como, por exemplo, jornais e revistas passando a ser online, cartas sendo substituído por e-mails, e assim a sociedade vai novamente se transformando e surgindo novas maneiras de se comunicar-se através de troca de dados instantâneos ao todo momento entre celulares e computadores, dessa maneira, surgindo novas problemáticas no meio jurídico (IGNACZUK, 2019).

Desse modo, se torna importante analisar se as mensagens de texto instantâneas, os dados telefônicos, conteúdos de vídeos, e toda e qualquer informação recebida e enviadas através de aplicativos como o WhatsApp, se são consideradas como meio de prova, a ser utilizado para auxiliar no convencimento motivado do magistrado antes deste começar a construir a sentença que dará o veredito.

Assim, primeiramente se deve falar sobre a estruturação do aplicativo WhatsApp, onde para a maioria dos brasileiros, as mensagens de texto e tecnologias deste tipo nunca foram algo realmente acessível para a população, se levarmos em consideração que quando surgiu o SMS no Brasil, o seu custo era quase cinquenta e cinco vezes mais caro do que nos EUA. Portanto, quando o serviço de mensagens instantâneas WhatsApp surgiu no ano de 2009, foi um grande baque na população em geral, prin-

cipalmente para a população com menor poder aquisitivo, já que o aplicativo permitia enviar mensagens para qualquer pessoa de forma gratuita e, independentemente da operadora de celular e sistema operacional que o celular usasse, com isso, hoje 96% das pessoas que tem um smartphone, usam WhatsApp diariamente como seu principal meio de comunicação (SABOIA, 2022).

Mas antes de aprofundar sobre o aplicativo WhatsApp como prova e como ele se intromete, em nossas esferas sociais ou jurídicas, deve-se compreender o motivo pelo qual seus fundadores Jan Koum e Brian Acton vieram por criar tal aplicativo e quais necessidades modernas que venho para suprir.

O aplicativo WhatsApp começou a ser feito no ano de 2007, quando os seus fundadores ainda trabalhavam para a empresa norte americana Yahoo!. Os dois criadores sempre tiveram em mente e como seus ideais criar um aplicativo livre de anúncios, propagandas e demais coisas ou situações que não concordavam e que estavam presentes nos aplicativos da empresa que ainda trabalhavam, além disso, prezavam muito pela questão da privacidade que os usuários teriam enquanto estivessem se utilizando do serviço de mensagens instantâneas criado por eles (O ESTADO, 2014).

Essa preocupação se reflete em grande parte na infância de Jan Koum, ele nasceu na Ucrânia e viveu a maior parte da sua infância no país, que investigava e espreitava toda a população, porém, mesmo tento opinião e princípios diferentes os fundadores do WhatsApp, acabaram por vender o aplicativo no ano de 2014 para empresa Facebook, pela quantia de US$19,000,000,000.00 (dezenove bilhões de dólares), está empresa, que é “famosa” de certa forma por liberar muitos dados de seus usuários e além disso, seus usuários ter o mínimo de privacidade, no entanto, o novo dono do WhatsApp - Mark Zuckerberg, prometeu para seus fundadores originais, que pelo menos inicialmente, respeitaria os princípios de privacidade idealizados pelo fundadores e não monetizar o aplicativo por enquanto, como mencionado por Jan Koum, no blog oficial do WhatsApp: “O WhatsApp continuará autônomo e operando de forma independente.

[...] Não haveria parceria entre as duas empresas se tivéssemos de comprometer os princípios que sempre definirão nossa companhia, nossa visão e nosso produto", ficando evidente que só venderiam o aplicativo se o novo dono não descumprisse os seus princípios que foram criados a época da criação do aplicativo. O WhatsApp surgiu com o propósito de ser um aplicativo de mensagens entre pessoas, mas com o tempo foi se tornando algo muito maior que um aplicativo de bate-papo entre as pessoas, se tornando uma ferramenta de trabalho e relacionamento ao mesmo tempo, onde pequenas empresas conseguem se utilizar da plataforma para se envolver e interagir com seus clientes de uma forma mais "olho ao olho", e além disso, usar o próprio aplicativo como solução de marketing digital aproximando ainda mais o cliente e fidelizando o mesmo com a empresa, já que tem uma alta taxa de sucesso, onde 98% de todas as mensagens enviadas são abertas e lidas pelos usuários, transformando-se em um grande meio comunicação e de marketing digital (O ESTADO, 2014).

E de suma importância se aprofundar mais quanto ao assunto do aplicativo, para compreender seu funcionamento interno principalmente a questão da segurança que presta para seus usuários, sendo este ponto de essencial importância, para entender se o aplicativo WhatsApp está livre de sofrer alterações ou ainda vir a ser burlado por hackers, desse modo, podendo ser usado como prova plena e lícita para o judiciário.

Ainda, á de salientar que, conforme dados extraídos do próprio site do WhatsApp, o aplicativo já chegou na marca de dois bilhões de usuários no mundo todo em 2020, sendo que somente no Brasil já com mais de 120 milhões de usuários, ou seja, mais da metade da população brasileira o usa diariamente (PURZ, 2022).

Um cenário de aperfeiçoamento constante de novas tecnologias que implica aos usuários diferentes possibilidades de interação e de linguagens, num ciberespaço interligado em um mundo digital (CANNITO, 2009, p. 78). Isto posto, se torna de grande importância que haja um consenso dos doutrinadores e dos tribunais a respeito deste tipo de tecnologia usada hoje em dia.

Existem diversos benefícios e malefícios em o usuário se utilizar do WhatsApp, seja para sua vida pessoal ou profissional, diante disto, a de salientar como benefícios aos usuários o aplicativo é 100% gratuito, podendo ser baixado na loja virtual do sistema operacional do smartphone e além do mais, o WhatsApp não cobra pelos serviços que oferece, sendo permitido enviar mensagens ilimitadamente, sem ao menos, exibir uma propaganda ou anúncio. Além disso, oferece diversos serviços dentro de um mesmo aplicativo como: mensagens instantâneas, chamadas de voz e vídeo, memorandos de voz, upload de conteúdo multimídia e até transferência de dinheiro. Oferecendo também, uma proteção de privacidade dos usuários com criptografia de ponta a ponta, onde garante que as mensagens enviadas só possam ser lidas pelo número de telefone para o qual foram enviadas, mostrando ao usuário o status da mensagem através do "sinal de visto" se essa foi enviada com sucesso, se foi recebida e se a mensagem foi lida pelo destinatário, o que será tratado mais tarde no presente artigo (IGNACZUK, 2019).

Contudo, conforme exalta Carolina Ignaczuk, o aplicativo tem inúmeros malefícios para os usuários, dentre os principais como, diante da velocidade que entrega as mensagens e dos benefícios que oferece, o aplicativo se torna muito viciante e diminuindo a interação dos usuários com o mundo real, além do mais, caso ocorra um erro por parte do usuário ao enviar uma mensagem este só tem o prazo de até uma hora depois de enviada a mensagem para que está seja cancelada, decorrido esse prazo não se pode mais ser cancelada, outro fator que incomoda boa parte dos usuários é que o aplicativo exige o compartilhamento do número do telefone, tal situação incomoda as pessoas que preferem manter este tipo de informação em sigilo, outros motivos são que ocupa muita memoria no armazenamento do smartphone e não funciona sem internet, com isso, pessoas ou locais que não possuem internet não podem usufruir dos serviços oferecidos pelo aplicativo.

Levando em consideração, os pontos acima, mesmo com alguns malefícios, ainda o WhatsApp é um ótimo aplicativo, que durará muito

tempo em nossa sociedade, se transformando em algo indispensável seja na vida privada ou pública, ou ainda, sendo usado no profissional como instrumento de trabalho ou auxiliador para exercer determinada prova no judiciário. O WhatsApp com todo esse tamanho e representatividade que tem no mundo, possui ou deveria possuir um ótimo sistema de segurança e criptografia para a proteção de dados dos clientes, em virtude de, que muitas vezes se tem informações sigilosas em smartphones, com isso, será falado sobre o sistema de segurança e de criptografia que o aplicativo utiliza (IGNACZUK, 2019).

Teoricamente todo o conteúdo compartilhado entre os usuários seja as mensagens de texto, áudios, vídeos, documentos ou até links todos são criptografados, segundo os desenvolvedores do aplicativo, ou seja, se tornando quase impossível de terceiros com má-fé, vir a acessar os conteúdos compartilhados entre as pessoas.

A criptografia segundo Simon Sing (2001, p. 279) pode ser entendida como "um conjunto de técnicas para codificar informações legíveis por meio de um algoritmo, convertendo um texto original em um texto ilegível, sendo possível mediante o processo inverso recuperar as informações originais".

O WhatsApp não adota só um "simples" sistema de criptografia, mas sim se utiliza da criptografia ponta-a-ponta a partir de diversas chaves, ou seja, na teoria, para destruir ou chegar a essas chaves e invadir o sistema é algo quase que impossível, mesmo com a grande quantidade de conhecimento e tecnologia que se tem, vejamos a explicação dada por Edward David Moreno (2005, p.34) sobre como funciona a criptografia por chaves para resguardar a segurança dos usuários:

> É interessante perceber que esse tempo de procura está muito associado ao tamanho da chave. Chaves criptográficas são medidas em bits. O intervalo de possíveis respostas para identificar uma chave está em correspondência ao número 2TC, em que "TC" é o tamanho da chave em bits. Assim, uma chave de 2 bits significa que o intervalo de possíveis valores é de 0 até 2= 4. Uma chave de 40 bits significa que o intervalo dos possíveis valores é de 0 até aproximadamente 1 trilhão (240). Uma chave de 56 bits é de 0 até aproximadamente 72 quadrilhes (256). O

> intervalo de uma chave de 128 bits é tão grande que é mais fácil apenas dizer que se trata de uma chave de 128 bits (número de possibilidades igual a 2128). Cada bit adicionado ao tamanho da chave dobrará o tempo requerido para um ataque de força bruta. Se uma chave de 40 bits levasse 3 horas para ser quebrada, uma chave de 41 bits levaria 6 horas, uma chave de 42 bits, 12 horas, e assim por diante. Essa situação ocorre visto que cada bit adicional da chave dobra o número de chaves possíveis (lembre-se que esse número está em função de 2TC). Assim, ao adicionar um bit, o número de chaves possíveis é dobrado. Dobrando o número de chaves possíveis, o tempo médio que um ataque de força bruta leva para encontrar a chave correta também é dobrado.

Portanto, á de se considerar que o aplicativo fornece uma determinada segurança aos seus clientes através do sistema de criptografia ponta-a-ponta, apesar disto, não se pode acreditar que mesmo com toda essa segurança não se tenha vazamento de dados de conteúdos privados, além de claro, a politica de privacidade do WhatsApp, que tenta de toda forma inibir de divulgar dados de conversas até mesmo para as autoridade judiciais se for necessário.

A partir disto, percebe-se uma divergência entre a teoria da segurança que aplicativo deve ter, com a realidade, já que o aplicativo sim oferece uma certa proteção, porém não está totalmente blindado de alterações e fraudes, diante disto, a grande questão a ser discutida, é de se verificar uma forma de usar os conteúdos ou documentos oriundos do WhatsApp, como prova em processos judiciais.

Prova no Direito Processual Brasileiro

A prova no âmbito processual brasileiro tem vários sentidos e tipificações relacionadas a ela, isto é, para se ter um entendimento sobre o que é a prova, precisa-se aprofundar desde o conceito e origem até ao contexto da normal atual, onde segundo o autor Adalberto José de Camargo Aranha (1987, p. 5) traz a sua definição:

> A definição de prova como hoje a conhecemos deriva do latim, da palavra probatio, significando verificação ou exame. Trata-se da maneira pela qual as partes comunicam ao juiz os meios e atos que representam a veracidade daquilo que alegam em juízo.

Prova em breve síntese, são atos realizados pelas partes (autor ou réu), por terceiros ou em algumas vezes até mesmo pelo juiz, e se tem como objetivo principal de demonstrar a veracidade dos fatos alegados em defesa ou em acusação, com isso se tornando elemento importantíssimo, para se descobrir a verdade e destinado ao magistrado, para a formação de sua convicção frente ao fato que se apresenta dentro dos autos.

Em outras palavras, "prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância" (REIS, GONÇALVES, 2019, p. 308, 2019, p. 308).

É importante citar também que existe uma forma para que a prova seja considerada válida durante o processo judicial, não se podendo prova-la a todo custo, de acordo com, o que ensina Francesco Carnelutti (1982, p.44) "provar significa determinar e fixar formalmente os fatos", neste mesmo sentido surge Humberto Theodoro Junior (2004, p. 384) complementando a ideia de Francesco Carnelutti, dizendo que:

> Ao juiz, para garantia das próprias partes, só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos. O que não se encontra no processo, para o julgador não existe [...] deve-se reconhecer que o direito processual se contenta com a verdade formal, ou seja, aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade.

Em outro sentido conceitual, José Frederico Marques (2001, p. 97) manifesta seu conceito do que é prova para si:

> O elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz sobre os fatos que afirmaram como base de sustentação de suas pretensões, e o meio de que se serve o magistrado para averiguar a respeito dos fatos em que os titulares dos interesses em conflito fundam as suas alegações.

Levando em conta todo o aglomerado apresentado sobre o conceito e doutrina, constata-se que a prova é um instituto jurídico com grande importância para a prática jurídica, visto que, é a partir dela que as partes em determinada ação, vão demonstrar a sua verdade real, ou seja, comprovar o que está sendo alegado como defesa no processo e demonstrar a sua legitimidade do direito pretendido, porém, a busca dessa verdade

absoluta pelo magistrado é algo impensável, pois, a verdade dita pelas partes como "real" ou verdadeira é relativa, em razão de que, o que é uma verdade para um, não é verdade para outra parte do processo, como bem diz Michele Taruffo (2008, p.26) "na realidade, em todo contexto de conhecimento cientifico e empírico incluindo os dos processos judiciais a verdade é relativa".

Com referência a ilicitude da prova está é inadmissível tanto no processo penal ou processo civil, e a mesma não pode ser juntada aos autos do processo, e se juntada por algum equivoco, deve ser desentranhada o mais rápido possível, diante que, segundo Luiz Flávio Gomes (2010, p.103) "a prova ilegítima é nula, assim é declarada pelo juiz e deve ser refeita ou renovada," diante disto, prova se caracteriza como algo muito complexo, em virtude, de sua importância em uma ação, já que está sendo lícita e legitima, pode ser um fato extremamente decisivo e determinante para absolvição ou a condenação de determinado réu em um processo.

O Direito no seu geral é regido por diversos princípios, costumes e tradições, sendo esses pilares de todo o ordenamento jurídico, uma vez que, os mesmos fundamentam os institutos e as diversas áreas do Direito, dessa forma, não é diferente quando se fala em provas, em vista que, prova possui seus próprios princípios característicos, sendo o princípio mais importante o da autorresponsabilidade.

Baseado nisso, para entendimento do respectivo princípio se deve levar como base o entendimento de Fernando Capez (2003, p.259), onde menciona que "pelo princípio da autorresponsabilidade das partes, imputasse ao declarante o ônus de carrear aos autos o material probatório imaculado de vícios, que possa provar o fato alegado em juízo." Nesse sentido, as partes então, tem total responsabilidade pelas provas que trouxerem ao juízo, podendo até responder criminalmente se as provas utilizadas forem ilegais ou serem ilícitas ou utilizada intencionalmente de má-fé para enganar o magistrado.

Já em relação ao ônus da prova, como citado acima, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 373, incisos I e II, dispõe a quem incumbe o ônus da prova:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (BRASIL, 2015)

Assim sendo, provar o fato alegado por alguma das partes, é mais significativo para o processo do que o próprio fato que está sendo debatido na ação, como por exemplo, o fato de um determinado réu contestar apenas negando os fatos e não trazendo nenhuma prova para o processo provando que a pretensão do autor está equivocada, dessa maneira, todo o ônus probatório recai sobre sua contestação e diminuindo assim sua defesa.

Como visto a prova e sua classificação no Direito Brasileiro, se torna importante analisar, diante que a prova é essencial para o andar do processo de forma geral, sempre buscando a verdade real, que a parte quer mostrar para o magistrado. Os doutrinadores de direito percebendo isso, agiram de forma rápida para fazer uma diferenciação dos tipos de prova existentes no processo brasileiro, por isso, os meios de prova são o que o magistrado aprecia e diante disto, dará seu parecer referente ao objeto da prova, isto fica evidente na explicação de Paulo Rangel (2013, p. 107) acerca do referido tema:

> Meio de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam. O depoimento da testemunha é o meio de prova de que se utiliza o juiz para formar sua convicção sobre os fatos controvertidos. A inspeção judicial é um meio de prova. O indício é um meio de prova. Enfim, tudo aquilo que o juiz utiliza para alcançar um fim justo no processo é considerado meio de prova.

Com base nisso, se faz importante analisar a classificação das principais espécies de provas existente no processo judicial brasileiro, onde são mencionadas pelo doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite (2014,

p.75), que são elas: prova testemunhal; prova pericial e prova documental que é aonde se encaixa as provas digitais.

A prova testemunhal considerado por uma parte dos doutrinadores e praticantes do direito como uma das provas mais importante para o processo, porém a grande divergência nessa afirmação, pois não é aceita majoritariamente por todos os conhecedores de direito, entretanto, é preciso dizer que às vezes é o único meio de prova possível, para ser usado como prova no juízo.

A de salientar também, que a testemunha nunca poderá ser parte do processo e nem ligada diretamente a alguma das partes (autora ou ré), diante que, és chamada ao processo unicamente para narrar os fatos a partir do que observou ou soube dos fatos do processo, o juiz através desta narrativa e respostas que a testemunha der, irá se convencer ou não, mediante seu livre convencimento motivado a respeito do fato narrado pelas partes e pela testemunha.

O autor Fernando da Costa Tourinho Filho (2003, p.296) traz uma visão mais ampla sobre a espécie de prova testemunhal:

> A palavra testemunha, segundo alguns autores, deriva de testando e, segundo outros, de testibus, que equivale a dar fé da veracidade de um fato. Vin Kries define as testemunhas como terceiras pessoas chamadas a comunicar ao julgador suas percepções sensoriais extraprocessuais. Em outros termos, mas guardando o mesmo sentido, diz Manzini que testemunho é a declaração, positiva ou negativa, da verdade feita ante o magistrado penal por uma pessoa (testemunha) distinta dos sujeitos principais do processo penal sobre percepções sensoriais recebidas pelo declarante, fora do processo penal, a respeito de um fato passado e dirigida à comprovação da verdade.

Esta espécie de prova é uma das mais antigas, e, além disso, uma das mais utilizada atualmente. A forma como ela é feita, é bastante questionada e criticada por juristas e doutrinadores, em vista que, se deve acreditar somente na memória e no que a testemunha viu do determinado fato, ficando o magistrado assim, sem certeza absoluta sobre o referente fato e com duvida se a testemunha está falando a verdade.

A prova pericial muitos o chamam de prova constituída, diante que a prova pericial, se constitui no andar do processo, ou seja, no seu decorrer,

por exemplo, quanto surgem fatos controversos no caminho do processo, surge com isto, a necessidade do juiz ou de alguma das parte ou até mesmo ambas as partes solicitar uma prova pericial para usar em sua defesa.

> O termo "perícia", originário do latim peritia (habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde da causa. Trata-se de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional. Só pode recair sobre circunstâncias ou situações que tenham relevância para o processo, já que a prova não tem como objeto fatos inúteis. (CAPEZ, 2007, p.282)

Nesse mesmo sentido, o autor Humberto Theodoro Júnior (1998, p.477) traz seu conceito de perícia sendo "a prova pericial como o meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressente o juiz para apuração de fatos litigiosos." Em outras palavras, basicamente, a prova pericial é produzida por um perito (aquele que tem o conhecimento técnico sobre determinada questão jurídica) através de uma investigação, quando solicitada pelo magistrado ou por algumas das partes, para assim, acertar e proceder o melhor juízo para as partes.

Quando se fala em prova documental, logo se vem à cabeça, o sentido de prova escrita ou também o sentido de prova que se possa visualizar, diante deste fato, essa espécie de prova se torna a mais usada e de maior credibilidade no Direito Processual, em razão de que, é algo de fato e dotada de materialidade, que segundo exalta Luiz Rodrigues Wambier (2002, p.79) "palavras faladas o vento leva, o escrito, não".

Neste mesmo sentido teórico, enaltece Fernando Capez (2007, p.280):

> Documento é a coisa que representa um fato, destinado a fixa-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo. Instrumentos são os escritos confeccionados já com finalidade de provar determinados fatos, enquanto papéis são os escritos não produzidos com o fim determinado de provar um fato, mas que eventualmente, podem servir como prova. Em sentido estrito, documento é o escrito que condensa graficamente o pensamento de alguém podendo prova rum fato ou a realização de algum ato de relevância jurídica. É a coisa ou papel sobre o qual o homem insere, mediante qualquer expressão gráfica, um pensamento.

Contudo, com o grande avanço tecnológico, que o século 21 trouxe, o que antes tinham como prova documental teve que ser ressiguinificado, pois agora, o escrito não é mais somente a escrita num papel, vai muito mais além disto, sendo agora até a escrita que temos em smartphones, notebooks etc..., conforme preceitua Júlio Frederico Mirabete (2003, p.319):

> Como já visto, em sentido estrito, documento (de doceo, ensinar, mostrar, indicar) é o escrito que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou realização de algum ato dotado de significação ou relevância jurídica. Para Carlos Rubianes, como meio de prova no processo penal, é a coisa, papel ou outro material. Sobre o qual o homem, mediante inscrição manuscrita ou qualquer forma semelhante de expressão gráfica, expõe um pensamento, vontade ou sentimento, narra um fato vivido ou experiência, ou acontecimentos relativos a outras pessoas, ou se comunica com outros homens, ou registra atos ou fatos capazes de produzir efeitos jurídicos [...] Hoje, porém, a prova documental não se limita ao escrito, em que há uma representação indireta daquilo que se quer provar, pois existem as provas fotográficas, fonográficas, cinematográficas e a feita por videograma, em que a representação é direta. Lembre-se ainda a prova produzida por pintura, desenho, composição musical etc .

Partindo do exposto acima, se conclui que as provas digitais, com toda a certeza, fazem parte das provas documentais, onde até mesmo o próprio Egrégio Supremo Tribunal Federal já reconhece que prova documental não fica restrita somente à prova em papel:

> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ABUSO DE PODER. REVOGAÇÃO DO ART. 350 DO CÓDIGO PENAL PELA LEI N. 4.865/65. INOCORRÊNCIA. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. SOLUÇÃO. PRETENSÃO DE QUE O TERMO "DOCUMENTO" SE REFIRA A "QUALQUER ESCRITO OU PAPEL". IMPROCEDÊNCIA: CONCEITO ABRANGENTE. [...] 2. O termo "documento" não se restringe "a qualquer escrito ou papel". O legislador do novo Código Civil, atento aos avanços atuais, conferiu-lhe maior amplitude, ao dispor, no art. 225 que "[a]s reproduções fotográficas, cinematográficas, 19 os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão". Ordem denegada. (STF, RHC 95689, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julg. 02/09/2008, DJe-197, public. 17/10/2008).

Por fim, foi exposto os três principais tipos de provas usadas no processo brasileiro segundo os doutrinadores com mais credibilidade no di-

reito brasileiro, sendo que, fica evidente, que o WhatsApp sendo uma prova digital tem parâmetro para ser considerado como prova documental, se realizado uma Ata Notarial para embasar a veracidade que consta no aplicativo WhatsApp, porém, essa ideia ainda não é majoritária por todos os doutrinadores.

A Ata Notarial é considerada tanto um documento quanto um instrumento com fé pública, já que o tabelião a autentica, para uma compreensão melhor se usamos da conceituação feita por Tarcísio Teixeira (2020, p.94):

> A ata notarial é a narração de fatos que o tabelião presenciou e transcreveu para um documento com fé e conteúdo probatório de uma escritura pública, o que lhe confere a situação de testemunha extrajudicial. O notário deve narrar objetivamente os fatos, sem emitir juízo de valor. Assim, a ata evita o desaparecimento de um fato. É um instrumento que tem fé pública e serve de prova em processo judicial e/ou administrativo.

Portanto, em breve análise se compreende, que este documento tem como finalidade, servir de prova tanto para um processo judicial, tanto para um processo administrativo, diante que, o tabelião sendo profissional de Direito detém fé pública e autentica um determinado fato, podendo, assim, ser levado ao judiciário, vale salientar ainda que, o tabelião apenas descreve aquilo que foi exposto para ele, não expressando pensamento pessoal ou tendencioso ao fato. Á vista disso, defendem a Ata Notarial como sendo um documento probatório válido e eficaz, conforme esclarece Alberto Netto (1973, p.639):

> O poder certificante do notário é uma faculdade que a lei lhe dá para, com sua intervenção, evitar o desaparecimento de um fato antes que as partes o possam utilizar em proveito de suas expectativas. A fé pública é, em todo o momento do negócio jurídico, o caminho mais efetivo para a evidência [...]. Tudo se reduz à intervenção notarial que, com sua presença ou sua atuação, soleniza, formaliza e dá eficácia jurídica ao que ele manifesta ou exterioriza no instrumento público, seja este escriturado ou não. Isto se relaciona, também, com o poder certificante do notário, o que permite às partes em forma voluntária, escolher a forma e o modo de resolver seus negócios [...]

Os documentos eletrônicos que é aonde o WhatsApp se encaixa, o procedimento da Ata Notarial é o mesmo como em qualquer outra situação, conforme explicado por Tarcísio Teixeira (2020, p.94):

> Para os documentos eletrônicos, basta que se apresente o seu conteúdo ao notário. Por exemplo, no caso de um site, mostra--se ao tabelião o conteúdo disponibilizado na internet para que ele, a partir do que vê e constata, redija a correspondente descrição em seus livros e lavre a ata notarial respectiva. Assim, a ata exerce a importante função de também declarar que as informações e fatos estão presentes e disponíveis para todos.

Com base nisso, o instituto da Ata Notarial pode sim servir de prova quando envolver assuntos que tenham como prova conteúdos nos meios digitais, conforme jurisprudência a seguir, que embasa esse argumento mostrando esse fato sendo feito na prática em uma apelação civil:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO VERBAL DE MÚTUO. ATA NOTARIAL. EXISTÊNCIA, TITULARIDADE E CONDIÇÕES. NÃO COMPROVAÇÃO. REVELIA. PROCEDÊNCIA NÃO AUTOMÁTICA. HONORÁRIOS. NÃO MAJORAÇÃO. 1. A ata notarial é instrumento de constatação do Tabelião ou preposto, cuja fé pública se restringe à existência e ao estado do fato certificado. 2. A prova do crédito compete à parte requerente, que não se mostra suprida por ata notarial que apenas transcreve diálogo das partes em aplicativo de mensagens, cujo conteúdo não revela com certeza a existência, titularidade e condições de suposto contrato de mútuo verbal firmado. 3. A revelia da parte demandada, embora conduza à presunção relativa da veracidade dos fatos, não afasta o ônus da prova atribuído ao autor e, por conseguinte, não conduz ao julgamento de procedência automática dos pedidos. 4. Em que pese sucumbente o Apelante na instância recursal, vedada se mostra a majoração de verba honorária não fixada em seu desfavor no 1º Grau. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Quinta Turma Julgadora de sua Quarta Câmara Cível, à unanimidade de votos, em CONHECER DA APELAÇÃO CÍVEL E NEGAR-LHE PROVIMENTO, tudo nos termos do voto do Relator.
>
> (TJGO, PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO -> Recursos -> Apelação Cível 5130049-34.2019.8.09.0137, Rel. Des(a). DELINTRO BELO DE ALMEIDA FILHO, 4ª Câmara Cível, julgado em 05/04/2021, DJe de 05/04/2021).

Na jurisprudência acima, o instrumento da Ata Notarial foi importantíssimo para a sentença, já que foi analisado no caso concreto que a

prova obtida no WhatsApp, pela Ata Notarial não foi suficiente para a comprovação do direito que o autor dizia ter, portanto, esse instrumento jurídico e mais um mecanismo legal para comprovar algo ou diminuir a insegurança jurídica, e além disto, um meio legal para legitimar os conteúdos que estão nos meios digitais como as mensagens do WhatsApp.

Se respeitar a classificação definida por Dario Jose Kist (2019), fica evidente que as provas digitais sofrem de certa forma um preconceito pela forma que se consegue obter ou a forma que é gerada pelas partes no processo, por ser geradas de maneira rápida, fluída e de modo "não física" e que diminuem a sua credibilidade pela facilidade de manipular o contexto do conteúdo. A uma grande possibilidade que as provas digitais possam ser informações falsificadas, com isso, a parte que utilizará como prova diante de uma desconfiança do judiciário, terá que achar formas possíveis dentro do ordenamento jurídico para provar de maneira conjunta, que aquele documento juntado aos autos não tenha sido adulterado pela parte antes de junta-lo ao processo.

Assim sendo, se torna fundamental que ocorra uma perícia para validar o que está sendo apresentado nos autos quando tiver dúvidas se o documento é verdadeiro, porém, quando houver provas digitais, a Ata Notarial surge como alternativa legal, oferecendo assim para a parte que a utiliza, uma prova digital com segurança jurídica e com mais respaldo para o magistrado. Desse modo, se torna importante analisar se as mensagens de texto instantâneas, os dados telefônicos, conteúdos de vídeos, e toda e qualquer informação recebida e enviadas através de aplicativos como o WhatsApp, se são consideradas como meio de prova, a ser utilizado para auxiliar no convencimento motivado do magistrado antes deste começar a construir a sentença que dará o veredito.

O WhatsApp como meio de prova

Tudo que foi alegado até o momento, possui como único objetivo refletir sobre a possibilidade de utilizar provas que forem obtidas a partir

do WhatsApp, e vir a entender em quais situações podem ser consideradas ilícitas e violam aos direitos constitucionais garantidos, como, o caso do celular de um preso em flagrante ser vasculhado pela Polícia, afim de obter indícios de que o suspeito estava praticando algo ilícito, ou na situação em que o celular for vasculhado pelos policiais, sem que tenha autorização judicial para a coleta de dados, conversas e fotos encontradas dentro do aparelho no aplicativo WhatsApp.

Agora, falaremos sobre o aplicativo como indício da ocorrência de um fato delituoso, sem autorização judicial, onde o aplicativo WhatsApp trouxe diversas novidade para a sociedade, e também, diversos problemas no âmbito criminal, seja pelas situações em que o próprio Facebook, dono do WhatsApp, onde coloca dificuldade em liberar dados para fins de investigação criminal, exigindo que haja autorização judicial, para que os Policiais possam pegar os conteúdos das mensagens enviadas pelo aplicativo como prova para algum ilícito.

Na realidade atual, a todo o momento surgem casos, onde Policiais, ao abordarem um suspeito pedem ou obrigam, que o investigado de acesso ao celular, onde se têm imagens, dados, registros de ligação e conversas realizadas pelo WhatsApp, com a tentativa dos Policiais, de conseguirem encontrar algum indício de crime, como por exemplo, conversas a respeito de vendas de drogas, fotos de armas ou de objetos roubados.

Contudo, por diversas vezes conseguir estes indícios de autoria de crime, onde serão considerados como provas, fica perfeitamente claro, que foram obtidos violando diversos direitos fundamentais que estão protegidos pela Constituição Federal, porém, para as provas serem licitas, os Policiais alegam dizendo que o próprio investigado deu acesso voluntário a todo o celular, e como, a palavra do Policia se tem fé pública que és verdadeira, acaba-se realmente acreditando que o acesso ao celular foi totalmente voluntário e não tendo o que se falar em prova ilícita neste caso.

Apesar dessas situações, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu também pela legalidade de acessar os dados do telefone celular, sem autorização judicial, porém na hipótese que este seja entregue a polícia por

boa vontade seja pela parte ou por terceiro representando a parte dona do aparelho, sendo que está esteja morta e com isso não se tem mais motivo para preservar o sigilo do celular. Ver a jurisprudência a seguir que demonstra está situação e contribuindo para a legalidade do acesso aos dados:

> Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41, DO CPP. INOBSERVÂNCIA. DADOS E DE CONVERSAS REGISTRADAS NO WHATSAPP. EXTRAÇÃO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]"Não há ilegalidade na perícia de aparelho de telefonia celular pela polícia na hipótese em que seu proprietário - a vítima - foi morto, tendo o referido telefone sido entregue à autoridade policial por sua esposa, interessada no esclarecimento dos fatos que o detinha, pois não havia mais sigilo algum a proteger do titular daquele direito [...]." (STJ, 6ª Turma, RHC 86.076/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 12.12.2017.)

A de salientar também, que ocorrem muitas, situações em que o Delegado de Polícia, no momento de cumprir um mandado de busca e apreensão expedido pelo judiciário, realiza a apreensão de celulares, onde serão periciados, sem autorização judicial, com isso, se há uma grande controvérsia no direito brasileiro, se á necessidade da autorização judicial para o acesso dos conteúdos ou não.

Ainda, falaremos sobre a necessidade de autorização judicial para o acesso ao conteúdo das conversas do WhatsApp, onde o Superior Tribunal de Justiça já discutiu sobre o tema no julgamento do RHC nº 51.531, quando consolidou entendimento de que são ilícitas, as conversas obtidas através do WhatsApp pela polícia em celular apreendido no flagrante delito, sem que se tenha a prévia autorização judicial, com isso, fica evidente, que precisa que haja a necessidade de autorização judicial para que as provas obtidas sejam consideradas lícitas para o processo.

Se tem a ilegalidade de acessar os dados e conversas feitas pelo aplicativo WhatsApp, com a defesa de que constituiria uma violação da intimidade do agente, que tais informações seria garantido pelo art. 5º, XII,

da CF: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

O julgamento do RHC nº 51.531 surgiu num Recurso Ordinário, que foi interposto, diante do acórdão proferido pelo TJ/RO, onde o recorrente alegava que após a apreensão do aparelho celular, sem qualquer autorização, a Polícia deveria oficiar o Juízo antes de proceder à investigação do aparelho e suas mensagens. A parte ainda alegou, que a prova obtida sem o requerimento ao magistrado, violaria o artigo 5º, inciso XII, da CF, sendo, portanto, a prova considerada ilícita.

Diante disto, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou diversas divergências que surgiram sobre este fato, de periciar o celular, sem a devida e prévia autorização judicial, trazendo assim o posicionamento de dois grandes Ministros, os quais são Ministro Rogério Schietti Cruz e Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

O Ministro Rogério Schietti Cruz, concluiu que depois de mostrado os fatos a ele, pela ilicitude da prova, conseguida sem autorização judicial, diante do posicionamento que o STF tem referente ao HC nº 91.867/PA, onde entendesse que está ideia já estaria ultrapassada, diante que o julgamento foi no ano de 2004, quando os aparelhos celulares tinham menos tecnologias e carregavam menos informações dos seus referidos donos, conforme explana em seu voto:

> **Não desconheço o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC n. 91.867/PA, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que a Segunda Turma do Excelso Pretório entendeu pela inexistência de coação ilegal na hipótese em que, após a prisão em flagrante, os policiais, ao apreenderem dois aparelhos de celular, procederam à análise dos registros telefônicos.** [...]. Como se vê, o Ministro Gilmar Mendes relata que 'as autoridades policiais não tiveram, em nenhum momento, acesso às conversas mantidas entre os pacientes e o executor do crime e, ao apossarem-se do aparelho, tão somente procuraram obter do objeto apreendido, porquanto razoável obtê-los, os elementos de informação necessários à elucidação da infração penal e da autoria, a teor do disposto no art. 6º do CPP'. **Os fatos narrados nesse writ são de 2004, período em que os telefone ce-**

> **lulares sabidamente não eram conectados à internet de banda larga como o são já há algum tempo – os chamados smartphones, dotados de aplicativos de comunicação em tempo real –, motivo pelo qual o acesso que os policiais teriam àquela época seria necessariamente menos intrusivo que o seria hoje. Atualmente, o acesso a aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilita, à autoridade policial, o acesso à inúmeros aplicativos de comunicação em tempo real, tais como Whatsapp, Viber, Line, Wechat, Telegram, BBM, SnapChat, etc. Todos eles com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. Após baixados automaticamente no aparelho celular, tais arquivos ficam armazenados na memória do telefone, cabendo ressaltar que a maioria das empresas que disponibilizam tais funcionalidades não guardam os referidos arquivos em seus servidores. Daí a constatação de que existem dois tipos de dados protegidos na situação dos autos: os dados gravados no aparelho acessados pela polícia ao manusear o aparelho e os dados eventualmente interceptados pela polícia no momento em que ela acessa aplicativos de comunicação instantânea.** [...] Nesse sentido, tome-se o exemplo de um smartphone: ali, estão e-mails, mensagens, informações sobre usos e costumes do usuário, enfim, um conjunto extenso de informações que extrapolam em muito o conceito de coisa ou de telefone. Supondo-se que a polícia encontre incidentalmente a uma busca um smartphone, poderá apreendê-lo e acessá-lo sem ordem judicial para tanto? [...] **Por isso, o precedente do HC n. 91.867/PA não é mais adequado para analisar a vulnerabilidade da intimidade dos cidadãos na hipótese da apreensão de um aparelho de telefonia celular em uma prisão em flagrante.** [...] Grifo nosso.

Já a Ministra Maria Thereza de Assis Moura votou, frisando que é de grande valia que se tenha a autorização judicial, antes que os Políciais venham a investigar o contéudo do celular, em virtude, que os smartphone atualmente, possuem mais que só uma lista de contatos e capacidade de realizar e receber ligações, onde os celulares no momento guardam informações da intimidade privada do seu dono, sendo algo com sigilo e inviolavel, conforme preceitua a Ministra em seu voto:

> [...] **Nos tempos que correm, os chamados smartphones, dotados de elevada capacidade de armazenamento e amplas funcionalidades, contém invariavelmente uma elevada quantidade de dados pertinentes à esfera íntima de privacidade do seu titular.** Os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais, como há pouco tempo atrás, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. **Tais aparelhos multifuncionais**

> **contém hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc. Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho. É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição. A proteção dos dados armazenados em aparelhos celulares, portanto, é ínsita ao direito fundamental à privacidade.** [...] Grifo nosso.

No entanto, a Ministra compreende que, dependendo da urgência do caso, e levando em consideração o interrese de agir do estado e o direito de privacidade do investigado, não seja preciso obter autorização judicial, para ter o rápido acesso ao celular para garantir provas indispensáveis para soluções de determinados casos, que não poderiam ser solucionados depois, se não tivessem as provas agora adquiridas.

É de importância mencionar o artigo 244 do Código de Processo Penal, onde vem a autorizar a busca pessoal, sem mandado, no caso quando houver total suspeita de que determinada pessoa esteja na posse de papéis que constituam corpo de algum fato delituoso, se levar em conta, o conceito de "papéis," com a realidade que vivemos atualmente, já que o referente artigo data de 1941, época que só tinha escrita em papeis, pode se entende como "papéis" digitais que estão dentro do celular, incluindo com isto, o conteúdo das conversas do WhatsApp, fundamentando assim, à prisão em flagrante do suspeito.

Por fim, com toda essa divergência que á em nosso ordenamento jurídico, a presente pesquisa tem como finalidade ser um meio de estudo para operadores de direito em todos os níveis e a toda comunidade acadêmica, com objetivo principal elucidar este assunto e defender os pontos legais e ilegais e meios para a obtenção deste tipo de prova no ordenamento jurídico.

Considerações finais

O desenvolvimento do referido artigo proporcionou uma análise referente à utilização das provas produzidas pelo aplicativo WhatsApp no Direito Processual Brasileiro, assim, se percebe-se os desafios que passam em alguns casos concretos, diante da insegurança jurídica que provoca nas partes do processo e ficando evidente a próspera interferência que esse aplicativo causara ainda na conjunta processual.

Nota-se que o Direito cada vez mais está se modernizando, já que enquanto a sociedade estiver avançando na tecnologia, à do Direito ter que acompanhar a sociedade, diante disto, com toda a certeza que, todo esse avanço ira trazer diversas ferramentas para auxiliar os operadores de Direito na sua prática e trazendo consigo mais segurança para quem as utiliza-la, isso, fica evidente nas provas digitais, pois, as mesmas auxiliam no processo e de tal modo vão possuir confiabilidade no âmbito jurídico.

Por derradeiro, se mostra importante o instituto das provas, diante que, é através dele que a parte autora alegará algo e a parte adversaria se defenderá de tal prova contestando e trazendo contraprovas do que foi alegado pelo autor, a vista disso, estará o magistrado para sentenciar o processo, que com uma prova ilícita ou até mesmo mal produzida por uma das partes, causara um decisão viciada de erro.

Assim, como é sabido existem leis que contemplam as provas digitais, todavia, o que falta ainda e muito, é uma regulamentação completa que acabe com as dúvidas, diante, da complexidade que é de produzir este tipo de prova, visto que as poucas leis que tem a respeito não são suficientes, perante aos vários desafios que representa o digital como prova no processual.

Verifica-se que as relações interpessoais cada vez mais estão acontecendo no WhatsApp, desse modo, ficando o aplicativo obrigado a atuar no Brasil de acordo com a norma vigente e respeitando à legislação, e vindo a colaborar com a justiça sempre que for chamado, porém o que se vê é o dono do WhatsApp (Facebook) fazendo de tudo para não divulgar infor-

mações de seus usuários, mesmo quando a justiça solicita tais informações, desse modo, este ideal ainda não foi atingido. Fica evidenciado que a todo o momento possam surgir provas dentro do aplicativo, que podiam contribuir para um processo, entretanto, o que acontece são as provas não terem licitude, serem produzidas de alguma forma ilegal ou até mesmo com algum vício e comprometendo este tipo de prova no processo.

As alternativas para solucionar essa ilicitude seriam o Registro Eletrônico e a Ata Notarial, onde surgem sendo alternativas para de certa forma comprovar que determinado conteúdo do WhatsApp não foi alterado e se encontra integro, todavia, ainda se precisa de alguma legislação para regulamentar este tipo de registro para provas digitais.

Ainda, à de salientar o precedente do HC nº 91.867 do STF, que menciona que é possível verificar todos os registros de ligação telefônica, e mais outras informações que tem no aparelho, sem que haja a necessidade de autorização judicial, porém, segundo alguns entendimentos a respeito do assunto, acreditam que esse posicionamento estaria superado pelo julgamento do RHC nº 51.531 do STJ, onde neste julgamento, trouxe que dependendo do caso concreto, seria necessário autorização judicial ou não, diante da urgência da produção da prova.

Enfim, fica claro que o Direito a todo o momento está se modificando, onde, sim as provas obtidas por aplicativos são admitidas na legislação e cada vez mais aparecerá casos em que foram utilizadas, mesmo que ainda cause certa insegurança para os profissionais do Direito. Portanto, o que é necessário, é que os operadores do Direito devam se atualizar com essas mudanças no mundo jurídico, e trabalhando para surgir novas técnicas e métodos para a obtenção de provas em aplicativos, de modo conjunto, os legisladores fazer normas que se aplicam a este fato, e consigam solucionar todas as nuances que se tem, isto, sendo colocado em prática terá a segurança jurídica que se busca.

Referências

ARANHA, Adalberto José de Camargo**. Da Prova no Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

BRASIL. Artigo 373 da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Novo Código de Processo Civil de 2015.** Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=art+193+cpc. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. Artigo 244 da Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 out. 2021

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC 91.867**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus RHC 95689**. Rel. Min. 35 EROS GRAU, Segunda Turma, julg. 02/09/2008, DJe-197, public. 17/10/2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus nº 51.531 – RO**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 19 de abril de 2016a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1497056&num_registro=201402323677&data=20160509&formato=HTML>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 86.076 MT**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Mato Grosso, 19 de outubro de 2017. Disponível em: Acesso em: 22 ago. 2021

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Cível 5130049-34.2019.8.09.0137.** Rel. Des(a). DELINTRO BELO DE ALMEIDA FILHO, 4ª Câmara Cível, Rio Verde. julgado em 05/04/2021, DJe de 05/04/2021. Disponível em: https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=next#. Acesso em: 02 set. 2021.

CANNITO, Newton Guimarães. **A TV 1.5 – a televisão na era digital**. São Paulo: FTD, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Buenos Aires: Depalma, 1982.

FAYET, Fábio Agne; CARVALHO, Andersson Vieira. **Whatsapp, sigilo de dados e prova ilícita: para dizer o óbvio.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, online, v. 140/2018, p. 397-322, Fev/2018. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000162f2c66199e8674418&docguid=I0a6db7b0fc0811e7aadc010000000000&hitguid=I0a6db7b0fc0811e7aadc010000000000&spos=2&epos=2&td=47&context=150&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1 &endChunk=1>. Acesso em:.30 set. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime Tributário e violação da inviolabilidade domiciliar: prova ilícita**. São Paulo: JusBrasil, 2010. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2158635/crime-tributario-e-violacao-dainviolabilidade-domiciliar-prova-ilicita?ref=serp. Acesso em: 26 set. 2021.

IGNACZUK, Carolina. **Evolução dos meios de comunicação: o que mudou?** 2019. Disponível em: https://conteudo.movidesk.com/evolucao-dos-meios-de-comunicacao/. Acesso em: 13 jun. 2022.

KIST, Dario Jose. **Prova digital no processo penal** - 1ª ed.(2019). Parque Alto das Palmeiras Leme / Sp: Jh Mizuno, 2019. 478 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2014.

LLC, Whatsapp (org.). **WhatsApp**. 2022. Disponível em: https://www.whatsapp.com/?lang=pt_br. Acesso em: 10 jun. 2022.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vol 3. Campinas: Millennium, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORENO, Edward David**. Criptografia em Software e Hardware**. 1 ed. São Paulo: Novatec, 2005.

NETTO, Alberto. **Revista Notarial**, vol. 808. Buenos Aires: 3º Congresso Notarial Brasileiro, 1973.

PURZ, Michelly. **WhatsApp, WeChat e Messenger from Meta: uso global, inserção e números dos apps de mensagens**. 2022. Disponível em: https://www.messengerpeople.com/pt-br/estatistica-mundial-de-usuarios-do-whatsapp-wechat-e-outros-aplicativos-de-mensagem/#:~:text=N%C3%BAmero%20de%20usu%C3%A1rios%20ativos%20das,pessoas%20em%20todo%20o%20mundo. Acesso em: 20 mar. 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. LENZA, Pedro (Coord). **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SABOIA, Fernanda. **O surgimento do WhatsApp no Brasil é mais do que apenas mensagens**. Disponível em: https://octomais.com.br/o-surgimento-do-whatsapp-no-%E2%80%8B%E2%80%8Bbrasil-e-mais-do-que-apenas-mensagens/. Acesso em: 13 jun. 2022.

SINGH, Simon. **O Livro dos Códigos –** 9ª ed.(2001). Editora Record. 2001. 448p.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2008..

TEIXEIRA. Tarcísio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. C**urso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** v 1. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A (in)eficácia do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003) perante os crimes de homicídio no Brasil praticados com arma de fogo nos últimos 20 anos[1]

Mateus Scherer*

Resumo

O objetivo geral desta pesquisa é analisar, a partir de dados e estatísticas referentes aos crimes de homicídio praticados com arma de fogo no Brasil nos últimos vinte anos, se o Estatuto de Desarmamento (Lei n. 10.826/2003) é eficaz ou não. No dia 22 de dezembro de 2003, entrou em vigência a Lei n. 10.826/2003, conhecida popularmente como "Estatuto do Desarmamento". Esta norma foi criada para fins de de-

[1] Artigo científico apresentado ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Dra. Talissa Truccolo Reato, no ano de 2023.

* Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. <179613@upf.br> Link do currículo na plataforma Lattes: http://lattes.cnpq.br/9737253746673353.

sarmar a população brasileira com a justificativa de que com menos armas em circulação, menores seriam os índices de crimes cometidos com o emprego de arma de fogo no Brasil. Esta pesquisa possui três objetivos específicos, sendo o primeiro deles pesquisar os principais dados e estatísticas sobre o crime de homicídio com arma de fogo. Em seguida, visa-se identificar os impactos da Lei n. 10.826/2003 e, por fim, estudar a (in)eficácia do Estatuto do Desarmamento no Brasil diante dos crimes de homicídio praticados com arma de fogo. A metodologia utilizada é o método hipotético-dedutivo. Esta pesquisa é básica e bibliográfica. Como resultados, entende-se que não houve sucesso por parte da legislação, uma vez que, desde a vigência, os crimes cometidos por arma de fogo tiveram um crescimento significativo, fazendo com que os números aumentassem mais a cada ano.

Palavras-chave: Arma de fogo; Criminalidade; Estatuto do desarmamento; Homicídio; Lei n. 10.826/2003.

Introdução

As armas foram criadas na antiguidade, sendo utilizadas para a caça e a segurança dos povos primitivos. Com o passar dos anos, considerando o avanço da tecnologia, as primeiras armas de fogo foram criadas, fazendo com que as antigas armas, como lanças, arco e flecha, zarabatana, etc., fossem substituídas, uma vez que as novas invenções geravam um impacto maior, tanto na caça, como na defesa.

Sendo assim, a sociedade teve um crescimento exorbitante de portadores de arma de fogo, fazendo com que o Estado criasse maneiras de diminuir o acesso as armas pelo cidadão. Dessa forma, surgiram diversos decretos e leis que tinham como finalidade proporcionar o desarmamento da população.

O objetivo destas normas tange à diminuição de crimes praticados com arma de fogo, inclusive no Brasil, pois o principal argumento dos desarmamentistas é que com mais armas em circulação, mais crimes acontecem, algo que vai totalmente de encontro aos dados obtidos, após a criação da Lei nº 10.826/2003.

O Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) se originou para reduzir os crimes praticados com arma de fogo, por meio da regulamentação do registro, posse, porte e comercialização de armas de fogo e munições no Brasil.

Considerando que a lei supramencionada foi criada na intenção de reduzir os crimes praticados com arma de fogo, a principal questão é se o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003) auxiliou na redução das taxas de homicídio nos últimos vinte anos no Brasil, o que é investigado nesta pesquisa.

Tendo em vista essa dúvida, o presente artigo visa analisar, a partir de dados e estatísticas referentes aos crimes de homicídio praticados com arma de fogo no Brasil nos últimos vinte anos, se o Estatuto de Desarmamento (Lei n. 10.826/2003) é ou não é eficaz.

Diante do exposto, analisando a atualidade do assunto, torna-se de suma importância a compreensão da Lei nº 10.826/2003, seu impacto na sociedade, suas principais características e principalmente sua (in)eficácia.

Pesquisa-se os principais dados e estatísticas sobre o crime de homicídio com armas de fogo no território brasileiro, identificando os impactos trazidos com a implementação da lei nº 10.826/2003. Além disso, estuda-se a (in)eficácia do Estatuto do Desarmamento no Brasil diante dos crimes de homicídio praticados com arma de fogo no Brasil.

O presente artigo dividiu-se em três momentos: no primeiro faz-se uma observação da evolução histórica do desarmamento no Brasil, desde o Código Criminal de 1930 até a implementação da Lei nº 10.826/2003. Já na segunda parte são estudados os impactos do Estatuto do Desarmamento, bem como argumentos favoráveis e contrários à sua vigência. Por fim, no terceiro fragmento são analisados a (In)eficácia da Lei 10.826/2003.

Esta pesquisa está embasada em artigos científicos, doutrinas, reportagens, análises de institutos, como o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e o FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública), além de outros trabalhos acadêmicos relacionados com a Lei nº 10.826/2003.

O desarmamento no Brasil: aspectos históricos e legislação

Desde os primórdios, as armas estão presentes na vida da população, sendo utilizadas para caça, para defesa pessoal e de seus pertences e, até mesmo, para atacar inimigos. Na antiguidade, os povos primitivos utilizavam pedras amoladas amarradas em galhos para cortar a pele dos animais (CARTAXO, 2005).

Sendo assim,

> [...] desde seu surgimento na face da Terra até os dias atuais, o homem se utiliza de algum meio para efetuar sua autodefesa. Apenas o que mudou foram as armas ou os meios utilizados, que acompanharam o desenvolvimento de novas técnicas, a descoberta de novos materiais e as novas tecnologias que surgiram ao longo da própria evolução humana (TEIXEIRA, 2001, p. 15).

Segundo Teixeira (2001) as armas tiveram uma enorme evolução durante os anos, pois o ser humano analisou que um pedaço de galho afiado seria mais útil para sua defesa do que se não fosse afiado. Ademais, se amarrasse cipó nas pontas de um galho, conseguiria desenvolver um arco, o qual seria utilizado para arremessar outros objetos a uma distância superior.

Com o passar dos anos, sobretudo com a descoberta do metal, as armas sofreram uma enorme transformação. Com o descobrimento do metal, espadas, lanças, machados, passaram a ser fabricadas com um material mais resistente, substituindo as antigas ferramentas (HIGA, 2019).

No século IX foi descoberto na China uma das principais e mais importantes invenções do mundo: a pólvora. Com este material novas armas foram surgindo e, dentre elas, a categoria mais utilizada nos dias atuais, as chamadas armas de fogo (HIGA, 2019).

De tal modo, “as primeiras armas de fogo, ainda improvisadas, provavelmente surgiram na China logo após a invenção da pólvora, no século 9. Em tubos de bambu, essa mistura de salitre, enxofre e carvão vegetal que e que explode em contato com o fogo era usada para atirar pedras.” (HIGA, 2019).

Cerca de três séculos após a descoberta da pólvora, novamente invenções surgiram, tendo como principal objetivo construir armas de fogo que causassem mais impactos ao inimigo, com isso surgem os canhões e os primeiros mosquetes.

Em 1884, nos Estados Unidos, foi criada a primeira arma automática do mundo, fazendo com que o indivíduo que a utilizasse conseguisse disparar centenas de tiros por minuto, gerando um grande interesse dos militares. Assim surgiu a primeira metralhadora do mundo (CARTAXO, 2005).

Conforme a população se armava, nasciam na sociedade políticas de desarmamento, uma vez que o principal argumento é que quanto mais arma estiver na mão no cidadão, mais crimes violentos ocorreram. Com isso vários sistemas de normas foram criados pelo mundo visando uma maior regulamentação do uso de armas.

O primeiro sistema jurídico que vigorou no Brasil era o mesmo que vigorava em Portugal, por meio das Ordenações Portuguesas. O Brasil foi inicialmente legislado, executado e julgado pelos três principais conjuntos de leis portuguesas: Ordenações Afonsinas (1446-1514), em seguida, as Ordenações Manuelinas (1521-1595) e, ainda, as Ordenações Filipinas (1603-1916) (FRANCELIN, 2013).

No Código Criminal de 1830, entrou em vigor a primeira norma brasileira no que tange as armas de fogo, o qual se referia as armas ofensivas e proibidas:

> Art. 297. Usar de armas offensivas, que forem prohibidas. Penas - de prisão por quinze a sessenta dias, e de multa correspondente á metade do tempo, atém da perda das armas.
> Art. 298. Não incorrerão nas penas do artigo antecedente:
> 1º Os Officiaes de Justiça, andando em diligencia.
> 2º Os Militares da primeira e segunda linha, e ordenanças, andando em diligencia, ou em exercicio na fórma de seus regulamentos.
> 3º Os que obtiverem licença dos Juizes de Paz.
> Art. 299. As Camaras Municipaes declararão em editaes, quaes sejam as armas offensivas, cujo uso poderão permittir os Juizes de Paz; os casos, em que as poderão permittir; e bem assim quaes as armas offensivas, que será licito trazer, e usar sem licença aos occupados em trabalhos, para que ellas forem necessarias (BRASIL, 1830).

Além disso, em 1830, no Código Criminal do Império Brasileiro, as restrições do porte e posse de armas de fogo ofensiva, que fossem proibidas no território, começaram a ter suas punições, tendo a pena mínima de 15 dias de prisão simples e multa correspondente à metade do tempo, além de pena média de 01 mês e pena máxima de 60 dias, mais a perda da arma (SILVA, 2004).

Na sequência, com o Código Penal de 1890, não se percebeu grandes mudanças deste cenário, sendo que, até este momento, considerava-se como contravenção penal a utilização de armas ofensivas sem licença da autoridade policial, contravenção cuja pena era prisão cautelar de 15 a 60 dias (BRASIL, 1890).

Já em 1934, o Decreto nº 24.602/1934 proibiu a fabricação de armas e munições de guerra por empresas particulares, além de trazer uma atribuição de suma importância, de modo que passou para as Forças Armadas a função de fiscalizar a venda e a fabricação de armas e munições em todo o território brasileiro (BRASIL, 1934).

Em 03 de outubro de 1941, o Decreto nº 3.688 foi pioneiro em trazer a punição para quem portar arma de fogo, considerando o fato como uma contravenção penal, tendo como punição a pena simples de 15 dias a 06 meses, ou multa, podendo ambas serem aplicadas em conjunto (BRASIL, 1941).

Somente a partir da criação da Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, com o chamado Sistema Nacional de Armas – SINARM, o porte de arma de fogo passou a ser considerado como crime, trazendo penas mais duras a quem desrespeitar as leis impostas (BRASIL, 1997).

Vale destacar, que a Lei n. 9.437/1997 é a antecessora da Lei nº 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, sendo utilizada como base para sua elaboração.

A referida lei visava diminuir a circulação de armas no Brasil, tendo em vista que, na época, 80% dos crimes eram cometidos com a utilização de armas de fogo. Dessa maneira, no artigo 10 da Lei nº 9.437 foram trazidas as seguintes determinações:

> Art. 10 - Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
> Pena - detenção de um a dois anos e multa.
> § 1o Nas mesmas penas incorre quem:
> I - omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de dezoito anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor;
> II - utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes;
> III - disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave.
> § 2o A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.
> § 3o Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem:
> I - suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;
> II - modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito;
> III - possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização;
> IV - possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.
> § 4o A pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público (BRASIL, 1997).

Um dos principais pontos positivos para a Lei n. 9.437/97 foi cadastrar as armas de fogo e seus respectivos proprietários, além de ter colocado em discussão os altíssimos índices de criminalidade, fazendo com que a referida lei visasse reduzir a violência e a criminalidade praticadas com arma de fogo.

Com o objetivo de diminuir ainda mais a taxa de crimes cometidos com a utilização de armas de fogo, em 22 de dezembro de 2003 entrou em vigor a Lei n. 10.826/2003, denominado “Estatuto do Desarmamento”.

A ideia em torno do Estatuto do Desarmamento concernia uma visão de que a violência estava diretamente associada às armas de fogo, então,

o desarmamento da população geraria uma diminuição dos crimes cometido com as mesmas.

O Estatuto do Desarmamento teve sua origem a partir do Projeto de Lei do Senado n. 292/1999, de autoria do senador Gerson Camata. Segundo a justificação da norma, esse projeto se deu como resposta do Senado aos índices de violência que vinham crescendo no país e que decorriam do fácil acesso à obtenção e ao uso de armas de fogo como uma de suas principais causas (BRASIL, 1999).

O Estatuto em comento determinou várias restrições para a compra e o porte de arma de fogo no Brasil, definindo diversos requisitos para uma pessoa conseguir ter uma arma de fogo legalmente no território brasileiro.

Com a vigência do Estatuto do Desarmamento, tornou-se muito mais difícil a compra de uma arma de fogo, pois em seu artigo 4º são estabelecidos requisitos rígidos para a aquisição das mesmas, por exemplo: o cidadão que quiser obter uma arma deverá declarar a sua real necessidade, comprovar sua idoneidade com a apresentação de diversas certidões de antecedentes criminais, comprovar seu endereço e profissão e comprovar ter capacidade técnica e psicológica para manusear uma arma de fogo (BRASIL, 2003).

Com o objetivo de obter um controle maior sobre as vendas de munições para as armas de fogo, o Estatuto do Desarmamento possibilita apenas que sejam vendidas as munições correspondentes ao calibre de sua arma, bem como, a obrigação das lojas de armas comunicarem às autoridades competentes e manter atualizados um banco de dados, todas as informações da arma de fogo vendida, sendo as lojas responsáveis legais pelas armas que ainda não forem vendidas (ALEIXO; BEHR, 2015).

Além disso, o artigo 6º do Estatuto dispõe sobre a proibição do porte de arma de fogo no Brasil, sendo somente permitido para determinados profissionais de segurança pública, como policiais civis e militares, membros do exército, entre outros. Também é permitido o porte para empresas privadas que seguirem determinados requisitos (BRASIL, 2003).

Segundo Aleixo e Behr (2015), o direito de portar armas de fogo é restrito aos participantes das instituições que tem como objetivo manter à soberania nacional (forças armadas), aos membros da segurança pública e privada, as entidades desportivas legais que tem como objeto principal a utilização das referidas armas de fogo, auditores ficais do trabalho, analistas tributários, caçadores de subsistências e membros da auditoria da Receita Federal brasileira.

No que tange ao porte de arma de fogo para civis, além de terem que seguir os requisitos estabelecidos para a aquisição da arma, estes devem demonstrar a efetiva necessidade da arma de fogo, requisito que se tornou o maior dificultador das pessoas para adquirirem o porte de arma de fogo.

Neste sentido, pode-se asseverar que

> o requisito "demonstração de efetiva necessidade" constitui-se num dos maiores empecilhos para o cidadão que deseja utilizar a arma de fogo como meio de defesa, pois sujeita-o à discricionariedade do Estado, tanto para a concessão de autorização de compra da arma de fogo como para obtenção da licença de porte (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

Contudo, outro empecilho gerado pelo Estatuto do Desarmamento está descrito no seu artigo 11, no qual é instituído a cobrança de diversas taxas para conseguir registrar a arma de fogo, bem como sua renovação, expedição, renovação do porte e expedição de segundas-vias, sendo este um empecilho enorme, uma vez que o alto custo da aquisição da arma de fogo restringe o número de armas circulando pelo território brasileiro, tendo em vista que é uma pequena parcela da população capaz de adimplir tais taxas (BRASIL, 2003).

Vale mencionar que existe uma diferença entre arma de fogo de uso permitido e arma de fogo de uso restrito, sendo que as permitidas são aquelas cuja sua utilização é autorizada às pessoas físicas, como espingardas, revólveres calibre .38, pistolas semiautomáticas calibre .380 ACP, entre outras (BRASIL, 2019). Enquanto as restritas são aquelas permitidas somente a uso exclusivo as forças armadas, instituições de segurança públicas e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas (BRASIL, 2019).

No artigo 12 do Estatuto em tela está estabelecida a punição para quem estiver em posse irregular de arma de fogo de uso permitido em sua própria residência ou local de trabalho, sendo arbitrada pena de detenção, de 01 a 03 anos, e multa, no entanto, caso o indivíduo seja pego portando arma de fogo de uso permitido, segundo o artigo 14, a pena passa a ser de 02 a 04 anos de reclusão, e multa, por fim, caso a arma que a pessoas estejam possuindo ou portando seja de uso restrito, a lei tipifica pena de 03 a 06 anos de reclusão, e multa (BRASIL, 2003).

Em seu artigo 13, a referida lei versa sobre a omissão de cautela, prevendo a pena de 01 a 02 aos de detenção, e multa, para o indivíduo que não seguir as devidas cautelas para impedir que pessoas menores de 18 anos ou portadora de deficiência mental, de pegar a arma de fogo que esteja em sua posse (BRASIL, 2003).

Da mesma forma, disparar arma de fogo ou acionar a munição em algum local habitado, em via pública ou em sua direção, também é criminalizado, apresentando como pena a reclusão de 02 a 04 anos, e multa, sendo considerado um delito inafiançável (BRASIL, 2003).

O comércio ilegal de arma de fogo é tipificado no artigo 17 do Estatuto, de modo que quem adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, estará tipificado no crime, o qual apresenta pena de reclusão de 04 a 08 anos, e multa (BRASIL, 2003).

Enquanto, quem exportar, importar ou favorecer a entrada ou saída de arma de fogo, acessório ou munição, estará cometendo o crime de tráfico internacional de arma de fogo, o qual é tipificado no artigo 18 da Lei n.º 10.826/03, tendo uma pena mais severa que os demais crimes, sendo a reclusão de 08 a 16 anos, e multa (BRASIL, 2003).

O Estatuto do Desarmamento surgiu no momento em que o número de crimes violentos no Brasil com a utilização de arma de fogo aumentou.

Desta maneira, a Lei foi desenvolvida com a intenção de reduzir os números de mortes por arma de fogo em território brasileiro.

De tal maneira, esta Lei adveio como uma verdadeira tentativa para diminuir os altos números de mortes por arma de fogo no Brasil, um país diverso e com dimensões continentais. Ressalta-se que:

> [...] um estudo de 2005 da Unesco revelou que entre 1993 e 2003, a taxa anual de mortes por armas de fogo no Brasil era mais elevada do que uma série de conflitos armados mundo afora**.** Enquanto a Guerra do Golfo registrou 10 mil baixas em um ano de conflitos, em 1991, o Brasil registrou uma média de 32 mil mortes por armas de fogo por ano entre 1993 e 2003 (BLUME, 2016).

Segundo reportagem publicada no *site* G1 (2019), a ideia principal que norteou a sua elaboração foi a de que, ao desarmar a população, há menos homicídios e acidentes, bem como menos armas em posse de criminosos.

Desta forma, o Estatuto do Desarmamento visava a redução dos crimes cometido com arma de fogo, tendo como pensamento que com menos armas de fogo em circulação, menos homicídios iriam ocorrer. Com a implementação da lei e o rígido controle do porte de armas, fez com que as taxas de armas legais na mão dos cidadãos diminuíssem.

No sentido de visar diminuir os crimes, o Senador Cesar Borges (BRASIL, 2003) aclamou a aprovação do Estatuto do Desarmamento como sendo um momento histórico para o Senado Federal, em que a casa legislativa daria uma resposta à sociedade para o problema da violência social.

Segundo Greenhalgh (2003), o Estatuto do Desarmamento é muito importante, pois havia uma enorme quantidade de armas de fogo em território brasileiro, sendo grande parte dessas armas as de pequeno calibre. Por intermédio de estudos realizados pela Organização das Nações Unidas (ONU), em torno de 80% dos homicídios praticados no Brasil eram utilizados as armas de fogo, tendo também sido analisado que 78%, aproximadamente, de todas as armas apreendidas eram de procedência nacional, sendo grande parte delas roubadas de donos que não possuíam o seu registro, os quais no final não declaravam o roubo às autoridades competentes.

A elaboração do Estatuto do Desarmamento também tinha como ideia que com menos armas de fogo nas mãos dos cidadãos, além de reduzir os crimes de homicídios praticados com elas, iria reduzir os índices de suicídio, homicídio entre familiares e menos arma nas mãos de dependentes químicos do álcool.

Um controle mais rígido de arma de fogo no território nacional deveria, em tese, diminuir os índices de criminalidade violenta no Brasil. Com esse pensamento, o Deputado Greennhalgh (2003) aduzia que:

> No caso brasileiro, pelo menos parte dos 300 mil assassinatos que ocorreram no pais nos últimos dez anos poderia ter sido evitada se houvesse um controle maior do acesso às armas. Por conta dessa situação, foi lançada no último dia 9, pela Anistia Internacional, uma campanha mundial pela adoção de um tratado internacional que restrinja o comércio ilegal e legal de armas de fogo.
> [...]
> Embora cobre ações dos governos pelo mundo, a Anistia Internacional acena para o fato de que a melhor forma de conter a proliferação de armas é colocar em prática leis que estabeleçam maior rigor para o comércio, propondo inclusive um acordo internacional para o controle de armas por todo o mundo.

Segundo o Atlas da Violência, no ano de 2019, no Brasil ocorreu mais de trinta mil mortes violentas a cada cem mil habitantes. Neste país, apesar de poucas armas registradas e na posse de civis, é um dos Estados em que mais acontecem e mortes ocasionadas por arma de fogo, superando até mesmo países em guerra (INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS, 2018).

Com a implementação da Lei nº 10.826/2003, os brasileiros se desarmaram. Contudo, todos os anos os crimes praticados com arma de fogo aumentam. Dessa forma, a parte seguida da pesquisa passa a observar aspectos relacionados à ineficácia do estatuto do desarmamento.

Os impactos da Lei n. 10.826/2003: argumentos favoráveis e contrários

Como reportado anteriormente, o Estatuto do Desarmamento se originou para cumprir o objetivo do Estado em reduzir os indicies de cri-

mes ocorridos com a utilização de armas de fogo no país. Desta forma, foi criada a Lei n. 10.826/2003, a qual visa restringir o acesso dos civis às armas de fogo, fazendo com que, caso um indivíduo que não tenha o porte ou posse de arma de fogo, venha a sofrer punições penais, as quais estão elencadas na referida lei.

Com isso, os únicos indivíduos que tem a permissão de portar armas de fogo são seletos profissionais, sendo em sua grande maioria os que trabalham para manter a soberania nacional, enquanto que os civis, necessitam seguir os requisitos determinados na Lei n. 10.826/2003, demonstrando a efetiva necessidade de possuir uma arma de fogo.

Dessa forma, o Estado não proíbe que cidadãos comuns tenham acesso às armas de fogo, contudo, coloca certos requisitos para a obtenção da mesma. Sendo assim,

> [...] após a elaboração do Estatuto, normas mais rigorosas de controle e acesso a armas de fogo por parte da população civil e das agências privadas de segurança foram implementadas. Tais mudanças expressam a preocupação por parte dos órgãos competentes em controlar o acesso à armas e fogo no país, sobretudo, frente à expansão dos homicídios percebida entre os anos 1980 e 2000. Embora a referida Lei apresente um caráter proibitivo, ela pode ser encarada como uma ação educativa, uma vez que legalmente não impede a aquisição, o porte e a posse de armas de fogo às pessoas que realmente necessitam, mas busca reprimir o acesso daqueles que não estão devidamente preparados para fazer o seu uso (DUTRA, 2017, p. 11).

Outrossim, como exposto no fragmento anterior, pode-se asseverar que o requisito "demonstração de efetiva necessidade" é o principal inimigo de quem tem a intenção de adquirir uma arma, pois não existe uma linha que esclareça essa "necessidade", sendo analisado caso a caso, de modo que os critérios são excessivamente subjetivos.

Desta forma, é de suma importância frisar a dificuldade na obtenção de uma arma de fogo no Brasil pois, analisando o artigo 4º da Lei n. 10.826/2006, são observados os principais requisitos que o indivíduo deve seguir para adquirir uma arma de fogo, são eles:

> Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:
>
> I - Comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;
>
> II – Apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;
>
> III – Comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei (BRASIL, 2003).

Em 15 de janeiro de 2019, entra em vigor no estado o Decreto n. 9.685/2019, alterando alguns dispositivos do Estatuto do Desarmamento, bem como substituindo o Decreto n. 5.123/2004 (BRASIL, 2019).

Embora o Decreto n. 9.685/2019 facilite, de fato, alguns dispositivos do Estatuto do Desarmamento, não foi liberado a livre posse ou comercialização das armas de fogo, sendo apenas uma maior abrangência de quem seriam os "sujeitos de legítimo direito" a possuírem armas de fogo (BRASIL, 2019).

Com a entrada em vigor do Decreto em comento, houve uma flexibilização na obtenção da posse de arma. Segundo Santos e Cortez (2020), houveram novidades com a implementação do Decreto, principalmente no que tange à necessidade de comprovação da efetiva necessidade de possuir a arma.

Assim, destaca-se o artigo 12 §1º do Decreto, o qual começou a permitir que todas as justificativas de necessidades contidas nos documentos dos cidadãos passassem a serem consideradas verídicas.

No que diz respeito à Lei nº 10.826/2003, existem aqueles que defendem que o Estado é o único que deve prover a segurança da população, caso contrário, iria ocorrer a justiça com as próprias mãos.

Por outro lado, existem indivíduos contrários à Lei, pois, considerando que o Estado não é onipresente, alegam ser coesa a vontade dos cidadãos de querer obter uma arma de fogo para sua autodefesa, tendo em vista a incapacidade do Estado em prover segurança a toda a população brasileira.

Argumentos favoráveis à Lei n. 10.826/2003

Para a corrente dos desarmamentistas, restituir a facilidade de se obter a posse de arma de fogo para os cidadãos comuns é um grande erro, tendo em vista que a população brasileira é inapta para possuir tal armamento.

Um dos principais argumentos dos especialistas em desarmamento, é que tal retomada faria com que se tornassem comuns incidentes entre crianças que encontrassem a arma de fogo em sua residência e acabasse a utilizando para brincar e terminasse em uma catástrofe, que poderia tirar a própria vida ou de outros indivíduos.

Da mesma forma, o povo brasileiro não estaria preparado para a volta mais liberada das armas de fogo, pois em ocasiões de assaltos, a vítima tentaria reagir e acabaria se colocando a si própria e as outras pessoas em um perigo maior, pois não se imaginaria a reação do assaltante quando enxergar o cidadão portando uma arma de fogo.

Segundo Kahn (2002), a compra de armas que tenham como principal objetivo a proteção e prevenção contra crimes tendem a trazer um efeito contrário, fazendo com que a violência seja mais provável de ocorrer. Dessa forma, uma menor quantidade de armas de fogo nas mãos de civis diminui a sua utilização para solucionar conflitos interpessoais.

De acordo com Cerqueira e Mello (2012), com mais armas nas mãos de civis, a tendencia é que a população a utilize para resolver conflitos, pois mais armas de circulação, consequentemente eleva a taxa de crimes praticados com a mesma.

Com um acesso mais facilitado às armas de fogo para os civis, acaba aumentando a sua oferta e, em decorrência, isso causa uma diminuição do preço das armas, fazendo com que se torne mais um chamarisco para criminosos obterem armamento no mercado (CERQUEIRA; MELLO, 2012).

Consoante Nery (2005) o desarmamento é benéfico, tendo em vista que, ocorrendo a diminuição da circulação de armas de fogo, diminui também a ocorrência da prática de crimes com a utilização de armas legais.

Ainda, Nery (2005) explica que a facilidade na obtenção de uma arma de fogo, tende a instigar a população a realizar crimes por motivos banais, como brigas entre vizinhos e vingança contra algum indivíduo.

Além do mais, o autor afirma que a posse de uma arma de fogo tende a aumentar a violência, tendo em conta que o cidadão tende a reagir a alguma violência, seja ela física ou psicológica.

Argumentos contrários à Lei nº 10.826/2003

Os principais argumentos utilizados pelos grupos armamentistas é que os índices de violência tiveram um aumento extraordinário nos últimos anos, em razão da retirada das armas de fogo da posse dos cidadãos civis, fazendo com que ocorresse a violação do direito à vida pois, dessa forma, impossibilita a oportunidade da pessoa de defender sua própria vida.

Os defensores da revogação da Lei n. 10.826/2003 declaram que o Estado precisaria dar para a população a oportunidade de defender sua vida, bem como a sua propriedade. Dessa forma, alegam que desarmar a população é como oportunizar a ocorrência de ações violentas por parte dos criminosos, contra os indivíduos.

De acordo com Quintela e Barbosa (2015), a Lei n. 10.826/2003 acaba desarmando a população de bem para que, dessa forma, não sejam realizados crimes com a utilização da arma de fogo, porém, tal lei não afeta os criminosos, tendo em vista que os mesmos não entregaram as suas armas.

Em locais de baixa presença policial, como em os mais periféricos, as armas de fogo servem como substituição diante da omissão do Estado na defesa da população (GLAESER; SPANCER, 1998).

Conforme Cerqueira e Melo (2012), a possibilidade de uma vítima estar com a posse de uma arma de fogo tende a reduzir a chance da mesma ser atacada, pois o risco para o criminoso é maior do que se ela tivesse indefesa, podendo a mesma reagir com tiros a ação dos criminosos, fazendo com que a conduta típica tenha um perigo maior para o assaltante.

Outro argumento do benefício do maior número de armas circulando entre os civis é o aumento da segurança, considerando que as armas são

discretas, os criminosos tendem a ter receio de atacar alguém, pois a mesma, ou alguém ao lado, pode estar armado (ABRAS, 2015). Dessa forma, determinados crimes serão evitados por civis armados, pois os mesmos, reagindo as agressões, protegerão a si mesmos e aos demais presentes no local de ser alvo dos criminosos.

No que tange aos custos de uma determinada ação dos criminosos, De Oliveira e Rostirolla (2016, p. 04) afirma que

> Todavia, na medida em que os métodos de precaução observáveis são mais eficientes, os custos associados ao crime contra um indivíduo protegido aumentam, transformando-o em um alvo menos atrativo. Essas medidas, de toda forma, geram uma externalidade negativa: alguns destes crimes serão deslocados para aqueles que não investem em segurança privada e, consequentemente, aparentariam ser relativamente mais atrativos para os criminosos. Dessa forma, fica evidente que os esforços de medidas observáveis de precaução da vítima reduzem sua própria vitimização, porém podem apenas aumentar a vitimização de outros (efeito deslocamento do crime). No entanto, à medida que mais indivíduos utilizam este tipo de 20 precaução pode haver uma redução na criminalidade total, pois a redução de alvos potenciais aumenta os custos de busca e este aumento de custos pode gerar efeitos de dissuasão geral.

Um dos fatores que faz com que as armas sejam vistas como vilãs da história é a mídia, pois somente ganha destaque quando as armas de fogo geram eventos negativos, sendo ignorado totalmente as ações onde as armas salvam vidas (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

Conforme Lott Jr. (2015), o desarmamento é ineficaz, pois a população de bem está desarmada, contudo, os criminosos estão cada vez mais armados. Outrossim, segundo Viana (2012), um cidadão armado causa um impacto negativo para os criminosos, pois o individuo que tende a cometer crime, tende a ter um receio maior quando existe a possibilidade de a vítima estar em posse de uma arma de fogo.

Deste modo, em função da polêmica supramencionada, em que existem divergências de posicionamentos e argumentos, de modo que há quem defenda e quem rejeite os preceitos que foram estabelecidos pelo Estatuto do Desarmamento, sobretudo no que diz respeito à posse de arma de fogo pela população civil, para que a lei em tela passasse a ter

efeitos no ordenamento jurídico, fez-se necessário um referendo popular, apreciado a seguir.

O referendo popular de 2005

Como se observa, a Lei n. 10.826/2003 objetiva proibir integralmente a comercialização de munições e armas de fogo no território brasileiro. Contudo, ocorreram diversas divergências em função dessa proibição. Diante disso, foi disposto no Estatuto em apreço o artigo 35, §1º, o qual colocaria em aprovação a proibição, por meio de um referendo popular no final do mês de outubro de 2005.

Em 23 de outubro de 2005, a população brasileira foi consultada se o comércio de armas de fogo deveria ser proibido no Brasil. Na oportunidade, o Tribunal Superior Eleitoral publicou que mais de 2/3 dos votantes optaram que o comércio de armas não deveria ser proibido. Dessa forma, nota-se o desinteresse da população pela Lei n. 10.826/2006 (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

De acordo com uma reportagem publicada no *site* G1 (2015), antes do dia do referendo, as pesquisas indicavam que a população era favorável à proibição do comércio de armas e munições no Brasil:

> Antes que as campanhas de "sim" e "não" começassem a ser veiculadas, pesquisas indicavam que a população seria favorável à proibição do comércio de armas de fogo: 83% em São Paulo, 82% no Rio e 70% no Paraná, informava o GLOBO em sua edição de 26 de junho de 2005, cujo título era "Campanha já tirou de circulação 360 mil armas". Entre 2003 e 2004, o número de armas roubadas caíra 60% e o de acidentes e internações por ferimentos a bala diminuíra 10,5% no Rio. Porém, à medida que a data prevista pelo Estatuto do Desarmamento se aproximava — 23 de outubro — notou-se uma "corrida armamentista", com alta de 160% nas vendas e a certeza que o assunto era, na verdade, muito mais controverso do que havia se antecipado. (G1, 2015).

Segundo o Tribunal Superior Eleitoral (2015), cerca de 95 milhões de eleitores brasileiros votaram no referendo que fez a seguinte pergunta "o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?" Na ocasião, como supramencionado, 2/3 da população foi contrária, cerca de 59 milhões de brasileiros.

Conforme Quintela e Barbosa (2015), o Movimento Viva Brasil foi o principal grupo na campanha do voto "não" no referendo popular, sendo destacado com um dos pilares da ideia o fato de que os indivíduos deveriam ter o direito de possuir uma arma de fogo. Além do referido grupo, outros também fizeram parte da campanha do "não", como a Associação Paulista de Defesa dos Direitos e Liberdades Individuais – APADDI, a Federação Paulista de Tiros Prático – FPTPM, o Ram Clube de Silhuetas Metálicas – RCSM e o Safári Club International – SCI Brasil.

Como supramencionado, o referendo estava estipulado no artigo 35 §1º da Lei n. 10.826/2003, de modo que: "este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005" (BRASIL, 2003).

Desta maneira, resta comprovado que o governo não tenha observado a opinião da população, tendo em vista que 2/3 dos votantes foram contrários, mas, em nenhum momento foi tomado alguma medida de acordo com a opinião da sociedade (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

Com a realização do referendo popular, a implementação do Estatuto do Desarmamento estava completa. Todavia, o objetivo de diminuir a ocorrência de crimes praticados com as armas de fogo não foi atingido. Portanto, a sequência da pesquisa objetiva a analisar os índices de crimes praticados com armas de fogo nos últimos 20 anos, demostrando a ineficácia da lei 10.826/2003.

A ineficácia do Estatuto do Desarmamento diante dos índices de homicídio dos últimos vinte anos no Brasil

Consoante com o estudado no capítulo anterior, o Estatuto do Desarmamento tem prós e contras, defensores e incrédulos quanto à sua eficácia. Os argumentos favoráveis são aqueles baseados no fato de que a população brasileira não estaria preparada para a utilização de arma de fogo, bem como aumentariam os acidentes com o uso do objeto. No

mesmo sentido, um dos principais argumentos utilizados pelos desarmamentistas é que com mais armas, mais crimes iriam acontecer.

Em contrapartida, os armamentistas argumentam que a arma é um direito do indivíduo, sendo de suma importância para a defesa da vida do portador, de seus entes e também de sua propriedade. Com mais armas nas mãos de civis, menos crimes violentos ocorreriam, pois os criminosos iriam pensar várias vezes antes de atacar alguém, já que a vítima poderia estar armada ou alguém próximo a ela. Por fim, outro argumento sólido é que o desarmamento só atingiu as pessoas que agem de forma legal, pois os criminosos não se desarmaram, pelo contrário, seu poderio de fogo só aumentou e, consequentemente, os índices de crimes violentos aumentaram com o passar dos anos, de acordo com o que será exposto na sequência.

Conforme apresentado, a Lei nº 10.826/2003 foi publicada com o intuito de restringir o acesso às armas de fogo no território brasileiro e, desta forma, visava diminuir os números de casos de homicídios no Brasil. Os cidadãos comuns se desarmaram, entretanto, os criminosos não, fazendo com que os índices de crimes violentos perpetrados com a utilização da arma de fogo aumentassem com o passar dos anos, demonstrando assim a ineficácia da referida Lei em tal proposição.

Batista (2009, p.1) relata que

> [...] de acordo com dados obtidos por Luciana Phebo, em sua obra Brasil: as armas e as vítimas, O Brasil é o país onde se tem o maior número de mortes por arma de fogo no mundo [...]. Em número absoluto, supera tanto países tradicionalmente violentos, como é o caso da Colômbia, de El Salvador e da África do Sul e como os Estados Unidos, um país conhecido por suas regulamentações pouco restritas em relação ao acesso às armas.

Considerando que um dos principais objetivos do Estatuto era repelir a circulação de arma de fogo ilegais, percebe-se que a Lei foi ineficaz nesse sentido, tendo em vista que o Brasil é uma referência negativa no que tange ao tráfico de armas (FRANCO, 2011).

Outrossim, a Lei nº 10.826/2003 tinha como intenção reduzir a criminalidade cometida no território brasileiro com o uso de arma de fogo, todavia, inúmeras pesquisas mostram o contrário, de modo que os índices de crimes violentos com armas de fogo vêm aumentando após a implementação do Estatuto do Desarmamento.

Conforme a reportagem publicada no *site* G1 (2021), em 2020 o Brasil registrou 43.892 casos de morte violenta, sendo 5% a mais do que em 2019, ano no qual ocorreram 41.730 mortes violentas, um crescimento de 2.162 mortes, tendo o índice nos estados-membro do nordeste subido 20% em relação ao ano anterior. Destacou-se negativamente o estado do Ceará, que apontou crescimento de 81% nas mortes violentas, enquanto a região norte apresentou a maior queda do Brasil, com 11%, destacando-se o Estado do Pará, onde se obteve uma diminuição de 19%.

Segundo Barbosa e Quintela (2015, p. 142) o Estatuto do Desarmamento não conseguiu cumprir seu objetivo, tendo em vista que desde que foi aprovado e colocado em prática, os índices de crimes violentos praticados com o uso de arma de fogo não diminuíram.

Deste modo, é de suma importância mencionar que, embora existam diversas restrições para a obtenção da posse e porte de arma de fogo, o Brasil ocupa um lugar de destaque entre os países com as maiores taxas de homicídios praticados com arma de fogo, sendo na sua maioria, armas ilegais, as quais entram no território pelas fronteiras (ORGANIZAÇÃO SOU DA PAZ, 2015).

Vale destacar que os criminosos não se importam com a implementação do Estatuto do Desarmamento, pois é muito mais barato adquirir uma arma no mercado negro do que legalmente. Entretanto, a Lei n. 10.826/2003 traz obstáculos para quem realmente quer utilizar a arma para sua autodefesa ou de sua propriedade, tendo em vista a imensa burocracia para conseguir portar e possuir uma arma de fogo (CABETTE; NETO, 2018).

Destaca-se que o infrator da lei não se importa com a existência de um Estatuto do Desarmamento. Por outro lado, os indivíduos comuns se veem cercados de empecilhos legais e de burocracias para a posse legal e para a autorização do porte legal de uma arma de fogo. (CABETTE; NETO, 2018).

Segundo Facciolli (2010), após a vigência do Estatuto do Desarmamento houve aumento nos índices de assassinatos no Brasil, bem como o aumento na utilização de armas de fogo em crimes violentos, sendo na sua grande maioria, armas ilegais. Do mesmo modo, desde a implementação da Lei em comento, os crimes cometidos com armas de fogo aumentaram, sobretudo se comparar com delitos sem a utilização de arma.

Um dos fatores importantes para se analisar a eficácia da lei é comparar as taxas de homicídio nos estados-membros brasileiros. Sendo assim, caso fosse eficaz a política de desarmamento, os estados-membros com menos armas legais deveriam ter os índices menores e, consequentemente, os demais (com mais armas registradas) deveriam apresentar mais casos de homicídio. Entretanto, acontece o oposto:

> [...] segundo a edição de 2010 dos Indicadores de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, elaborado pelo IBGE, embora o Nordeste seja a região brasileira com o menor número de armas legais, é a que apresenta a maior taxa de homicídios (29,6 por 100 mil habitantes). Em compensação, a Região Sul, que conta com a maior quantidade de armas legais do Brasil, apresenta a menor taxa de homicídios (21,4 por 100 mil habitantes). (QUINTELA, 2015, p. 72).

Conforme mencionado, a região nordeste é a que menos tem armas legalizadas no Brasil, apresentando os piores índices em crimes de homicídio; em contrapartida, a região sul é a que apresenta os maiores números de armas registradas, apresentando os menores índices de homicídio. Dessa forma, percebe-se que os dados em apreço estão na contramão do principal argumento dos desarmamentistas, ou seja, que mais armas geram mais violência.

No que tange à eficácia do Estatuto do Desarmamento, durante uma entrevista para o canal de televisão Globo News (2019), o atual Senador da República, Sérgio Moro afirma:

> Essa questão de estatística, de causa de violência, sempre é um tema bastante controvertido. Claro que especialistas que trabalham com isso devem ser valorizados, até valorizamos isso reportando a estatística colhida por institutos, mas o fato é que isso é controverso. A política anterior não resultou numa diminuição significativa do número de homicídios no Brasil. Se a política de desarmamento fosse tão exitosa, o que teria se esperado era que o Brasil não batesse ano após ano o recorde em número de homicídios.

As palavras do senador vão ao encontro das pesquisas realizadas pelos institutos, como o IPEA, responsável pelo Atlas da Violência, onde no Brasil, a cada ano que passa, aumentam os casos de homicídio praticados com armas de fogo em solo brasileiro.

De acordo com Facciolli (2010) a Lei n. 10.826/2003 está longe de conseguir cumprir seu intuito, sendo ele cercear o uso de armas de fogo, fazendo com que as pessoas realmente afetadas pelo Estatuto do Desarmamento sejam os cidadãos que atuam de maneira legal.

Conforme o Atlas da Violência (2019), em 2004, o primeiro ano da vigência do Estatuto do Desarmamento, o Brasil teve 34.187 casos de homicídios praticados com arma de fogo, já em 2018, esse número subiu para 41.179. Estes dados demonstram que, com o passar dos anos, os índices de crimes de homicídio com uso de arma de fogo só aumentaram.

Em conformidade com Magalhães (2018) é nítido que o Estatuto do Desarmamento é ineficaz em seus objetivos, não conseguindo minimizar os números de crimes praticados com armas de fogo no Brasil, nem sequer conseguiu reduzir a quantidade de armas de fogo que estão em circulação.

Diante de todo o exposto, apesar do Estatuto do Desarmamento ter sido idealizado e entrado em vigor para reduzir circulação de armas de fogo no Brasil, bem como diminuir as taxas de crimes praticados com a utilização da arma, a Lei nº 10.826/2003 é bastante conhecida pela sua

ineficácia, tendo em vista que, estando em vigor já fazem 19 anos, não gerou baixas nos índices de criminalidade praticados com o uso da arma.

Considerações finais

Este artigo cientifico analisou a eficácia do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) perante os crimes de homicídio no Brasil praticados com a utilização de armas de fogo, para compreender se a regulamentação do registro, posse, porte e comercialização de armas de fogo e munições no Brasil alcançou efeitos positivos nos crimes de homicídios praticados com a arma, a partir de análise de dados e estatísticas sobre o assunto.

Na primeira parte foram identificados os principais dados e estatísticas sobre os crimes de homicídio perpetrado com a utilização da arma de fogo, onde verificou-se que com após a implementação do Estatuto do Desarmamento, os crimes praticados com arma de fogo dispararam, fazendo com que a Lei 10.826/2003 não atingisse seu principal objetivo, ou seja, diminuir os crimes de homicídios com a utilização de arma.

Em seguida, foram identificados os efeitos da Lei 10.826/2003 na sociedade, onde constatou-se que a lei impactou negativamente a vida dos cidadãos, pois quem gostaria de ter acesso a uma arma de fogo para defender sua vida e sua propriedade, não conseguia, tendo em vista a enorme dificuldade de obter a posse do armamento. Além disso, a criminalidade com a utilização da arma não diminuiu, pelo contrário, teve um crescimento gigantesco.

Por fim, ao estudar a (in)eficácia do Estatuto do Desarmamento, conclui-se que a lei foi ineficaz no combate aos crimes de homicídios com a utilização da arma de fogo.

Com isso, a hipótese do trabalho que prevalece é a de que, apesar da implementação das medidas adotadas pelo Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003), a taxa de crimes de homicídio cresceu exorbitantemente no Brasil nos últimos vinte anos, uma vez que a população não tem

um meio compatível para se proteger contra os criminosos, tornando-se cidadãos indefesos, já que, em contrapartida, os criminosos estão cada vez mais armados.

Sendo assim, nota-se que a Lei nº 10.826/2003 não auxiliou na redução das taxas de homicídio nos últimos vinte anos no Brasil, tendo em vista que os dados obtidos através da pesquisa comprovaram que os crimes de homicídio cresceram nesse período.

Com o estudo das estatísticas e dados da Lei 10.826/2003, observa-se que, a longo prazo, o Estatuto não reduziu a criminalidade, uma vez que a população que não visa praticar crimes entregou suas armas, contudo, os criminosos não, fazendo com que a população comum não conseguisse proteger sua vida e sua propriedade.

Os instrumentos de coleta dos dados permitiram avaliar a taxa de crescimento dos crimes de homicídios perpetrados com arma de fogo, bem como a diminuição de registros e posse de armas nas mãos da população brasileira.

O trabalho cientifico realizado anseia destacar a legislação referente às armas de fogo no Brasil, bem como o objetivo da Lei 10.826/2003, de modo que, como restou constatado no presente trabalho, não foi atingido, sendo ineficaz na diminuição de crimes praticados com o uso da arma de fogo.

Referências

ALEIXO, Márcio Santos; BEHR. Guilherme Antonio. **Desarmamento no Brasil: Lei 9.437/97 x Lei 10.826/03.** Disponível em: https://revista.rbc.org.br/index.php/rbc/article/view/78. Acesso em 05 de outubro de 2022.

ATLAS DA VIOLÊNCIA. **Atlas da violência 2019.** 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019. Acesso em 26 de fevereiro de 2022.

BATISTA, Liduina Araújo. **O uso de armas de fogo no brasil, a violência e o estatuto do desarmamento**. 2009. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1372. Acesso em: 17 de abril de 2023.

BLUME, Bruno André. **O Estatuto do desarmamento deve ser revisto?.** 2016. Disponível em: https://www.politize.com.br/o-estatuto-do-desarmamento-deve-ser-revisto/. Acesso em 26 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 292, de 4 de maio de 1999.** Diário do Senado Federal, nº 69, 1999.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado n. 109, de 24 de julho de 1999. Dispõe sobre fabrico, depósito, trânsito e porte de arma de fogo e dá outras providências. **Diario do Senado Federal nº 109.** 2003.

BRASIL. Decreto nº 9.685, de 15 de janeiro de 2019. **Altera o Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9685.html. Acesso em 22 de março de 2023.

BRASIL. Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019. **Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9847.html. Acesso em 04 de outubro de 2022.

BRASIL. Decreto-lei 847 de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/. Acesso em 02 de outubro de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 24.602, de 6 de julho de 1934. **Dispondo sobre instalação e fiscalização de fábricas e comércio de armas, munições, explosivos, produtos químicos agressivos e matérias correlatas.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1934/d24602.htm. Acesso em 02 de outubro de 2022.

BRASIL. Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

BRASIL. Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, **Institui o Sistema Nacional de Armas – SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outra providência.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.senado.gov.br. Acesso em 03 de outubro de 2022.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Manda executar o Codigo Criminal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 02 de outubro de 2022.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em 04 de outubro de 2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NETO, Francisco Sanini. **Mais armas, menos crimes ou menos armas, menos crimes?** 2018. Disponível em: https://canalciencias criminais.jusbrasil.com.br/artigos/557423428/mais-armasmenos-crimes-ou-menos-armas-menos-crimes. Acesso em: 18 de abril de 2023.

CARTAXO, Giulianno. **Especial Desarmamento - A História das Armas de Fogo - (03' 22").** 2005. Disponível em: https://www.camara.leg.br/radio/programas/259974-especial-desarmamento-a-historia-das-armas-de-fogo-03%2022/#:~:text=Em%201884%2C%20surgiu%20nos%20Estados,tamanhos%2C%20modelos%20e%20especifica%C3%A7%C3%B5es%20variadas. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; MELLO, João Manoel Pinho de. **Menos armas, menos crimes**. 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2927/1/TD_1721.pdf. Acesso em: 23 de março de 2023.

DE OLIVEIRA, Cristiano Aguiar; ROSTIROLLA, Caio César. **Mais armas de fogo, mais homicídios? Uma evidência empírica para a Região Metropolitana de Porto Alegre a partir de dados em painel**. (2016). Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/317846746_Mais_armas_de_fogo_mais_homicidios_Uma_evidencia_empirica_para_a_Regiao_Metropolitana_de_Porto_Alegre_a_partir_de_dados_em_painel. Acesso em: 23 de março de 2023.

DUTRA, G. J. **Análise da relação entre acesso a armas de fogo e homicídios no brasil.** Disponível em: http://www.locus.ufv.br/bitstream/handle/123456789/12819/texto%20completo.pdf?sequence=1>.Acesso em: 22 de março de 2023.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. Lei das Armas de Fogo. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FRANCELIN, Antonio Edison. **Uma década de vigência –** o estatuto do desarmamento – parte II. 2013. Disponível em https://antoniofrancelin.jusbrasil.com.br/artigos/121942748/uma-decada-de-vigencia-o-estatuto-do-desarmamento-parte-ii. Acesso em 02 de outubro de 2022.

G1. **Brasil tem aumento de 5% nos assassinatos em 2020, ano marcado pela pandemia do novo coronavírus; alta é puxada pela região Nordeste.** 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/02/12/brasil-tem-aumento-de-5percent-nos-assassinatos-em-2020-ano-marcado-pela-pandemia-do-novo-coronavirus-alta-e-puxada-pela-regiao-nordeste.ghtml. Acesso em 29 de abril de 2023.

G1. **Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas.** 2015. Disponível em: https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376. Acesso em 25 de março de 2023.

G1. **Entenda o Estatuto do Desarmamento, que mudou as regras de porte e posse de armas em 2003.** 2010. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/16/entenda-o-estatuto-do-desarmamento-que-mudou-as-regras-de-porte-e-posse-de-armas-em-2003.ghtml. Acesso em 26 de fevereiro de 2023.

GREENNHALGH, Luiz Eduardo. **PL 1555/2003 histórico de pareceres, substitutivos e votos.** 2003. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=171735&filename=PRL+1+CCJC+=>+PL+1555/2003. Acesso em 05 de outubro de 2022.

HIGA, Carlos César. **Idade dos Metais.** 2019. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/historiag/idade-metais.htm. Acesso em 07 de janeiro de 2023.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Mais armas, menos crimes?.** 2018. Disponível em: https://www.ihu.unisinos.br/categorias/188-noticias-2018/575669-mais-armas-menos-crimes. Acesso em 12 de janeiro de 2023.

IPEA E FBSP (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA) (Brasil). Atlas da Violência 2016. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf. Acesso em 17 de abril de 2023.

KAHN, Tulio. **Armas de fogo: argumentos para debate.** Boletim Conjuntura Criminal**.** 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/265538011_Armas_de_fogo_argumentos_para_o_debate. Acesso em: 22 de março de 2023.

LOTT Jr., John R. **Preconceito contra as armas**. Tradução de Flávio Quintela. Campinas: Vide Editorial, 2015. p 98. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2015;001048372. Acessado em 24 de março de 2023.

MAGALHÃES, Carlos. **O crime é ilusão: considerações sobre os riscos e benefícios das práticas criminosas**. Revista eletrônica de direito Newton Paiva. Disponível em: http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1335. Acesso em: 18 de abril de 2023.

NERY, Lucas. **[sim] Estatuto do desarmamento: um passo decisivo no combate à criminalidade e na construção da paz. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 840, 21 out**. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7455/sim-estatuto-do-desarmamento/2. Acessado em: 23 de março de 2023.

ORGANIZAÇÃO SOU DA PAZ. **Segurança pública.** 2015. Disponível em: https://soudapaz.org/noticia/sou-da-paz-lancapanorama-2015-dos-dados-divulgos-pela-secretaria-da-seguranca-publica-de-sao-paulo. Acesso em 17 de abril de 2023.

QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o Desarmamento.** Campinas: Videm Editorial, 2015.

SANTOS; A.S.; CORTEZ, R.R.S. **Novas regras para posse de arma no Brasil**. São Paulo: Agência Brasil, 2020.

SILVA, Lilian Buff de Souza e; LUIZ, Felipe Buff de Souza e. **Estatuto do desarmamento: Comentários e reflexões – Lei 10.826/03.** São Paulo: Quartier Latin, 2004.

TEIXEIRA, João Luis Vieira. **Armas de fogo**: são elas as culpadas? São Paulo: LTr, 2001.

Tribunal Superior Eleitoral. **Brasil Eleitor: referendo sobre o desarmamento completa 10 anos.** 2015. Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2015/Outubro/brasil-eleitor-referendo-sobre-o-desarmamento-completa-10-anos. Acesso em 25 de março de 2023.

VIANA, Manuela Trindade. **A dimensão internacional do conflito armado colombiano: a internacionalização dos processos de paz segundo as agendas hemisférica e global**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-23112009-120910/en.php. Acesso em: 24 de março de 2023.

A atuação das instituições financeiras na prevenção do crime de lavagem de dinheiro1

Ricardo Luiz Raimondi*

Resumo

A conduta de lavagem de dinheiro é prática comum entre os criminosos com objetivo de ocultação da origem ilícita dos recursos que auferem com os crimes antecedentes que lhe deram origem, sendo criminalizada recentemente em nosso país pela lei número 9.613/98 que foi instrumento importante no combate à criminalidade já que prevê a possibilidade de sequestro de bens de origem ilícita dos criminosos, enfraquecendo o crime organizado pela falta de recursos. O presente artigo, num primeiro momento, aborda o conceito, características e as fases do crime de lavagem de capitais, bem como sua previsão legal no ordenamento

[1] Artigo científico apresentado ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação orientação da professora Carolina Goulart, no ano de 2023.

* Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: ricardoraimondiluiz@gmail.com.

jurídico brasileiro. Em uma segunda etapa, discute o importante papel das instituições financeiras e do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) na fiscalização e prevenção dos referidos delitos, destacando a dificuldade de investigação dos crimes que envolvem a atividade financeira. Ao final, concluí-se que é através da participação eficaz das instituições financeiras e um controle muito próximo das movimentações que poderá prevenir delitos e também criminalizá-los.

Palavras-chave: COAF; Compliance; Instituições Financeiras; Lavagem de dinheiro.

Introdução

Um mundo cada vez mais acelerado, com mudanças constantes e com uma frequência nunca antes vista, principalmente, no que tange as novidades trazidas pelo mercado financeiro, faz com que seja preciso desenvolver com mesma velocidade novas ferramentas e formas de movimentação e operacionalização de transações bancárias.

Percebe-se que, da mesma forma que tecnologias e novidades na área bancária surgem, as formas de se obter vantagens financeiras pela criminalidade vem sendo aprimoradas em tempo semelhante, apoderando-se das operações das instituições financeiras como uma ferramenta importante na tentativa de completar mais uma fase delituosa, assegurando os ganhos obtidos com o crime.

Assim, o tipo penal conhecido como crime de lavagem de dinheiro, previsto na lei número 9.613/98 pode ser traduzido como um comportamento onde se busca, através de diversas transferências bancárias e inserções de valores, retirar a aparência ilícita dos recursos para que possam ser utilizados novamente.

Por isso, a presente pesquisa tem como objetivo abordar o tema da atuação das instituições financeiras na prevenção e no combate ao referido delito, iniciando no primeiro capítulo a abordagem através do conceito e caracterização do crime, bem como sua previsão legal no ordenamento

jurídico brasileiro. Já numa segunda etapa, discute o papel das instituições bancárias na fiscalização da lavagem de capitais e sua responsabilização caso não atue quando deveria agir.

No combate, faz-se presente órgãos reguladores, como o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e suas polícias investigativas. Ademais, papel preventivo e fiscalizador relevante é atribuído as próprias instituições financeiras que são, de fato, os mais presentes e próximos, com possibilidade de acompanhamento direto das movimentações bancárias, sendo responsáveis por identificar suspeitas primárias, possibilitando a ação dos órgãos reguladores e da polícia.

Esta fiscalização primária é de interesse também, da própria instituição financeira, visto que a Lei 9.613/98, criada a fim de regular o delito, determina também sanções a estas caso não atuem de forma preventiva. Fora isso, trata-se de um trabalho minucioso e de certa dificuldade, visto a quantia de clientes que uma mesma instituição possui e também a liberdade que estes adquirem ao poder fazer transações sem que haja envolvimento de outra pessoa física que facilitaria o olhar investigativo.

Assim, verifica-se como é importante e necessário uma atuação efetiva, tanto em fase primária como posterior, no que tange a investigação do crime, visto que o combate e a prevenção da lavagem de dinheiro apresentam reflexos como a diminuição dos crimes antecedentes, os quais apresentam mais diretamente prejuízos à coletividade, já que são baseados em delitos como tráfico de drogas, armas, associação criminosa, sonegação de impostos, dentre outros.

Crime de lavagem de Capital: conceito, previsão legal e considerações iniciais

A evolução dos povos ao longo do tempo e o consequente e necessário aperfeiçoamento dos costumes e maneiras das pessoas fazerem “negócio” trouxeram novidades como a criação de uma “moeda” para substituir o escambo, modalidade tradicional da época em que havia trocas de objetos

para suprir necessidades sem o envolvimento de dinheiro (aqui chamado de moeda). Esse novo formato de comércio está sendo cada vez mais aprimorado e, essas evoluções aceleradas trazem consigo uma facilidade enorme para essas transações, sejam apenas monetárias ou de bens, o que torna mais difícil o controle e mais fácil utilizar destes meios para atividades ilícitas como o crime de lavagem de dinheiro. Apesar de ser facilitado hoje em dia pelos fatos acima ditos, o autor reforça que esta prática já era vista, e teria inclusive iniciado nos Estados Unidos, em meados de 1920 com o comércio ilegal de bebidas alcoólicas (CALLEGARI, 2017).

O crime de lavagem de capitais, é conhecido também como branqueamento de capitais (expressão que países como Portugal, por exemplo, utilizam até hoje para referir-se ao delito), e mais popularmente no Brasil como lavagem de dinheiro, este último termo possui origem norte americana, onde referia-se a máquinas de lavar roupas, uma metáfora com o encobrimento da origem ilícita, ou a retirada da ilicitude dos recursos. Em suma, estamos tratando de um dinheiro sujo, e que o objetivo verdadeiro por trás desta "lavagem" é inseri-lo no mercado financeiro com aparência "legal" de uso (MOREIRA, 2016).

Em busca da sua conceituação, encontramos a lavagem de dinheiro como o método por meio do qual os recursos provenientes do crime são integrados aos sistemas bancários e ao ambiente de negócios do mundo todo: o dinheiro "negro" é lavado até ficar mais branco. É através deste processo que a identidade do dinheiro sujo (ou seja, a procedência criminosa e a verdadeira identidade dos proprietários desses ativos) é transformada de tal forma que os recursos aparentam ter origem em uma fonte legítima. Finalizando este processo com sucesso, as origens dos recursos desaparecem para sempre e os criminosos envolvidos podem desfrutar do recurso de forma tranquila, fruto de seu desonrado esforço (MOREIRA, 2016).

O dinheiro é sangue vital de todas as atividades criminosas, o processo de lavagem de dinheiro pode ser encarado como o coração e os pulmões de todo o sistema, já que permitem que o dinheiro seja depurado e colocado em circulação pelo organismo todo, garantindo a sua sobrevivên-

cia. Este processo é o que dá sentido a toda atitude criminosa antecedente que, em grande maioria, objetiva o enriquecimento financeiro, portanto, ponto chave do combate ao crime, é o combate e a prevenção da lavagem de dinheiro (MOREIRA, 2016).

Visando suprir possíveis lacunas no Código Penal Brasileiro e para fins de elucidar de forma objetiva a definição do crime de lavagem de capitais, surge a criação da Lei 9.613 de 3 de março de 1998[2], que muito bem trata o delito em seu artigo 1º, qual define como: "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente da infração penal". O próprio artigo ainda traz a aplicação de pena, a qual trata-se de reclusão de 3 a 10 anos e multa.

Na mesma Lei supracitada, ao observarmos seus parágrafos e respectivos incisos, podemos ver a relação com a interceptação destes ativos, identificamos que incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes da infração penal os converte em ativos lícitos; quem os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere e ainda incorre na mesma pena as pessoas que importarem ou exportarem esses bens com valores não correspondentes ao verdadeiro, comum para nestas "sobras" inserir valores que procura se inserir ao mercado.

Na análise do parágrafo seguinte da referida Lei[3], enquadra os possíveis "cúmplices", as pessoas que utilizarem na venda econômica ou

[2] Art. 1º - Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere.

[3] § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. § 3ºA tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. [...].

financeira, bens, direitos ou valores provenientes da ação penal, ainda quem "meramente" participa do grupo, associação ou escritório de que sua atividade principal ou secundária seja para prática de crimes previsto nesta lei, estarão estas expostas a pena que o caput deste artigo nos traz (reclusão de 3 a 10 anos e multa).

A legislação trata a respeito da tentativa deste delito, será punida conforme artigo 14 do Código Penal[4]. Vale ressaltar que inclui neste artigo a possibilidade de a pena ser aumentada, de um a dois terços se os crimes nele previsto forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

Ainda verificando a Lei supracitada, vale ressaltar que a investigação e instrução de processo crime contra a lavagem de capital independe de julgamento ou condenação do crime antecedente, conforme foi exemplificado, que originou a lavagem de dinheiro. Ou seja, por mais que estejam inteiramente ligados, a Lei permite que sejam tratados de forma distintas e assim punidos, visto o seu artigo 2º, inciso II. O entendimento da doutrina é que os crimes podem ferir princípios diferentes, por isso o tratamento diferenciado da penalização. Cabe reforço a esta tese ao analisarmos que o crime antecedente, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, pode ser abrangido pela aplicação da transação penal, por exemplo, a depender da pena estipulada para infração, enquanto que para o delito de lavagem de capitais a pena privativa de liberdade está entre 3 a 10 anos (HARADA, 2014).

Vale informar que a Lei em discussão, promulgada em 1998, também foi alvo de revista e alterações proporcionadas pelo chamado de "pacote anticrime" (Lei 13.964/19), pela iniciativa do então Ministro da Justiça

[4] Art. 14 - Diz-se o crime

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Sérgio Moro, promoveu a inclusão do parágrafo sexto[5], no artigo 1º da normativa. O referido trata da possibilidade de que a polícia, no curso da investigação da lavagem de dinheiro, utilize de ferramentas como a ação controlada e a inclusão de agentes infiltrados que possam colaborar com a coleta de conteúdo probatório. A ação controlada consiste em "tardar" atitude policial como a prisão por perceber que o indivíduo, se analisado de perto, pode fornecer maiores provas para investigação, como associação com outros infratores. A infiltração de policiais, como o nome já diz, idealiza incluir agentes com identificação falsa para que possam criar laços e convivência com os criminosos, corroborando com a ação investigatória no todo (ASSUMPÇÃO, 2019).

O prejuízo que ocorre com o crime de lavagem de dinheiro é muito grande, desde o não recolhimento de todos os tributos fiscais que incidem sobre os valores, até ser uma forma de financiamento do crime organizado, por exemplo, além do comércio ilegal de drogas, a lavagem de dinheiro pode servir para legalização de bens oriundos de outros crimes antecedentes como sequestro e corrupção, este último, um dos crimes em que mais se utiliza da lavagem de capital, na forma de desvio de recursos públicos. Portanto, a segurança patrimonial e física das pessoas, está associada a um combate efetivo ao delito, o aumento da segurança pública e a diminuição de crimes supracitados será consequência da rigidez na fiscalização e impedimento de que estes recursos consigam ser utilizados por criminosos. Em outras palavras, se inibido o fim (utilização do valor), a consequência disso será inibição do processo delituoso como um todo (ASSI, 2019).

O crime de lavagem de dinheiro pode ser divido em três fases, as quais serão detalhadas abaixo conforme visão do referido autor, sendo elas: a colocação, a ocultação e a integração (MOREIRA, 2016).

[5] Art. 1º - Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

§ 6 Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes.

Há ainda doutrinadores, que trazem mais duas fases além das já apresentadas, sendo uma antecedente a colocação, focada no delito, que origina o recurso (o crime em si), como por exemplo, o tráfico de drogas ou o próprio furto de determinado bem que estimasse ser vendido posteriormente, adquirindo liquidez financeira e assim integrá-lo no sistema bancário, para financiar as demais atividades também fraudulentas. A outra fase seria pós o processo de integração, quando os valores já estão integrados ao sistema financeiro e com aparência lícita, tem-se a "eliminação de vestígios" onde se procura garantir que não será descoberto o processo, a origem dos recursos e nem os envolvidos, se elimina quaisquer informações que possam ligar o novo bem, ou novo ativo, a alguma forma de ilicitude. Essa atividade, por óbvio, é a que mais dificulta a atividade tanto das autoridades como das instituições financeiras nesta fiscalização. Em resumo, o processo acontece com o distanciamento do valor da sua origem (colocação), o disfarce da movimentação (ocultação ou dissimulação) e a reinserção do valor a economia (integração) (MOREIRA, 2016).

A colocação é a fase inicial do crime de lavagem dinheiro, e também a fase em que o delito está mais frágil, em tese, mais fácil de ser identificado, está mais ligado à sua origem ilícita, onde, havendo um trabalho minucioso e qualificado das instituições financeiras, as chances de controle aumentam, mas não só do controle, trata-se da possibilidade de encontrar um "fio" que pode desencadear na derrubada de uma atividade criminosa muito maior. Como o nome já diz, estamos falando da colocação destes recursos no sistema financeiro, normalmente com a compra de bens, móveis, imóveis, obras de arte, entre outros exemplos. Nesta etapa está bastante evidenciada a fragmentação (divisão em pedaços, partes) dos recursos ilícitos, na tentativa de dificultar sua percepção, para, como vamos ver posteriormente, "diminuir a régua" e fugir da necessidade de informar de onde provém estes valores que se apresentam em suas contas (MOREIRA, 2016).

Ressalta-se que as tecnologias e facilidades que encontramos hoje para por exemplo, abertura de contas em bancos digitais e/ou com menos fiscalização, bem como a facilidade de transferir estes recursos sem ne-

cessidade de justificar origem (transferências via PIX, internet banking e demais aplicativos que as instituições financeiras dispõem), ajuda e muito no processo de lavagem de dinheiro como um todo, mas ainda mais nesta fase do crime (ASSI, 2019).

Por mais que possa parecer irrisório, mas quando estas são efetuadas via uma agência física, por exemplo, em parte do processo haverá a participação de algum funcionário destas instituições, que por função, deve ser profissional capacitado para também atuar como um "olho" ou "fiscal" da financeira qual trabalha, podendo ser um aliado importante no controle e apontamento de transações suspeitas (LOUREIRO, 2020).

Em resumo, esta primeira fase trata-se da maneira do infrator "se livrar" do ativo, ferramenta de distanciamento do recurso para tentar esconder qualquer relação e posteriormente tomar posse novamente para assim usufruir. (LOUREIRO, 2020).

Já a ocultação, também conhecida como dissimulação da origem, é conhecida como a segunda fase do processo de lavagem de capitais. Procura dificultar o rastreamento contábil destes valores (como o nome já diz, ocultar). O objetivo é de "quebrar" possível relação do dinheiro com a origem ilícita. Nesta etapa são muito destacadas inclusive transferências internacionais de recursos para os chamados "paraísos fiscais" (a Suíça é popularmente conhecida desta forma, no que tange a atividade financeira do país). A utilização de contas em nomes de pessoas que até então não possuíam relação nenhuma com o recurso (laranjas), a utilização e até mesmo criação de empresas fictícias ou de fachadas são partes importantes e rotineiras deste processo (MENDRONI, 2018).

Nesta fase a principal preocupação do infrator é esconder vestígios. Neste sentido, a doutrina aduz que quanto mais transações, conversões ou quebra de valores forem efetuadas, maior a dificuldade na apuração da origem verdadeira do valor, tornando assim o processo mais eficiente (MENDRONI, 2018).

A integração, é a última etapa do crime de lavagem de dinheiro (exceção é alguns doutrinadores que trazem a eliminação de vestígios), é onde

estes recursos são realmente integrados ao mercado com aparência lícita. É comum evidenciar nesta etapa, as empresas antes citadas como fictícias ou de fachadas, prestarem serviços entre si, em mais uma forma de apresentar licitude aos recursos tramitados entre elas. A formação desta "cadeia" é um ciclo que facilita a vida dos criminosos. Como o nome já diz, busca-se integrar, trazer para o mercado financeiro ou transformar em ativos como bens (veículos, imóveis etc.) recursos ilícitos que passaram pelos processos das fases anteriores sem que despertassem alerta e agora, aparentemente, estão aptos para uso "legal". Nesta etapa, a identificação do crime já é mais difícil, pois o recurso já está integrado, já passou por fases anteriores e dificulta a distinção de valores lícitos ou ilícitos (MOREIRA, 2016).

Por fim, pode-se entender como sendo nessa fase de integração que o dinheiro sujo se transforma e reintegra o sistema com a aparência de licitude, formalização, é uma substituição da coisa lavada de modo a voltar à economia como sendo um rendimento lícito e um negócio jurídico lícito, aparentemente normal (LOUREIRO, 2020).

Da mesma forma, quando os valores chegam já a fase de integração, é extremamente difícil por parte das autoridades a identificação dos fundos de origem fraudulenta por já estarem com aparência significativamente "limpa" (MENDRONI, 2018).

Como visto em cada fase separadamente, nota-se que a identificação do crime de lavagem de capitais torna-se mais difícil a cada avanço das supracitadas, uma das características deste processo é que a partida é perfeitamente identificável, mas o ponto final não, ou seja, a cada fase do processo a "confusão" do dinheiro ilícito com valores lícitos (que é o objetivo do processo de lavagem de dinheiro) torna ainda mais difícil a identificação do delito e pior, dificulta identificar os verdadeiros envolvidos (CALLEGARI, 2017).

Ressalta-se ainda que as novas tecnologias e facilidades ditas anteriormente, imprimem uma velocidade nas transações financeiras sem precedentes, além de ajudar no anonimato de operações ilegais (ASSI, 2019).

Um ponto importante trazido pela lei 9.613/98 que trata sobre o crime de lavagem de dinheiro, e que pode auxiliar na apuração do delito é o antes chamado de "delação premiada" e agora intitulado "colaboração premiada", instituto qual pode conceder àquele que participou do crime mas ajudar com a investigação, benefícios como redução e alteração do regime de início do cumprimento de pena, mas deve-se ressaltar que essa colaboração é no sentido de auxiliar com esclarecimentos que conduzam a investigação, ajude na localização de bens, valores objetos do crime, nomes, conteúdo probatório e etc. Este instituto pode ser forte aliado das autoridades na ocasião de "decifrar" todo processo da lavagem de capitais. Infelizmente, no que tange ao cenário político brasileiro, este instituto tornou-se comum e frequentemente utilizado para elucidar crimes de corrupção que estão inteiramente ligados a lavagem de dinheiro (MENDRONI, 2018).

É importante analisarmos os ramos do mercado financeiro e/ou comercial que são mais visados para este tipo de infração. Vários são os setores econômicos que podem ser ferramenta de lavagem de capital, dentre os mais utilizados no delito estão as agências de turismo e meios de hospedagem através das operações de câmbio que eram comumente realizadas. Os criminosos procuravam estes estabelecimentos e faziam a troca da moeda portada, fruto de atividade ilícita, por dólares, euros, travalers cheques ou espécie e bilhetes de viagem. Fato é que decisão tomada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) no ano de 2009 dificultou estas transações cambiais pelas agências de turismo, retrocedendo na visão daquelas que atuavam de forma correta, porém sendo importante aliado na prevenção da lavagem de dinheiro (RIZZO, 2016).

O setor agropecuário ou agrícola, também é muito utilizado para lavagem de dinheiro por criminosos, pelo aspecto de haver pouco controle e fiscalização, além de cifras mais altas, envolve compra de maquinários em que, num único bem é possível acomodar valores consideráveis, dispõe de atividades como a compra e venda de lotes de terras, e a falsa criação de animais ou plantação de grãos, ou ainda, o superfaturamento

de atividades agrícolas ou de imóveis rurais, originando recurso muito maior do que o verdadeiro (RIZZO, 2016).

O comércio internacional, fomentado pela troca cambial supracitada, acrescido de vendas de bens de luxo, de alto valor como obras de arte por exemplo, é clássico de lavagem de capitais comumente bem-sucedidas. Ocorre que estes bens são normalmente comprados com dinheiro em espécie e depois revendidos, inclusive fora do país, e recebidos valores de sua venda por meio de transações bancárias, ou seja, entrando com aparência lícita nas contas dos criminosos. Enfim, são diversos os setores utilizados para prática do delito, cita-se ainda a utilização do mercado financeiro do futebol, devido as altas cifras utilizadas principalmente no passe, na compra e venda de direitos de jogadores, a utilização das loterias por meio da compra de bilhetes premiados para justificar recurso, o mercado de capitais, o mercado imobiliário, as ONGs, organizações religiosas e diversos outros segmentos que atuem com ativos financeiros (RIZZO, 2016).

Feita esta análise, cumpre entendermos que talvez o principal setor da economia utilizado no crime de lavagem de dinheiro, inclusive nas três fases apresentadas, é os bancos ou as instituições financeiras, em que a doutrina é firme em dizer que os criminosos utilizam para o delito os próprios mecanismos criados por elas, mas claro, criados com a intenção de facilitar a vida do cidadão de bem e não do infrator (ASSI, 2019).

O principal responsável por apurar e investigar as operações que possuam indícios de lavagem de capitais é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), qual recebe as denúncias das instituições financeiras que administram os valores e identificam como suspeita determinada movimentação, fazendo então a comunicação ao órgão competente. Portanto, fica claro que os estabelecimentos bancários são os principais aliados das autoridades tanto para a inibição, com a rigidez para evitar que o crime de lavagem de capital ocorra, como para posteriormente auxiliar na elucidação do delito e identificação dos responsáveis. Ademais, qualquer cidadão ou entidade poderá fazer denúncia de lavagem de dinheiro, visando colaborar com a justiça (VAZ, 2021).

Há uma discussão fomentada pela doutrina acerca de qual seria o bem jurídico tutelado com a tipificação do delito de lavagem de dinheiro. O assunto não é consenso, mas, uma das teses mais aceitas é de que tipificar este delito está associado a uma tutela da administração da justiça e da paz pública, com a intenção de impedir que as contravenções penais consigam se tornar algo lucrativo (BITENCOURT, 2016).

No próximo capítulo, veremos que o COAF, acima de tudo, é o órgão regulador e responsável pela apuração do resultado das fiscalizações realizadas em primeira escala pelas instituições financeiras acerca do crime de lavagem de dinheiro. Nota-se e elucidará mais ainda posteriormente, que esta fiscalização procura, mesmo que indiretamente, beneficiar e proteger o cidadão que, apesar de não ter sido atingido pelo crime origem, como os exemplificados acima, seria atingido pelos seus reflexos, ou prejudicado pela ofensa a máquina pública que a lavagem de capitais proporciona.

O dever das instituições financeiras no combate e na prevenção do crime de lavagem de dinheiro

De antemão, cabe destacar que as partes sujeitas as obrigações e informações relacionadas a prevenção da lavagem de dinheiro estão previstas no artigo 9º da Lei 9.613/98[6], rol de amplitude extrema, envolvendo praticamente qualquer responsável do mercado por trabalhar com ativos financeiros, sejam em espécie ou não, visando a maior transparência possível nas operações, independentemente de onde forem realizadas. Para nossos propósitos, vejamos com mais atenção o inciso I do referido artigo, o mais relevante item da lista é o que se refere a “pessoas físicas e jurídicas que tenham, em cará-

[6] Art. 9º - Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

ter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não", "a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira", pois, em resumo, trata das instituições financeiras. (SALOMÃO NETO, 2014).

Como estamos discorrendo sobre a prevenção deste delito, vemos que o Estado mantém o poder regulamentar (COAF) e de ação punitiva (órgãos responsáveis), mas a coleta de informações e notificação das hipóteses de lavagem de dinheiro se atribui também a particulares, aqui representados por estas instituições (SALOMÃO NETO, 2014).

Estamos abordando um processo geral para prevenir e combater a lavagem de dinheiro, onde a atividade primária é responsabilidade da instituição financeira, que consiste em fiscalizar e atentar para a movimentações de seus clientes em que, destacada anormalidade, entrará em cena o COAF para investigação e aplicação de penalidades (HARADA, 2014).

Certo é, e restará comprovado no decorrer deste capítulo, que as instituições financeiras são peça chave quando se trata de crime de lavagem de capitais, tanto para a ocorrência do delito e o sucesso do branqueamento, quanto para inibição e posterior apontamento de responsáveis. A forma com que estas atuam, definirá em qual lado deste jogo estarão, como facilitadora ou como meio inibidor (SALOMÃO NETO, 2014).

Como dito no capítulo anterior, observa-se que as agências bancárias, em seu vasto rol de produtos, propiciam incontáveis formas de aplicações financeiras, as quais viabilizam a utilização de valores em vários formatos, desviando o "bolo" ou quantia inicialmente nele injetada, dificultando sobremaneira a investigação, mas, em contraponto, traz favoravelmente o fato de que todas as operações serão registradas e com uma riqueza interessante de dados. Detona-se a importância da participação destas agências ativamente no controle de operações, vigiando com rigidez valores e investimentos suspeitos, fazendo a análise prévia, e assumindo de uma vez por todas a responsabilidade de não se abster de fazer comunicações aos órgãos competentes. A eficiência do sistema de controle da lavagem de dinheiro está obrigatoriamente ligada a cooperação intensa

dos bancos. Veremos posteriormente que, não obstante, a negligência destes deve ser rigorosamente punida, administrativa e até criminalmente (MENDRONI, 2018).

Com base na leitura da já citada Lei 9.613 de 3 de março de 1998, que visa regular o delito de lavagem de dinheiro, mais precisamente em seu artigo 10º[7], identificamos também obrigatoriedades trazidas por ela para que as instituições financeiras tenham atitudes como: 1- Trabalhar na identificação correta de seus clientes e cadastros serem seguidamente atualizados, visando ter cada vez mais informações corroboradas com a realidade; 2- Manter os registros de transações realizadas em seus instrumentos, físicos ou digitais, sejam essas em moeda nacional ou em moeda estrangeira, títulos ou valores mobiliários, de crédito, metais e outros passíveis de ser convertidos em dinheiro, que ultrapassar o limite fixado pela autoridade competente (no caso, regulado pelo COAF), sendo atentado também para possibilidade de "quebra" desses valores que, em conjunto, ultrapassem o determinado; 3- Deve também a instituição adotar políticas, procedimentos e controle interno, compatíveis com seu porte e volume de operações, conforme disciplina o órgão, comumente conhecidos por programas de PLD (Prevenção à Lavagem de Dinheiro) e auditorias que auxiliem nesta fiscalização; 4- Devem se cadastrar e manter este cadastro atualizado perante seu órgão competente, e na ausência deste, ao COAF; 5- As instituições

[7] Art. 10 - As pessoas referidas no art. 9º:

I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas;

V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

ainda devem atender as requisições realizadas pelo COAF no tempo, periodicidade e forma por ele estabelecidas, cabendo ainda nos termos da lei preservar o sigilo das informações prestadas, sem que haja comunicação ao cliente de que possa estar sendo alvo de investigação.

Na leitura das obrigatoriedades das instituições, logo de cara deparamos com ponto chave e essencial para credibilidade de uma agência bancária e eficácia de sua participação na prevenção do crime de lavagem de dinheiro, é o chamado processo "conheça seu cliente", a linha mestra da política de aceitação de clientes, cujas etapas determinam o ciclo de vida deste dentro da instituição. Possui como ideia entender a movimentação financeira e também medir riscos. Esta primeira etapa também pode vir seguida de processos conhecidos como "conheça seu fornecedor" e "conheça seu funcionário", principalmente no que tange a contas e movimentações de pessoas jurídicas, a fim de acompanhar o processo financeiro do início ao fim. Seu objetivo final é inibir a entrada ou a manutenção de clientes que tenham suas atividades ligadas ao crime de lavagem de dinheiro. A normativa estipula ainda um olhar de fiscalização especial para as chamadas de PPE (Pessoas Politicamente Expostas). Em outras palavras, detona importância o cadastro e o acompanhamento da sua movimentação, buscando compatibilidade entre ambos, para evitar penalizações e/ou problemas futuros para instituição (RIZZO, 2016).

As demais normativas trazidas pelo artigo 10º da Lei supracitada, também devem ser observados com a mesma atenção e responsabilidade, como o inciso II, qual aduz a obrigatoriedade da manutenção dos registros, visto que estes "rastros" são o principal caminho para que se consiga chegar até os responsáveis, bem como elucidar a dúvida que pode pairar sobre a movimentação. O inciso III refere-se a normas de compliance, ou traduzindo para "agir de acordo", são basicamente controles internos que a instituição financeira deve adotar para que seja cada vez mais parte deste processo de fiscalização, somados a esta oferecer treinamentos sobre o assunto para seus funcionários, visando possuir profissionais capacitados que serão os responsáveis pela atuação da instituição neste

formato preventivo. Além disso, o inciso IV normativa a necessidade de estar cadastrado em órgão competente (como o BACEN) e manter seu cadastro atualizado para com este, possibilitando o funcionamento da agência bancária e a autorização para trabalhar com recursos valorativos. Para findar o artigo, o inciso V que visa regular prazos para fornecimento de informações ao COAF, como por exemplo, a obrigatoriedade de em até 24 horas após a identificação de transação suspeita, comunicar o órgão via formulário eletrônico, além de em questionamento posterior, prestar resposta nos moldes e solicitados (RIZZO, 2016).

São apresentadas normativas e pontos de atenção pelo próprio COAF para que neste contato próximo da instituição como ente fiscalizador, fique atenta principalmente a movimentações como: depósitos e saques de alto valor em espécie; diversos saques e depósitos realizados pelas mesmas pessoas em operações "picadas" mas que somadas transformam-se em montante significativo; constantes trocas cambias com moeda estrangeira; movimento diário fora do compatível com o fornecido para cadastro, principalmente por meio eletrônico que evita o contato pessoal; e uso errôneo de produtos e serviços fornecidos pela agência bancária, como produtos de previdência, por exemplo. Verifica-se também outros pontos de suspeita, mais comportamentais do cliente, como: insistência para aumento de limites sem justificativa; resistência no fornecer informações sobre transações quando solicitadas; número elevado de contas gerenciadas pela mesma pessoa; despreocupação com taxas elevadas e recusa de propostas simples e consideradas essenciais para o funcionamento de uma conta corrente física ou jurídica que possua verdadeira atividade lícita (MENDRONI, 2018).

Vale destacar que o olhar crítico da instituição deve ser também para seus funcionários que possam estar atuando como cúmplices ou facilitadores da ação delituosa, necessita atenção para pontos como alteração inusitada no padrão de vida, ou de seu resultado oferecido em relação a metas e objetivos que foram determinados a serem cumpridos, além de possível relação com clientes considerados suspeitos (MENDRONI, 2018).

Ademais, analisando outras normativas fornecidas pelo COAF e a própria letra da Lei 9.613, mais precisamente em seu artigo 11 e seus incisos I e II[8], verificamos que também trata de obrigatoriedade da instituição financeira fazer comunicação ao órgão regulador de transações bancárias em espécie que sejam de valor superior ao por ele pré-determinado, cujo qual antes era de R$ 100.000,00 e recentemente passou a ser de R$ 50.000,00. Estes saques caso sejam feitos em espécie devem ser comunicados com 3 dias de antecedência, comunicação esta que é obrigatoriedade da instituição de repassar diretamente ao COAF, bem como avisar outras transações que, mesmo dentro do estabelecido, possam configurar transações suspeitas pelo vasto rol discorrido linhas acima. A Lei determina também que podem e devem ser informadas as tentativas de transações que, por motivo diverso não se concretizaram, mas que também apresentam suspeita e desconformidade (SALOMÃO NETO, 2014).

Ocorre que esta determinação da Lei de informar também transações que apresentem suspeita, acaba expandindo de alguma forma a amplitude do que pode ser listado. Para atender estes critérios e não incorrer em ilicitude, as instituições na maioria das vezes atentam-se para o conteúdo valorativo, mais preocupadas em informar transações que estejam em descompasso com a capacidade econômica do cliente, falta de justificativa razoável do mesmo e outros apontamentos mais "sérios". Fato é que isso transfere para instituição o ônus de trabalhar com esta subjetividade na análise do que realmente irá configurar transação suspeita nestes critérios e correr o risco de errar. É uma grave responsabilidade

[8] Art. 11 - As pessoas referidas no art. 9º:

I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e b) das operações referidas no inciso I;

III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso I.

seja por que a não comunicação expõe a agência bancária a penalidades administrativas e risco de imagem, como pode gerar excesso de apontamentos por simples dúvida (SALOMÃO NETO, 2014).

Nota-se que é grande a responsabilidade da instituição financeira acerca do trabalho do COAF, esta é responsável pela análise assertiva inclusive para evitar o acúmulo de apontamentos e eventual sobrecarga do órgão, comprometendo a análise dos casos realmente ilícitos (MOREIRA, 2016).

Nesta seara defensiva apresentada, torna comum a discussão a respeito de casos em que a instituição nega a efetuar operações por entender como suspeita e essa negação acarreta em prejuízos para o indivíduo, sendo pauta de ações indenizatórias posteriormente. Por óbvio, que a instituição jamais será condenada a indenizar por operações que acabam por ser comprovadas como lavagem de dinheiro. A discussão é baseada em análises posteriores que não encontram estes indícios. Salienta-se que a Lei não prevê clara cobertura a instituição em casos de recusa de transação, e sim, define mais abrangente a proteção a informação posterior (SALOMÃO NETO, 2014).

Em complemento ao parágrafo anterior, cumpre dizer que a instituição não será em momento algum penalizada ou contará como desobediência ao princípio do sigilo, se esta fizer apontamentos que depois sejam descartados, desde que seja notada boa-fé. Sobre os apontamentos realizados pela instituição, é importante que este repasse de informações seja feito em completo sigilo, principalmente no que corresponde ao cliente (MOREIRA, 2016).

Como falamos do COAF anteriormente, este Centro de Controle de Atividades Financeiras, foi criado pela Lei 9.613/98 para implementar o controle e fiscalização de tais operações. O COAF é um órgão ligado ao Ministério da Fazenda com a finalidade de "disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas em sua lei de criação, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades". Em suma, a atividade primária segue sendo dever da instituição financeira consistida em fiscalizar e atentar a movi-

mentações de seus clientes em que, destacada anormalidade, entra em cena o COAF para investigação e aplicação de penalidades (HARADA, 2014).

Desde a sua criação, o COAF já emitiu mais de 41 resoluções acerca dos atos que devem ser comunicados e sanções em caso de descumprimento de suas normativas. Ressalvado o sigilo, o trabalho do COAF, como dito, está em sincronia com o trabalho primário da instituição financeira, quanto mais rápido for seu acionamento, quanto maior a riqueza de transmissão de informações, mais assertiva será a análise. A unidade de inteligência observará o material recebido e oferecerá relatório afim de confirmar ou não os indícios de lavagem de dinheiro. Para isso, irá confrontar estas informações com outros dados e comunicações recebidas de outras instituições, inclusive informações de unidades de inteligência financeira de outros países, hipótese esta que é permitida por conta da atual fase de colaboração internacional no combate da lavagem de capitais (OLIVEIRA, 2016).

A Instituição ainda está vinculada a seguir normativas de diversos órgãos além do COAF, com o objetivo de precaver a utilização de seus mecanismos como ferramenta criminosa. Entre eles destaca-se o próprio BACEN (Banco Central do Brasil) e a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), além de outras autarquias federais (RIZZO, 2016).

A participação eficaz da instituição financeira mostra-se muito importante para prevenção do delito, em contraponto, sua negligência será severamente punida, conforme estipula o artigo 12 da própria Lei 9.613[9]

[9] Art. 12 - Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa pecuniária variável não superior:

a) ao dobro do valor da operação;

b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou

c) ao valor de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º;

IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

de 03 de março de 1998. Estas punições podem vir atreladas a pessoa jurídica da instituição, e também a pessoa física do responsável. A aplicação mais comum é a prevista no inciso I da referida Lei, que, trata da aplicação de advertência para instituição caso não atue em conformidade com o legislado pelos artigos 10 e 11. A advertência é considerada a penalização de entrada e claro, deve ser condizente com uma negligência por parte da instituição que não acarrete em problemas maiores, que serão tratados com maior rigor de punibilidade.

Para esses casos mais acentuados, a Lei prevê em seu inciso II do artigo 12, a aplicação de multa pecuniária, medidas de maior severidade afim de que seja unânime o entendimento do olhar preventivo. A multa pecuniária está certificada dentro de uma subjetividade do juiz na sua aplicação, ao analisar o caso e a negligência relatada, mas está ancorada a alguns limites. Conforme a Lei prevê, não pode ser superior ao dobro da operação caracterizada como lavagem de dinheiro, e a o dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação. Ademais, deve respeitar o limite máximo de R$20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Esta multa está atrelada também a culpa ou dolo dos agentes, quando eles deixarem de sanar as irregularidades que foram objetos da advertência anterior, não prestar as devidas respostas solicitadas pelo órgão competente no tempo acordado ou descumprir normativa acerca de transferências internacionais.

As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo citado, podem ser aplicadas tanto a instituição como ao agente responsável, já que se refere a inabilitação temporária da pessoa, por até 10 anos, de ocupar cargos de administração de pessoas jurídicas postuladas pelo artigo 9 (em resumo, setor financeiro). Esta inabilitação será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa. Ainda especifica o inciso IV a possibilidade de cassação ou suspensão da autorização para o exercício da atividade, operação ou funcionamento, podendo

transformar a instituição em inapta para administrar valores. A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com inabilitação, do inciso anterior.

Entramos então em uma área de discussões em que as normativas estipuladas para serem seguidas pelas instituições financeiras, caso não efetuadas, podem alterar o seu perfil de "preventivas" para autuações "repressivas", que pode vir a responsabilizá-la administrativa e penalmente. Fato é que este cenário de busca pela responsabilização de pessoas também apresenta falhas, e desperta severa preocupação de profissionais do mercado financeiro e advogados atuantes nesta área. A evolução do direito penal adentrando na seara do direito empresarial deixa explícito um problema comum, não só a este segmento, mas do direito penal como um todo, a busca pela responsabilização e penalização a "todo custo", essa severidade e até subjetividade que a legislação proporciona em alguns momentos, ressalta preocupação e dúvida até mesmo acerca de sua constitucionalidade, principalmente no que tange a utilização do dolo na responsabilização dos agentes financeiros, em muitas vezes, exacerbado, sendo que a comprovação de dolo é essencial para criminalização de conduta de agentes das instituições (SILVEIRA, 2014).

Há correntes doutrinarias que defendem a utilização do artigo 23 do Código Penal[10], referente a excludentes de ilicitude, no processo investigativo de lavagem de dinheiro, mais precisamente ao inciso III do referido artigo, quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. A doutrina entende que, se o fato praticado pelo agente financeiro colaborou para o processo de lavagem de dinheiro, mas sem ser intencional ou remetido de dolo, pode enquadrar-se como uma excludente, visto que estava apenas efetuando

[10] Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

a prática comum e inconscientemente participou do delito. Vale destacar que a referida tese não é unanimidade (SALOMÃO NETO, 2020).

Nota-se que uma procura por respostas penais no cenário empresarial acaba gerando no empresário ou administrador um foco de preocupação. Recebe a impressão de um criminoso potencial, mesmo que sua conduta ou da instituição não tenha capacidade de gerar riscos tão evidentes ou evidencie intencionalidade. Esse novo direito criminal busca através de aumento de penas e quebras de princípios, alguma efetividade e controle. Porém, deve ser analisado com cautela, afora as dúvidas a respeito dessa imputação, pode trazer exageros e uma forma de seletividade positiva. Ou seja, pode dar carta branca a quem, pretendendo fazer uma política de criminalização da classe alta (envolvendo agências bancárias) ou dos "poderosos", com viés populista, acuse, julgue e puna atores do setor econômico-financeiro, funcionários e altos executivos. (SILVEIRA, 2014).

Considerações finais

Concluí-se com a análise deste artigo, que o crime de lavagem de capitais pode estar mais presente no cotidiano do que aparenta. Em um primeiro momento, aparenta ser um delito utópico para a nossa realidade, por que na maioria dos casos, são notados prioritariamente os crimes que antecedem a lavagem de dinheiro, os responsáveis por atingir mais diretamente a coletividade, como tráfico de drogas, armas, e os demais citados acima. Nota-se que estes crimes possuem um objetivo comum, o enriquecimento ilícito, e para o sucesso deste processo, usa-se a lavagem de dinheiro.

As instituições financeiras assumem papel importante neste processo, apartir do cometimento do crime antecedente, restou-se comprovado que são estes os locais que os criminosos procuram para inserir o recurso ilícito, ocultar sua origem e integrar ao sistema com aparência limpa. A partir disto, percebe-se a importância da atuação preventiva, criar e fazer valer projetos de combate a lavagem de dinheiro, capacitação de seus funcionários, atenção as normativas do COAF e acompanhamento

da movimentação de seus clientes, pelas plataformas que disponibiliza a eles, sejam físicas ou digitais.

O eficaz combate ao delito título deste trabalho, está ligado a cooperação existente entre as polícias investigativas que fazem parte do estado, e o setor privado, aqui representado pelas instituições financeiras. São ações complementares, e dependentes, somente a atuação correta da instituição em primeira escala oportunizará um trabalho efetivo de repressão e responsabilização de indivíduos.

Fato é que a responsabilidade das instituições financeiras fica alavancada a partir do momento que estas podem receber autuações, variando de advertência até inabilitação e posterior responsabilização de seus agentes criminalmente.

Referências

ASSI, Marcos. **Controles internos e cultura organizacional:** como consolidar a confiança na gestão dos negócios. 3. ed. São Paulo: Saint Paul, 2019. p. 70-100. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788580041583>. Acesso em: 28 out. 2022.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote anticrime:** comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555591514/pageid/11>. Acesso em: 16 mar. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Econômico.** v. 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. Disponível em: Minha Biblioteca. Acesso em: 16 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, Brasília-DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998**, Brasília-DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. **Lei complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001**, Brasília-DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm>. Acesso em: 30 out. 2022.

CALLEGARI, André Luís**. Lavagem de dinheiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 14-200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597012293/epubcfi/6/36[%3Bvnd.vst.idref%3Dbody018]!/4>. Acesso em: 28 out. 2022.

HARADA, Kiyoshi. **Crimes contra a ordem tributária.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788522493012/pageid/319>. Acesso em: 26 fev. 2023.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 70-300. Disponível em: <Minha Biblioteca: Crime de Lavagem de Dinheiro, 4ª edição>. Acesso em: 28 out. 2022.

MOREIRA, Arthur da Silva. **Criminal compliance, lavagem de dinheiro e imputação objetiva**. São José dos Pinhais: Plena, 2016. 199 p.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. **As Limitações impostas pelo Princípio da Legalidade ao Poder Regulamentar do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).** Justiça do Direito, Passo Fundo, 2016. v. 30, n.3. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6242>. Acesso em: 28 fev. 2023.

RIZZO, Maria Balbina Martins**. Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações.** 2. ed. São Paulo: Trevisan 2016, p. 161-175. Disponível em: <Minha Biblioteca: Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações - 2ª Edição>. Acesso em: 10 out. 2022.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502622098/pageid/283)>. Acesso em: 14 mar. 2023.

SALOMÃO NETO. **Direito bancário.** 3. ed. São Paulo: Trevisan, 2020. p. 570-580. Disponível em: <Minha Biblioteca: Direito Bancário>. Acesso em: 28 out. 2022.

VAZ, VITOR HUGO GUTENDORFER. **Lavagem de dinheiro e manipulação de informações contábeis:** uma análise empírica. Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/123456789/5694>. Acesso em: 11 set. 2022.

A (in)eficácia do artigo 12-C da Lei Maria da Penha[1]

Thaionara Magalhães do Prado*

Resumo

Este artigo analisa a posição da mulher ao longo do tempo, os tipos de violência contra a mulher e as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Em seguida, identifica-se os impactos da inserção do artigo 12-C na Lei Maria da Penha, pela Lei 13.827/2019, que permite que delegados de polícia ou agentes policiais determinem o afastamento imediato do agressor do lar em municípios que não são sede de comarca. Ao final, verifica-se que esta medida viola o princípio da isonomia, pois oferece tratamento diferenciado a mulheres que estão na mesma situação, e que, embora tal dispositivo represente um avanço na teoria, na prática, não há muitos

[1] Artigo científico apresentado ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Vinicius Francisco Toazza, no ano de 2023.

* Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. <179617@upf.br> Link do currículo na plataforma Lattes: http://lattes.cnpq.br/8496443509806350.

efeitos, pois a grande maioria das mulheres brasileiras continua sem proteção imediata.

Palavras-chave: agentes policiais; delegados de polícia; medidas protetivas de urgência; princípio da isonomia; violência doméstica.

Introdução

A inclusão do artigo 12-C na Lei Maria da Penha, pela Lei 13.827/2019, levantou algumas discussões no mundo jurídico. Tal dispositivo foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que alegava ofensa aos princípios da reserva de jurisdição e do devido processo legal. No entanto, em março de 2022, o STF declarou que a medida não viola tais princípios, uma vez que é submetida à revisão judicial em até 24 horas.

Em contrapartida, a aplicação do artigo 12-C vem levantando debates relacionadas a uma suposta afronta ao princípio da isonomia, tendo em vista que o dispositivo em questão beneficia apenas uma pequena parcela da população feminina brasileira, ao estabelecer que delegados de polícia e agentes policiais podem determinar o imediato afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, desde que o município não seja sede de comarca.

Assim, o objetivo deste trabalho é analisar, de forma crítica, os debates acerca do artigo 12-C da Lei Maria da Penha, frente ao princípio da isonomia, tendo em vista a notória divergência doutrinária. Pois, de um lado, os não apoiadores da medida defendem que a mesma viola o princípio da igualdade, uma vez que confere tratamento diferenciado a vítimas que estão na mesma situação. E, de outro, há os apoiadores que afirmam que não há violação à isonomia visto que o respeito à igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

A presente pesquisa tem sua justificativa relacionada ao aumento dos índices de violência contra a mulher no Brasil nos últimos anos, bem

como, ao descaso, por parte do poder legislativo, ao estabelecer, através da Lei 13.827/19, os critérios presentes no artigo 12-C da Lei Maria da Penha, impedindo que delegados e policiais determinem, imediatamente, o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, quando o município for sede de comarca, mesmo sabendo que uma das principais medidas a serem tomadas nos casos de violência doméstica contra a mulher, é o afastamento do agressor da convivência com a vítima.

A escolha do respectivo tema se deu ao fato de que, todos os dias, mesmo depois de comunicada a infração penal, mulheres continuam sendo submetidas à violência doméstica. O acréscimo do artigo em questão, em tese, deveria suprir referida deficiência, entretanto, para aquelas mulheres que residem em municípios que forem sede de comarca, o prazo para que o agressor seja afastado é de 96 (noventa e seis horas), o que, inevitavelmente, contribui para a continuidade da violência, que, muitas vezes, acaba em feminicídio.

Portanto, o trabalho proposto pretende contribuir para o conhecimento científico, entendendo tratar-se de um tema academicamente e socialmente relevante, ao trazer à tona uma discussão acerca da eficácia do acréscimo do artigo 12-C à Lei Maria da Penha e da importância do imediato afastamento do agressor da ofendida.

Condições da mulher no tempo e no espaço

Estudos indicam que na pré-história, durante o período Paleolítico, as relações entre homens e mulheres como sujeitos sociais e históricos, aconteceram em decorrência da formação dos primeiros grupos humanos, à vista disso, não haviam diferenças sociais e sexuais, pois a cooperação era fundamental para a sobrevivência. Com o advento do período Mesolítico, o status da mulher nos grupos e organizações sociais passa a ser observado em rituais religiosos e cultos a deusas mulheres, representando a fertilidade.

Já no período Neolítico, inicia-se uma diferenciação entre as atividades desenvolvidas por homens e mulheres, neste cenário, a divisão sexual do trabalho tornou o espaço do homem o público e o da mulher o privado (HEUER, 2007, p. 64). Portanto, ao longo destes três grandes períodos da pré-história, a condição feminina foi de igualdade, superioridade e, por fim, submissão. No final das contas, é nesta época que surge a ideia de que o homem é superior, pois é mais forte, enquanto a mulher passa a ser considerada um ser frágil e inferior, que precisa de um marido para protegê-la e sustentá-la economicamente (AUAD 2003, p. 23).

Na Grécia, a posição das mulheres era semelhante à dos escravos, pois executavam o trabalho manual, que não tinha valor para os homens livres. Para os gregos, as mulheres em geral eram despossuídas de direitos políticos ou jurídicos, encontravam-se inteiramente submetidas socialmente e tinham como função principal a geração de filhos e a responsabilidade com a criação dos mesmos.

Além disso, as gregas eram excluídas do campo do pensamento e do conhecimento, sob o argumento de que a mulher foi criada pelos deuses para as atividades domésticas e os homens para as atividades exercidas fora de casa. Xenofonte, citado por Alves e Pitanguy (1982, p.12), descreve as expectativas em relação às mulheres gregas no século IV a.C., “que viva sob uma estreita vigilância, veja o menor número de coisas possível, ouça o menor número de coisas possível, faça o menor número de coisas possível”.

Em Atenas, a mulher casada vivia a maior parte do tempo confinada às paredes de sua casa, detendo no máximo o papel de organizadora das funções domésticas, estando de fato submissa a um regime de quase reclusão, visto que raramente saía de sua residência, pois devia evitar circular em lugares onde houvesse a presença masculina, até mesmo de seus próprios familiares.

A inferioridade da mulher e da sua posição pode ser atestada pela política de Aristóteles, que a justificava em virtude da não plenitude da mulher na parte racional da alma. Ademais, como já mencionado, a in-

visibilidade da mulher nos espaços públicos era algo que fazia parte da organização social. Nesse contexto Perrot ressalta que:

> Em muitas sociedades, a invisibilidade e o silêncio das mulheres fazem parte da ordem das coisas. É a garantia de uma cidade tranqüila. Sua aparição em grupo causa medo. Entre os gregos, é a stasis, a desordem. Sua fala em público é indecente. "Que a mulher conserve o silêncio", diz o apóstolo Paulo. Porque primeiro foi formado Adão, depois Eva. E não foi Adão que foi seduzido, mas a mulher que, seduzida, caiu em transgressão. "Elas devem pagar por sua falta num silêncio eterno" (2007, p. 17).

Durante a civilização romana, era o homem quem dava as ordens e, o poder deste sobre a mulher, era assegurado por lei, ou seja, a justiça estava a favor dele. Além disso, o pai de família conduzia o lar e ditava as regras aos escravos, distribuindo-lhes as tarefas, alguns maridos deixavam às esposas os cuidados da casa, assim como do cofre, quando eram julgadas dignas para tal. As jovens nobres da época eram emprestadas ao marido e geralmente possuíam riquezas que não passavam para o mesmo, algumas, mais ricas que o esposo, não aceitavam a autoridade deste (VEYNE, 1989 p. 83).

Ademais, para ser cidadã romana, era preciso ter status de liberdade, ou seja, nascer em Roma e pertencer a uma família romana, embora a condição feminina a tornasse inferior dentro da sociedade, devido ao seu caráter patriarcal. Aqui, a mulher sempre estava subordinada ao poder masculino de seu pai ou do seu marido, sendo assim, diz-se que ela ficava sob tutela perpétua.

Já na Alta Idade Média, o homem era proprietário de seus filhos, era aquele que cuidava para que se preservasse a pureza do sangue e para que a descendência permanecesse legítima. O matrimônio era considerado um negócio e a negociação era feita entre as famílias desde o noivado, que era uma comemoração na qual os pais da noiva recebiam um valor que valia como compra do poder paterno. A pureza da mulher era extremamente valorizada, por motivos sociais e religiosos e se alguma mulher fosse vítima de estupro, era tida como indecente.

Em relação ao adultério, nessas culturas existia a lei do imperador Majoriano que permitia ao marido matar os culpados. Entretanto, a infidelidade só era considerada um crime para a sociedade, com severas punições, se tivesse sido cometida por mulheres, pois causaria a destruição da "autenticidade dos filhos e suprimiria o carisma do sangue". Por outro lado, se o homem fosse adúltero, ele não precisava responder por isso (ROUCHE, 1989 p. 455).

A igreja Católica surge no decorrer da Idade Média, influenciando grandemente a disseminação do pensamento de que a mulher deveria se submeter ao homem, tendo em vista que Adão foi criado primeiro e que Eva surgiu a partir de sua costela. Deste modo, esta história em que o ser feminino é gerado a partir do masculino, confere à mulher um caráter derivativo, imperfeito e uma tendência natural para pecar.

Outrossim, a ordem da criação é central nos argumentos teológicos que legitimam uma construção social onde a mulher aparece sempre depois do homem e em função das suas necessidades. Neste período, inclusive, houve o surgimento do "caça às bruxas", que ocasionou o assassinato e a tortura de muitas mulheres, na justificativa de que "sabiam demais" e estavam envolvidas com magias.

No Brasil, o patriarcalismo se fundou durante a colonização, pois os poderes absolutos eram destinados ao homem, que tomava as decisões, era o chefe da família e dos escravos e tinha a mulher como sua propriedade. Esta, por sua vez, era vista como alguém incapaz de tomar decisões, deste modo, não podia fazer escolhas, nem mesmo de com quem iria se casar. Assim, a única função dela era educar os filhos de acordo com os preceitos cristãos e obedecer o marido, se não o fizesse, seria confundida com um "diabo doméstico" (DEL PRIORE 2013, p. 12).

Nesta época, a mulher não podia frequentar escolas, pois o âmbito da educação formal era destinado apenas ao homem, além disso, toda vigilância recaia sobre ela, tendo em vista que, caso fosse solteira, de sua castidade e pureza dependia a honra de todos os homens da família e, quando casada, dela também dependia a honra do marido, tanto no que

dizia respeito à fidelidade e a legitimidade da prole, quanto no que se referia à própria masculinidade de seu esposo.

Durante o período colonial, a mulher aprendia a costurar, bordar, cozinhar e, as mais abastadas, a pintar e tocar algum instrumento. Ademais, a leitura e a escrita deveriam ser as mínimas possíveis, isso dependendo da rigorosidade do pai, que, muitas vezes, não permitia que as filhas aprendessem a ler e escrever, visto que a mulher ideal era aquela que sabia pouco ou sabia nada (RIBEIRO, 2007, p. 79).

Neste ponto, é importante mencionar a falta de conhecimento das mulheres da época, não somente relacionada à instrução intelectual, mas também sexual, já que quando elas se casavam, seguiam para a lua de mel sem informações sobre sexo ou mesmo sobre o que ocorreria. As relações sexuais, por sua vez, aconteciam às escuras, sendo o corpo feminino coberto por um lençol que permitia apenas a visão dos órgãos sexuais. O prazer sexual masculino, ficava à cargo das negras escravas, uma vez que à esposa, era proibido sentir tal prazer já que o sexo cabia somente à reprodução.

Desde cedo as meninas eram ensinadas a acreditar que tinham que obedecer seus maridos e os meninos eram ensinados a acreditar que tinham poder para educar suas esposas. Ainda, haviam três classificações para as mulheres: honradas, desonradas e sem honra. As desonradas eram aquelas que praticavam relações extraconjugais ou perdiam a virgindade antes do casamento, as honradas eram aquelas que seguiam os padrões e normas que a sociedade impunha e, por fim, as sem honra eram aquelas, na maioria, ligadas direta ou indiretamente à prostituição.

No geral, a existência de mulheres ligadas à prostituição era aceita na sociedade pelas famílias ricas e pela Igreja, já que ambos segmentos viam-nas como uma forma de proteger a sexualidade das virgens de boa família. A prostituição era, em muitos casos, a única forma de algumas mulheres pobres e marginalizadas sobreviverem e sustentarem a família

No que diz respeito à fidelidade conjugal, vale mencionar que esta era tarefa feminina, pois a falta de fidelidade masculina era vista como

algo inevitável. Se a mulher tivesse uma relação extraconjugal e fosse descoberta, o marido tinha o direito de assassiná-la, em defesa da honra. Neste cenário da história brasileira, portanto, os maridos tinham poder sobre suas esposas, sendo assim, a violência contra a mulher era vista como educativa, um ato de correção por algo que elas tinham feito que desagradasse o homem.

A vinda da Família Real portuguesa para o Brasil proporcionou algumas mudanças, principalmente na cidade do Rio de Janeiro, pois a abertura comercial para um mercado mundial possibilitou a percepção de novas perspectivas para o universo feminino, como uma maior participação social (MANOEL, 1995, p. 22).

A clausura do lar para as mulheres estava com seus dias contados, vez que também foram verificadas mudanças em relação aos costumes familiares. Assim, as mulheres passaram a frequentar os espaços públicos, como as ruas, os teatros, os bailes e os salões de beleza e com o tempo, surgiu uma rede de estabelecimentos, principalmente lojas, que possuíam como maior clientela as senhoras integrantes da elite imperial.

Em meados do século XIX, durante a era Imperial, as mulheres lutaram para ampliar seus papéis na sociedade. Consequentemente, pôde-se ver avanços na luta por direitos no campo do trabalho, da educação e da política, setores antes destinados exclusivamente aos homens. As mulheres da elite tiveram mais acesso à instrução, que era ministrada em suas próprias residências e, neste momento, aceita como algo positivo pelos homens.

Entendia-se por instrução feminina a dança, o aprendizado de piano, a escrita e a leitura. Porém, os livros traziam temas que não levantavam nenhuma discussão acerca da sociedade, mas abordavam principalmente o amor, já que o grande desejo da maioria dessas mulheres era o de se casarem. Entretanto, o patriarcalismo ainda era forte, porque as características principais da sociedade se mantiveram, como a produção escravocrata.

A abolição da escravatura no Brasil, provocou inúmeras mudanças, porém nenhuma na divisão da sociedade baseada no sexo. Por conseguinte, esse fato tem significados diferentes para as mulheres brancas da camada senhorial e para as negras escravas, porque, a partir de então, a mulher negra ganha a liberdade formal que não possuía, ascendendo na esfera social juntamente com o ex-escravo, permanecendo, porém, numa posição inferior a este.

No início da república brasileira, o espaço da mulher ainda era o lar, pois neste ela estava protegida e podia cumprir de forma eficiente suas funções de esposa e mãe. Enquanto isso, os homens assumiam todas as incumbências produtivas e ocupavam o espaço público. Devido à sua atribuição reprodutiva, a educação das mulheres era limitada a melhor prepará-las para cuidar das atividades domésticas (MENEZES; MACHADO E NUNES, 2009, p. 44).

Nota-se que cada sociedade empregava seus conceitos de comportamentos considerados adequados às mulheres e, na maioria das vezes, elas deviam apresentar características como protetora da prole e do lar, procriadora, dentre outras que revelavam o "sexo frágil". Por outro lado, aos homens são exigidas características como a de responsável por solucionar problemas e de provedor do lar.

Todavia, no momento em que as mulheres começam a protagonizar causas femininas, possibilita-se muitos avanços nesse sentido. Um deles é, sem dúvida, a construção e afirmação do próprio conceito de gênero, pois, a partir daí, é possível verificar com maior clareza como essas atribuições de características diferenciadas, colocam as mulheres em posição de desigualdade em relação ao homem.

Neste cenário, ao longo do tempo, pesquisadores entraram em consenso, de acordo com Gazalé (2017, p. 50), ao afirmarem que, na história da humanidade, as mulheres nunca exerceram sobre os homens o mesmo poder que estes impuseram a elas pela força. Em nenhum momento, houveram registros de que as mulheres tenham tido a prerrogativa de agredir ou até de matar os homens, como eles fizeram, e ainda fazem com elas.

A violência doméstica ganhou visibilidade somente em 1970, graças ao movimento feminista, a partir de um debate público sobre assassinatos de mulheres, que eram justificados pela defesa da honra dos homens. Estes movimentos exerceram papel fundamental nas conquistas históricas, pois contribuíram com o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres. Entretanto, somente no ano de 1991, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), passou a rejeitar a tese de legítima defesa da honra. Para tanto, demonstra Eluf:

> A tese de legítima defesa da honra, que levou à absolvição ou à condenação a penas muito pequenas de autores de crimes passionais, já não é mais aceita em nossos tribunais. A honra do homem não é portada pela mulher. Honra, cada um tem a sua. Aquele que age de forma indigna deve arcar pessoalmente com as consequências de seus atos. Sua conduta não contamina o cônjuge [...] A tese de legitima defesa da honra é inconstitucional, em face da igualdade dos direitos entre homens e mulheres assegurada na Constituição Federal de 1988 – art. 5º - e não pode mais ser alegada em plenário do júri, sob pena de incitação à discriminação do gênero (2001, p. 199).

Nos anos 80, no âmbito das políticas públicas, foram criados os primeiros serviços para mulheres vitimizadas, como as delegacias da mulher, as casas abrigo e, posteriormente, os Centros de Referência, serviços de saúde e assistência jurídica (BARSTED, 1994, p. 26).

Em 1984, o Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, um tratado internacional adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979, no qual o país se comprometeu a adotar medidas para eliminar a discriminação contra as mulheres em todas as áreas da vida, incluindo a violência de gênero.

Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a garantir direito à proteção, à assistência familiar e à criação de mecanismos e formas de restringir a violência no âmbito das relações. No entanto, apesar de a Constituição ser a norma fundamental, muitas vezes do judiciário e demais aplicadores do direito discordavam e não aplicavam às relações de família o que expressamente continha o texto constitucional. Desta forma, José Afonso da Silva se pronuncia:

> Essa igualdade já se contém na norma geral da igualdade perante a Lei. Já está também contemplada em todas as normas constitucionais que vedam discriminações de sexo (arts. 3°, IV e XXX). Mas não é sem consequência que o Constituinte decidiu destacar, em um inciso específico (art. 5°, l), que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Era dispensável acrescentar a cláusula final, porque, ao estabelecer a norma, por si, já estava dito que seria "nos termos desta Constituição". Isso é de somenos importância. Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional (1993, p. 198).

No ano de 1994, o Brasil também ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará. Essa convenção é um tratado regional da Organização dos Estados Americanos (OEA) e tem como objetivo a proteção das mulheres contra a violência doméstica, familiar e em qualquer relação interpessoal.

O marco desse processo histórico, de reconhecimento da violência contra as mulheres como um problema social no Brasil, se deu com a alteração do Código Penal Brasileiro em agosto de 2006 com a aprovação da Lei 11.340, também conhecida como Lei Maria da Penha, que apresenta à sociedade brasileira, políticas públicas voltadas para a prevenção, a atenção, a proteção, a punição e a reeducação[2]. Referida lei, expõe uma das mais frequentes formas de violência de gênero, qual seja, aquela cometida contra pessoas do sexo feminino no âmbito de suas relações domésticas e familiares.

[2] 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..

As diversas formas de violência sofridas pela mulher e os institutos legais

A violência doméstica contra a mulher costuma ser empregada como sinônimo de violência familiar e de gênero e, atualmente, é reconhecida como uma manifestação da desigualdade histórica entre os sexos. O conceito de tal violência é descrito na Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1993.

> Todo ato de violência baseado em gênero, que tem como resultado, possível ou real, um dano físico, sexual ou psicológico, incluídas as ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, seja a que aconteça na vida pública ou privada. Abrange, sem caráter limitativo, a violência física, sexual e psicológica na família, incluídos os golpes, o abuso sexual às meninas, a violação relacionada à herança, o estupro pelo marido, a mutilação genital e outras práticas tradicionais que atentem contra mulher, a violência exercida por outras pessoas – que não o marido - e a violência relacionada com a exploração física, sexual e psicológica e ao trabalho, em instituições educacionais e em outros âmbitos, o tráfico de mulheres e a prostituição forçada e a violência física, sexual e psicológica perpetrada ou tolerada pelo Estado, onde quer que ocorra. (OMS, 1998, p.7).

Esta violência não se resume a manchas roxas pelo corpo ou estupro, pois, de acordo com o artigo 7º da Lei 11.340/2006, ela pode ser física, psicológica, sexual, patrimonial e moral[3]. Referido rol, é apenas exemplifica-

[3] Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

tivo, podendo-se incluir outras formas de violência que não sejam citadas no mesmo artigo, no entanto, nem todas elas constituem uma agressão à integridade física da pessoa (BIANCHINI; SILVA; GOMES, 2018, p. 49).

O stalking é uma das formas de violência contra a mulher, que não estão citadas no artigo 7º da Lei Maria da Penha. A expressão deriva do verbo inglês "to stalk" que, na sua tradução, significa perseguir algo ou alguém. Tal atitude, é considerada uma forma de violência, um constrangimento, que pode ser reconhecido como um padrão de comportamentos instintivos, constantes, propositais e indesejados pela vítima.

Recentemente, em março de 2021, a Lei 14.132 inseriu no Código Penal o artigo 147-A, criminalizando a conduta de perseguição[4]. O dispositivo em questão tem como finalidade a tutela da liberdade individual de uma pessoa, tendo em vista que o crime envolve ameaça e restrição da capacidade de locomoção, através de ligações telefônicas e mensagens por meios variados. Muitas vezes, aliás, o stalker permanece nos arredores da residência, trabalho ou local de lazer da vítima, causando-lhe medo e perturbação.

Voltando para o rol do artigo 7º, a violência psicológica, caracterizada por causar dano emocional e comprometer a autoestima da mulher, é registrada durante todo o ciclo de violência e geralmente não é reconhecida como algo injusto ou ilícito. As agressões ocorrem por meio de xingamentos, humilhações e constrangimentos, que fazem com que a vítima se sinta inferiorizada e culpada. Ademais, vale lembrar que não há violência doméstica sem violência psicológica, pois o agressor conduz a vítima à submissão, causando-lhe dependência emocional.

Importante mencionar, inclusive, que a Lei 14.188/2021 incluiu no Código Penal o crime de violência psicológica contra mulher, através do

[4] Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido: I – contra criança, adolescente ou idoso; II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código; III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma. § 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. § 3º Somente se procede mediante representação.

artigo 147–B, categorizando-a como crime contra a liberdade pessoal e impondo ao acusado reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave[5]. Esta inclusão representa um significativo avanço na legislação, haja vista que a ausência de uma tipificação concreta levava ao prejuízo da não responsabilização criminal dos agressores, pois não era possível a formalização de uma acusação ao agressor em respeito ao princípio da taxatividade.

Já a violência moral, é definida na Lei Maria da Penha como "qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria". Desta forma, sempre que o agressor praticar tais infrações, estará sujeito às penalidades descritas nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro[6]. A conduta do agente no crime de calúnia consiste na imputação da prática de fato criminoso que o sujeito ativo do crime sabe ser falso. Na difamação, há imputação da prática de fato desonroso, fato este que atinge a reputação da vítima, enquanto que, na injúria, há ofensa à vítima devido à atribuição de "qualidades negativas" (CUNHA; PINTO, 2011, p. 61).

A violência moral, em suma, é muito semelhante à violência psicológica, sendo a exposição da vida íntima e o rebaixamento, por meio de xingamentos que incidem sobre a sua índole, exemplos constantemente registrados no dia a dia de muitas mulheres. Segundo Marie-France Hirigoyen (2007, p. 11), psiquiatra, psicanalista, psicoterapeuta familiar e professora da Universidade de Paris, com formação em vitimologia: "essas agressões têm origem em um processo inconsciente de destruição psicológica, constituído de maquinações hostis, evidentes ou ocultos, de um ou de vários indivíduos, sobre um indivíduo determinado."

[5] Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

[6] Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. [...] Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. [...] Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...]

Por outro lado, a violência patrimonial é conhecida por configurar a retenção, subtração e destruição parcial ou total dos objetos da mulher, sendo a apropriação da remuneração da vítima um bom exemplo a ser usado. Além disso, segundo a Lei 11.340/2006, entende-se como patrimônio, não apenas os bens de relevância patrimonial e econômico-financeira direta, mas também aqueles que apresentam importância pessoal e profissional.

A violência patrimonial encontra uma definição no Código Penal entre os delitos de furto, dano, apropriação indébita, entre outros. Além disso, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 24, prevê medidas protetivas que são extremamente relevantes, uma vez que visam a proteção do patrimônio da mulher, em resposta à violência patrimonial sofrida[7]. No entanto, essas medidas são ainda pouco aplicadas pelos magistrados, devido à baixa procura das vítimas em garantir seus direitos.

A violência sexual, como bem preceitua o artigo 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha, consiste em obrigar a vítima a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada mediante o uso da coação, intimidação, ameaça ou força. Ainda, é considerada violência sexual qualquer conduta que induza a mulher a comercializar ou utilizar a sua sexualidade de qualquer modo, que impeça de usar qualquer método contraceptivo, que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos ou que force matrimônio, graviez, aborto ou prostituição.

No atual Código Penal brasileiro, há uma sequência de dispositivos que tratam da violência sexual contra a mulher, seja em seu âmbito fa-

[7] Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

miliar ou não. O artigo 213 prevê o crime de estupro[8], que consiste em "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". Tal delito, é hediondo e deve ser reservado para infrações sexuais mais gravosas, pois atos como passar as mãos na coxa ou nas nádegas da vítima, configuram o crime de importunação sexual[9], presente no artigo 215-A, do mesmo código.

Diferente do estupro, na violação sexual mediante fraude, presente no artigo 215 do Código Penal, o autor pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima[10]. Já o crime previsto no artigo 216-A do Código Penal, denominado assédio sexual, é voltado às relações de emprego, cargo ou função e ocorre quando a vítima é coagida por seu superior hierárquico[11].

Por fim, a violência física pode ser conceituada como a ação que causa dano à integridade física da mulher intencionalmente, com ou sem o uso de armas brancas ou de fogo. Ainda, é relevante mencionar que, no Brasil, "a cada 10 mulheres assassinadas na condição de feminicídio, 7 possuem histórico de violência física recorrente, ou seja, a chance de uma violência evoluir para um feminicídio é muito grande" (ALMEIDA et al., 2020, p. 49).

[8] Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. § 1o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2o Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

[9] Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

[10] Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

[11] Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. Parágrafo único. (VETADO) § 2o A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Em outras palavras, a violência física contra a mulher, pode levar à morte, visto que o medo de ser ainda mais maltratada, muitas vezes faz com que a vítima se omita de fazer queixas ou de registrar o Boletim de Ocorrência contra o agressor. Tal tipo de violência é a mais registrada nas delegacias brasileiras e pode ser enquadrada no crime de lesão corporal, presente no artigo 129 do Código Penal[12].

Vale lembrar que, embora leves as lesões, o crime praticado com violência doméstica não constitui infração de menor potencial ofensivo, em consequência, a legislação afasta dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher as medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais Criminais, como a transação penal e a suspensão condicional do processo[13].

Ainda em relação à morte de mulheres em razão do gênero, a Lei n° 13.104/2015 alterou o Código Penal para prever o feminicídio, como circunstância qualificadora do crime de homicídio[14] e, concomitantemente, incluiu essa prática no rol dos crimes hediondos, visto que tal delito não ocorre no mesmo contexto da insegurança urbana.

Portanto, levando-se em consideração que antes do feminicídio, é comum já terem ocorrido diversos episódios de violência contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar, o principal foco neste momento deve ser o afastamento do agressor da convivência com a agredida, a fim de reduzir a ocorrência deste crime, uma vez que a residência familiar, que deveria

[12] Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. [...]

[13] Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

[14] Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] Homicídio qualificado § 2° Se o homicídio é cometido: [...] Feminicídio VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: [...] 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.

representar, em tese, um local de tranquilidade e segurança, é onde há maior ocorrência de violência contra mulher.

O princípio da isonomia e as medidas protetivas de urgência

O princípio da igualdade, também conhecido como princípio da isonomia, encontra-se positivado no artigo 5º da Constituição Federal e é um dos fundamentos mais importantes do direito e da justiça. Ele estabelece que todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual perante a lei, independentemente de sua raça, gênero, orientação sexual, religião, nacionalidade, classe social ou qualquer outra característica. Desta forma, homens e mulheres deveriam ter direitos e obrigações iguais, entretanto, na prática, não é bem assim.

A desigualdade entre pessoas do sexo feminino e masculino é um problema que ainda afeta milhares de pessoas, não só do Brasil, mas de todo o mundo. Embora tenham havido avanços significativos nas últimas décadas, como a igualdade de direitos e oportunidades, a desigualdade de gênero ainda é uma realidade em muitos aspectos da vida, incluindo nas relações interpessoais. Para Faria, Damitz e Dias:

> A igualdade de gênero é relacionada às possibilidades de homens e mulheres gozarem de direitos iguais em todos os âmbitos. O processo histórico sociocultural das sociedades, majoritariamente, foi construído a partir de um modelo patriarcal e machista. Esse pressuposto influenciou, e, ainda, influencia, diretamente, na forma como cada ser humano tem acesso ao desenvolvimento, nos âmbitos público e privado, reservando às mulheres um patamar inferior, de submissão (2021, p. 73).

Simone de Beauvoir, uma das principais filósofas feministas do século XX, em sua obra "O Segundo Sexo", argumenta que as mulheres são historicamente oprimidas e marginalizadas em relação aos homens, e que essa opressão não é natural, mas sim resultado de construções sociais e culturais. Para Beauvoir, as mulheres são frequentemente consideradas como "o Outro", isto é, como alguém diferente e inferior em relação aos homens. Neste sentido, a autora leciona:

> Ora, a mulher sempre foi, senão a escrava do homem ao menos sua vassala; os dois sexos nunca partilharam o mundo em igualdade de condições; e ainda hoje, embora sua condição esteja evoluindo, a mulher arca com um pesado *handicap*. Em quase nenhum país, seu estatuto legal é idêntico ao do homem e muitas vezes este último a prejudica consideravelmente (1949, p. 15).

Neste cenário, é importante que existam medidas de proteção para garantir a segurança e o bem-estar das mulheres. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei nº 11.340, mais especificamente em seus artigos 22 a 24[15], prevê as medidas protetivas de urgência, que visam proteger mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

A autora Berenice Dias (2019, p. 163), defende que "o fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas".

Ainda em relação às medidas protetivas, vale mencionar que, recentemente, a Lei nº 14.550, em vigor desde 20 de abril de 2023, introduziu significativas mudanças na Lei nº 11.340/06, com o objetivo claro de fortalecer a proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e promover uma igualdade substancial, em conformidade com uma interpretação *pro personae*. Entretanto, conforme os artigos 12, inciso III e 18 *caput,* da Lei Maria da Penha, um pedido de medida protetiva pode demorar, quatro dias para ser analisado pelo poder judiciário[16], sendo que, na prática, este prazo pode se estender em algumas localidades.

[15] Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: [...] Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: [...] Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: [...]

[16] Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: [...] III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência; [...] Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas: [...]

Assim, a Lei 13.827/2019 introduziu na Lei Maria da Penha o artigo 12-C[17], criando uma hipótese legal para que as autoridades policiais pratiquem atos da competência do Poder Judiciário, com o intuito de proporcionar maior celeridade ao processo de aplicação da medida protetiva de urgência. Trata-se, portanto, de uma modificação útil e necessária, pois expande as formas de proteção à mulher.

Tal dispositivo implementado se mostra relevante pela própria justificativa do Projeto de Lei nº 6.433/2013, de proposição do então Deputado Federal Bernardo Santana de Vasconcellos (PR-MG), que deu origem à Lei nº 13.827/2019. Neste sentido:

> A prática tem demonstrado que o prazo de 48 horas para que as medidas protetivas de urgência requeridas pela vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher sejam encaminhadas ao Poder Judiciário para que só então sejam apreciadas pelo juiz é excessivamente longo, haja vista que no calor dos acontecimentos, logo que a vítima procura a polícia, na grande maioria das vezes, o agressor foge para evitar sua prisão em flagrante, valendo-se de brechas na legislação que impedem a adoção de medidas necessárias à efetiva proteção da vítima, seus familiares e seu patrimônio. A situação se agrava ainda mais nos fins de semana e fora dos horários de expediente, quando muitas vezes as vítimas estão em suas residências com seus algozes e nada podem fazer, senão aceitar a violência, se esconder ou procurar uma delegacia para registrar a ocorrência sem que seu agressor saiba. Não raramente, após efetuar o registro da ocorrência, a vítima retorna a sua residência e passa viver momentos de terror, com medo de que o agressor volte a lhe praticar atos de violência doméstica. A experiência comprova que, após tomar conhecimento do registro da ocorrência pela vítima, o autor das agressões se torna ainda mais hostil, colocando sob grave e iminente risco a integridade física e a vida da vítima. [...] São medidas imprescindíveis, pois, como dito, muitas vezes o fato ocorrido no fim de semana ou nos recônditos de difícil acesso impedem a aplicação de medidas em tempo hábil à proteção da vítima, que fica à espera durante dias até que uma medida concreta contra o agressor seja tomada. (Projeto de Lei nº 6433/2013 - Justificação).

[17] Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: I - pela autoridade judicial; II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. § 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. § 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Segundo os defensores da medida, através do dispositivo em questão, as mulheres em geral, sentem-se mais confiantes em denunciar os agressores por saberem que terão a garantia de receber proteção estatal de imediato, sem ter que aguardar uma decisão judicial para terem a sua medida protetiva efetivada.

Entretanto, vale esclarecer que o artigo 12-C permite que delegados e policiais concedam apenas uma medida protetiva para a mulher vítima da violência doméstica, qual seja, a prevista no artigo 22, II, da Lei 11.340/2006, que prevê o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Sendo assim, outras medidas protetivas, como a proibição de aproximação ou de contato, continuam sendo decretadas pelo poder judiciário.

Além disso, para que as autoridades em questão concedam a medida protetiva de afastamento do agressor, deve existir risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher ou de seus dependentes, em situação de violência doméstica ou familiar (*fumus comissi delicti*), somado ao perigo gerado pelo estado de não-afastamento do agressor (*periculum libertatis*).

Outro requisito estabelecido pelo artigo e que gera várias discussões atuais acerca de uma possível violação ao princípio da isonomia, é o que exige que o município não seja sede de comarca, em outras palavras, sendo o município sede de comarca, a medida de afastamento só pode ser aplicada pelo juiz. Neste contexto, vale mencionar que, a nível nacional, verifica-se que 89,7% da população brasileira encontra-se residente em municípios que são sedes de comarca, o que indica que apenas 10,3% da população nacional pode ser beneficiada pela proteção conferida pelo artigo 12-C.

Por fim, para que o policial determine o afastamento, além de ser necessário que o município não seja sede de comarca, não deve haver delegado disponível no momento da denúncia. Isso pode ocorrer em áreas onde há escassez de recursos policiais, e o policial que atende a denúncia pode ter a autoridade temporária para tomar medidas que garantam a segurança da vítima.

Na condição de garantidores dos direitos fundamentais, nota-se que delegados e policiais são os primeiros a terem contato com o fato, sendo muito mais eficaz a vítima receber a medida protetiva imediatamente na Delegacia de Polícia. Ainda, é indubitável que autoridades que presenciam a primeira fase da persecução penal, apresentam todas as condições para deliberar sobre a matéria em questão.

No entanto, vale lembrar que as mudanças trazidas pela Lei 13.827/2019, com a inclusão do artigo 12-C à Lei Maria da Penha, levantaram algumas discussões doutrinárias. Em maio de 2019, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), propôs ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar em face dos incisos II e III, e do § 1º, do referido artigo, ao sustentarem ofensa ao princípio da reserva de jurisdição. Para a AMB (2019, p. 2), não haveria a possibilidade de um policial ou delegado determinar o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida sem ordem judicial e sem o devido processo legal.

No mês de março de 2022, o STF validou a possibilidade de uma autoridade policial afastar o agressor da convivência com a vítima, quando constatado risco à sua vida ou integridade física. Em seu voto, o ministro relator Alexandre de Morais, argumentou que o artigo 12-C da Lei Maria da Penha não viola a reserva de jurisdição, pois, em seu § 1º fica determinada a revisão de um juiz em até 24 (vinte e quatro) horas, para decidir sobre a manutenção ou revogação da medida (STF, 2022, online).

Em contrapartida, observa-se que o dispositivo legal, objeto do presente trabalho, viola o princípio da isonomia ao oferecer tratamento diferente a mulheres que se encontram em situação semelhante de violência doméstica e familiar, o que não deveria acontecer. Pois, como já mencionado no começo deste tópico, todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual perante a lei. Assim, todas as mulheres, residentes em sede de comarca ou não, merecem ser beneficiadas pela proteção prevista no artigo 12-C, pois, de nada vale a luta feminina, durante todos esses anos, se a lei não trata as próprias mulheres de forma igualitária.

De acordo com o delegado de polícia Thiago Garcia (2019, p. 118), apesar do artigo 12-C representar um progresso na matéria, na prática, não há muitos efeitos, tendo em vista que a grande maioria das mulheres continua sem proteção imediata. O autor ainda defende que o critério "quando o município não for sede de comarca" deve ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pois confere tratamento diferenciado a mulheres que estão na mesma situação e impede que as autoridades policiais possam proteger todas as vítimas de violência doméstica do Brasil.

Por outro lado, para Márcio André Lopes Cavalcante, Juiz Federal, não há violação à isonomia visto que o respeito à igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Em outras palavras, para o magistrado, o objetivo do referido artigo é permitir que, mesmo sem a presença física do Poder Judiciário, a vítima tenha resguardada a sua integridade física (CAVALCANTE, 2019, online).

Entretanto, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, determina em seu artigo 3º que toda mulher tem o direito de ser livre da violência, seja ela física, sexual ou psicológica, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Esse artigo reconhece que a violência contra as mulheres é uma violação dos direitos humanos e estabelece a obrigação dos Estados de prevenir, punir e erradicar a violência de gênero. Além disso, o artigo 4º lista os direitos fundamentais de todas as mulheres, que incluem o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à dignidade e à igualdade. Ainda, dispõe-se que é dever do Estado signatário:

> [...] adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos. (BRASIL, 1994).

Assim, verifica-se que os Estados devem buscar pela efetividade dos direitos dispostos na Convenção, inclusive com a modificação da legislação interna e a criação de procedimentos jurídicos eficazes no combate à violência contra a mulher.

Desta forma, uma melhor redação ao artigo 12-C e seus incisos II e III, seria a possibilidade de delegados e policiais, que se encontrarem diante de uma vítima de violência doméstica, decretarem desde logo o afastamento do agressor de seu domicílio, independentemente da cidade ser ou não sede comarca, evitando que a vítima ou seus dependentes sejam expostos a mais agressões e interrompendo um possível ciclo de violência doméstica e familiar, que é muito comum antes da ocorrência do feminicídio.

Neste cenário, é fundamental que as autoridades estejam vigilantes para identificar os casos de violência doméstica e agir rapidamente para proteger as vítimas, pois a aplicação da lei é um passo importante na prevenção e na garantia dos direitos das mulheres. No entanto, é preciso salientar que a concessão da medida protetiva de urgência não é suficiente para acabar com a violência doméstica. É necessário que haja uma rede de proteção e apoio às vítimas, com serviços de atendimento psicossocial e jurídico.

O Projur Mulher e Diversidade é um bom exemplo a ser usado no que diz respeito ao auxílio que deve ser prestado às vítimas. Criado em agosto de 2004, na Universidade de Passo Fundo, este programa de extensão tem como objetivo atender à diversidade e às mulheres em situação de violência de gênero, doméstica e familiar.

O projeto foi criado em resposta à vitimização secundária sofrida pelas mulheres que não tinham orientação nem acompanhamento jurídico processual. Vale mencionar, ainda, que o Projur conta com várias parcerias, tanto externas quanto internas, que ajudam a fortalecer o programa e garantir que as mulheres em situação de violência tenham acesso a todo o suporte e serviços necessários para superar a violência de gênero e alcançar a emancipação feminina.

Outra medida interessante a ser colocada em prática em todo o país, é o Monitoramento Eletrônico de Agressores de Mulheres Vítimas de Violência Doméstica, um projeto do Estado do Rio Grande do Sul, que visa prevenir feminicídios e outros delitos de violência contra a mulher, através da utilização de tornozeleiras eletrônicas por agressores que precisam cumprir medidas protetivas e que representam um risco potencial.

Além disso, é importante que a sociedade como um todo reconheça a gravidade dessa questão, pois a conscientização é uma das maneiras mais eficazes para combater a violência doméstica. É importante educar as pessoas sobre o que é a violência doméstica e o que fazer em caso de suspeita ou ocorrência. Isso pode ser feito por meio de campanhas publicitárias, programas educacionais nas escolas e universidades, bem como através da disseminação de informações através das redes sociais.

É necessário, inclusive, promover uma mudança cultural em relação à violência doméstica, pois muitas vezes, ela é vista como algo privado, uma questão de família que não deve ser tolerada fora de casa. Nesse sentido, faz-se necessário o rompimento desta perspectiva, na medida em que a violência doméstica é uma questão de saúde pública e deve ser tratada como tal.

Portanto, todas as pessoas, independentemente de gênero, raça, classe social ou orientação sexual, têm um papel a desempenhar na luta contra a violência doméstica. As ameaçadas devem ser encorajadas a falar sobre o que estão passando e denunciar seus agressores, sem medo de represálias, sendo que, o ideal a se fazer após a denúncia é o afastamento do agressor do lar.

Considerações finais

Diante de todo o exposto, observa-se que o artigo 12-C da Lei nº 11.340/2006 afronta o princípio da isonomia ao estabelecer o critério "quando o Município não for sede de comarca" em seus incisos II e III, oferecendo tratamento diferenciado a mulheres que estão na mesma situação.

Ainda, embora tal dispositivo represente um avanço na teoria, na prática, não há muitos efeitos, tendo em vista que a grande maioria das mulheres continua sem proteção imediata, pois apenas 10,3% da população nacional pode ser beneficiada pela proteção conferida pelo dispositivo em questão.

Desta forma, o artigo 12-C e seus incisos II e III, deveriam prever que delegados e policiais, diante de uma vítima de violência doméstica, podem decretar, imediatamente, o afastamento do agressor de seu domicílio, independentemente da cidade ser ou não sede comarca, evitando que a vítima seja exposta a mais agressões, que muitas vezes acabam em trágicos casos de feminicídio.

No entanto, é importante reconhecer que o afastamento físico nem sempre garante a total segurança da vítima. Muitas vezes, o agressor pode ignorar as ordens de afastamento ou outras medidas protetivas, colocando a vida da vítima em risco. Por isso, é essencial que as medidas de proteção sejam acompanhadas de um sistema de apoio abrangente, que inclua o suporte da polícia, serviços de apoio às vítimas e ações educativas para prevenir a violência de gênero.

Além disso, é fundamental que a sociedade como um todo combata a cultura que tolera a violência contra as mulheres, promovendo a igualdade de gênero, a conscientização sobre os direitos das mulheres e o respeito mútuo. A prevenção do feminicídio começa com a eliminação das várias formas de violência contra as mulheres e a construção de relacionamentos saudáveis e igualitários.

Referências

ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega et. al. **Violência contra a Mulher.** Volume 1 de Lei Fácil. Brasília: Edições Câmara, 2020. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Mgn2DwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=A+rela%C3%A7%C3%A3o+do+alcoolismo+com+a+viol%C3%AAncia+domestica&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiHk47P45D2AhVgFrkGHdWBCM84ChDoAXoECAQQAQ#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 10 jun. 2022.

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jaqueline. **O que é feminismo.** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

AMB. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a) com pedido de medida cautelar (Lei n 9.868/99,art.10)**. Brasília-DF, 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/05/AMB_STF_ADI_MPenha.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022.

AUAD, Daniela. **Feminismo:** que história é essa? Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. **Violência Contra a Mulher e Cidadania:** uma avaliação das políticas públicas. Cadernos Cépia, 1:7-61, Rio de Janeiro, 1994.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo:** fatos e mitos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. Disponível em: <https://joaocamillopenna.files.wordpress.com/2018/03/beauvoir-o-segundo-sexo-volume-11.pdf>. Acesso em: 04 maio 2023.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Ivan Luis Marques. **Coleção Saberes Monográficos - Lei Maria da Penha.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553600236/pageid/88>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Federal Nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Federal Nº 13.104, de 09 de março de 2015.** Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Federal Nº 13.827, de 13 de maio de 2019.** Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Federal Nº 14.188, de 28 de julho de 2021.** Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIn 6138.** Relator - Alexandre de Moraes. Brasília, 15 mai. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696989>. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 1973 de 09 de junho de 1994**. Promulga o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 27 maio 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 6433/2013.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=593637>. Acesso em: 03 mar. 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 13.827/2019, que autoriza a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade policial. **Dizer o Direito,** 2019. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/05/comentarios-lei-138272019-que-autoriza.html?m=1#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2013.827%2F2019%20trouxe%20uma%20exce%C3%A7%C3%A3o%2C%20permitindo%20que,Delegado%20de%20Pol%C3%ADcia%20no%20momento>. Acesso em: 25 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022.** Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DEL PRIORE, Mary. **A mulher na história do Brasil.** São Paulo: Contexto, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no Banco dos Réus:** casos passionais célebres de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIA, Josiane Petry; DAMITZ, Caroline Vasconcelos; DIAS, Renato Duro. **Direitos Humanos:** uma coletânea pela perspectiva dos estudos de gênero e diversidade. Rio Grande: Editora da Furg, 2021. Disponível em: <https://repositorio.furg.br/handle/1/9348>. Acesso em: 04 maio 2023.

GARCIA, Thiago. **Tudo que Você Precisa Saber Sobre - Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância.** São Paulo: Rideel, 2019. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/186400/pdf/156?code=1XiX73gQ0jmLAeG15CBLGBRRg/WQhZFCLBXhbmc4vpRK9lwgV8b3euPwjqDpaxriSt5EksRdf6rU3lWaSM4znA==>. Acesso em: 21 jun. 2022.

GAZALÉ, Olivia. **Le mythe de la virilité:** un piège pour les deux sexes. Paris: Robert Laffont, 2017.

HEUER, JohannaWolfram. **Pré-História.** Indaial: Ed. Grupo UNIASSELVI, 2007.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral:** a violência perversa no cotidiano. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007

MANOEL, Ivan Aparecido. **Igreja e educação feminina (1859-1919):** uma fase do conservadorismo. São Paulo: Unesp, 1995.

MENEZES, Cristiane Souza de; MACHADO, Charliton José dos Santos; NUNES, Maria Lúcia da Silva. **Mulher e educação na República Velha:** transitando entre o discurso histórico e o literário. Revista Unisinos. V.13, n.1, 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/educacao/article/view/4927>. Acesso em: 01 nov. 2022.

OMS. Organização Mundial de Saúde. Organização Pan-Americana de Saúde. La unidad de salud de la mujer de la OMS (WHD). **Violencia contra la mujer:** un tema de salud prioritario. Ginebra, 1998. (Sexta Sesión Plenaria, 25 de mayo de 1996. Junio 1998 - A 49-vr-6).

PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres.** Tradução de Angela M. S. Côrrea. São Paulo: Contexto, 2007.

RIBEIRO, Arilda Inês Miranda. **Mulheres educadas na colônia**. In: LOPES, Eliane (Org.). 500 anos de educação no Brasil. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

ROUCHE, Michel. Alta Idade Média Ocidental. In: VEYNE, Paul (Org.). **História da vida privada I:** Do Império Romano ao ano mil. Tradução de Hildegard Feist. Consultoria editorial de Jonatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1989; São Paulo: Editora Schwarcz Ltda, 2007. 19ª reimpressão.

SAMPAIO, Anelize. Estado dá início à implantação do monitoramento de agressores de mulheres por tornozeleiras eletrônicas. **Governo do Estado do Rio Grande do Sul**, 2023. Disponível em: <https://www.estado.rs.gov.br/estado-da-inicio-a-implantacao-do-monitoramento-de-agressores-de-mulheres-por-tornozeleiras-eletronicas>. Acesso em: 23 maio 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VEYNE, Paul. O Império Romano. In: VEYNE, Paul (Org.). **História da vida privada I:** Do Império Romano ao ano mil. Tradução de Hildegard Feist. Consultoria editorial de Jonatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1989; São Paulo: Editora Schwarcz Ltda, 2007. 19ª reimpressão.